

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
FACULDADE DE DIREITO

ANTECIPAÇÃO DA TUTELA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA E  
SUSPENSÃO DE LIMINARES: EFETIVIDADE E SUPREMACIA DO  
INTERESSE PÚBLICO

DIOGO HENRIQUES FERREIRA MENDES

RIO DE JANEIRO

2008

DIOGO HENRIQUES FERREIRA MENDES

ANTECIPAÇÃO DA TUTELA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA E  
SUSPENSÃO DE LIMINARES: EFETIVIDADE E SUPREMACIA DO  
INTERESSE PÚBLICO

Trabalho de conclusão de curso apresentado à  
Faculdade de Direito da Universidade Federal  
do Rio de Janeiro, como requisito parcial para  
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Ms. Rubens Takashi Tsubone

RIO DE JANEIRO

2008

Mendes, Diogo Henriques Ferreira.

Antecipação da tutela em face da Fazenda Pública e suspensão de liminares: efetividade e supremacia do interesse público / Diogo Henriques Ferreira Mendes. – 2008.

130 f.

Orientador: Rubens Takashi Tsubone.

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 126-130.

1. Antecipação da tutela - Monografias. 2. Fazenda Pública. I. Tsubone, Rubens Takashi. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito. III. Título.

CDD 341.462

DIOGO HENRIQUES FERREIRA MENDES

ANTECIPAÇÃO DA TUTELA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA E SUSPENSÃO DE  
LIMINARES: EFETIVIDADE E SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

Trabalho de conclusão de curso apresentado à  
Faculdade de Direito da Universidade Federal  
do Rio de Janeiro, como requisito parcial para  
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

Banca Examinadora:

---

Rubens Takashi Tsubone – Presidente da Banca Examinadora  
Prof. Ms. da Universidade Federal do Rio de Janeiro – Orientador(a)

---

2º Examinador

---

3º Examinador

*Ao meu Pai, para sempre em nossas  
lembranças, pelo exemplo de vida, superação,  
perseverança e pelas idéias positivas, mesmo  
nos momentos mais difíceis.*

*À minha Mãe, com todo o amor, pelos  
inúmeros esforços na minha educação.*

## RESUMO

MENDES, D. H. F. *Antecipação da tutela em face da Fazenda Pública e suspensão de liminares: efetividade e supremacia do interesse público*. 2008. 130 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

Analisa-se as questões relevantes envolvendo a antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, tendo como valores principais a efetividade da jurisdição e a supremacia do interesse público sobre o privado. Para melhor compreensão do tema, a primeira parte volta-se ao aspecto introdutório do problema, a efetividade, em seus aspectos conceituais, sua relação com a tutela de urgência e fundamentos no direito brasileiro. Na segunda parte é estudado o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, analisando-o de acordo com sua evolução no tempo, até a sua releitura em função da Constituição de 1988. A terceira parte dedica-se ao instituto da tutela antecipada e seus aspectos inerentes, quando a Fazenda Pública atua como ré, abrangendo aspectos como os obstáculos sistemáticos impostos além das limitações estabelecidas pela legislação ordinária. No último capítulo, aborda-se o instituto da suspensão da tutela antecipada e da suspensão de liminares contra o Poder Público, incluindo as mudanças realizadas em decorrência da Medida Provisória 2.180.

Palavras-Chave: Tutela antecipada; Tutela de urgência; Fazenda Pública; Efetividade; Supremacia do interesse público.

## ABSTRACT

MENDES, D. H. F. *Antecipação da tutela em face da Fazenda Pública e suspensão de liminares: efetividade e supremacia do interesse público*. 2008. 130 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

This work examines the relevant issues about the anticipatory relief against State entities, among the main values of jurisdiction effectiveness and the supremacy of public interest. For better understanding of the subject, the first part reminds us the introductory aspect of the problem, the effectiveness, in its conceptual aspects, its relation to the interim relief and basis under Brazilian law. In the second part, studies the principle of supremacy of public interest above the private, analyzing it according to their development over time, until its revision according to the Constitution of 1988. The third part is dedicated to the anticipatory relief and advance its aspects, when the Public Administration works as a defendant, covering aspects such as systematic barriers imposed and the limitations imposed by legislation. In the last chapter, deals with the institute's early suspension of anticipatory relief and the suspension of injunctions against public authorities, including changes made as a result of the *Medida Provisória* 2.180.

Keywords: Anticipatory relief ; Interim relief ; Public Administration ; State entities ; Effectiveness ; Supremacy of public interest.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>2 TUTELA DE URGÊNCIA E EFETIVIDADE</b> .....	12
2.1 <b>O tempo e o processo</b> .....	12
2.2 <b>Função da tutela de urgência</b> .....	16
2.3 <b>A efetividade do processo civil e sua relação com a tutela de urgência</b> .....	18
2.4 <b>Fundamentos para uma tutela efetiva, no Direito brasileiro</b> .....	22
2.5 <b>A tutela de urgência e o sobrecarregado Estado brasileiro</b> .....	25
<b>3 A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E SUA ATUAL RELEITURA CONSTITUCIONAL</b> .....	28
3.1 <b>Supremacia do interesse público e prerrogativas da Fazenda Pública</b> .....	28
3.2 <b>Conceito de interesse público</b> .....	31
3.2.1 <u>Interesse público por Celso Antônio Bandeira de Mello e a distinção entre interesse público primário e secundário</u> .....	33
3.2.2 <u>Os direitos fundamentais e o interesse público</u> .....	35
3.3 <b>A supremacia do interesse público na clássica visão do Direito Administrativo</b> .....	37
3.4 <b>Pontos de reflexão acerca do princípio</b> .....	40
3.4.1 <u>As características e o foco antropocêntrico da Constituição de 1988</u> .....	42
3.4.2 <u>Indissociabilidade entre interesses públicos e privados como reflexo dos direitos fundamentais</u> .....	45
3.4.3 <u>A supremacia do interesse público como cláusula de restrição aos direitos fundamentais</u> .....	47
3.4.4 <u>Incompatibilidade com o princípio da proporcionalidade</u> .....	49
3.5 <b>A necessária utilização da proporcionalidade na ponderação de interesses</b> .....	51
3.6 <b>Reflexões da releitura quanto às prerrogativas processuais da Fazenda Pública: Uma breve conclusão</b> .....	53
<b>4 TUTELA ANTECIPADA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA</b> .....	56
4.1 <b>Delimitação do tema e unificação das tutelas de urgência</b> .....	56
4.2 <b>Breve síntese histórica</b> .....	57
4.3 <b>Do cabimento da tutela antecipada em face da Fazenda Pública (óbices sistemáticos)</b>	
4.3.1 <u>Reexame necessário ou duplo grau de jurisdição obrigatório</u> .....	59
4.3.2 <u>A execução por quantia certa contra a Fazenda Pública (art. 100, CF)</u> .....	63



4.3.2.1 <i>Precatório como obstáculo à antecipação de tutela</i> .....	65
4.3.2.2 <i>O artigo 100, §3º, da Constituição Federal</i> .....	68
4.3.2.3 <i>Causas com alto valor humanitário</i> .....	69
4.3.3 <u>Vedação do artigo 1º, §3º, da Lei nº 8.437/92</u> .....	71
<b>4.4 Leis restritivas de liminares e as restrições impostas à antecipação de tutela</b> .....	73
4.4.1 <u>Leis restritivas de liminares: breve histórico e conjuntura econômica</u> .....	73
4.4.2 <u>A Lei nº 9.494 e a ampliação das restrições para a antecipação de tutela</u> .....	74
<b>4.5 Constitucionalidade das Leis restritivas de provimentos de urgência</b> .....	77
<b>4.6 A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no controle concentrado de constitucionalidade</b> .....	81
4.6.1 <u>Medida Cautelar e decisão de mérito na ADC nº 4</u> .....	81
4.6.2 <u>A decisão na ADI nº 223-6/DF</u> .....	83
<b>4.7 Relativização das Leis restritivas de liminares face as peculiaridades em concreto</b> ..	85
<b>4.8 Outras possibilidades de relativização das restrições</b> .....	87
<b>5 SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA E SUSPENSÃO DE LIMINARES</b> .....	89
<b>5.1 Meios de impugnação da tutela antecipada deferida em desfavor da Fazenda Pública</b> .....	90
<b>5.2 Breve síntese histórica: suspensão de segurança à suspensão de tutela antecipada</b> ..	92
<b>5.3 Competência para o julgamento</b> .....	94
<b>5.4 Legitimados</b> .....	96
<b>5.5 Objeto e prazo do pedido de suspensão</b> .....	97
<b>5.6 A relação da suspensão com a supremacia do interesse público por meio das hipóteses previstas</b> .....	99
<b>5.7 O pedido de suspensão da não suspensão</b> .....	106
<b>5.8 A suspensão coletiva</b> .....	108
<b>5.9 Vigência da decisão que defere a suspensão das tutelas de urgência</b> .....	111
<b>5.10 Estudo de caso: o “efeito multiplicador”</b> .....	118
<b>5.11 Uma breve síntese dos problemas enfrentados</b> .....	120
<b>6 CONCLUSÃO</b> .....	122
<b>REFERENCIAS</b> .....	126

## 1 INTRODUÇÃO

Não são poucos os problemas existentes no direito processual civil brasileiro e embora não raras tenham sido as reformas feitas até hoje, alguns institutos processuais ainda não estão sendo aproveitados em todas as suas potencialidades, entretanto, assim, uma garantia fundamental do cidadão em todo Estado Democrático de Direito: uma tutela jurisdicional efetiva.

Um desses pontos de tensão no direito processual nacional ocorre quando o Estado se apresenta em Juízo, momento em que se contrastam alguns aspectos importantes: a defesa do interesse público pelas entidades estatais, com todo o peso de suas inúmeras prerrogativas, e o cidadão que vai a juízo em busca de seus direitos, almejando uma tutela efetiva, adequada e tempestiva.

E na busca pelos seus direitos no direito processual público, assim como nas relações privadas, por muitas vezes torna-se necessária a utilização de uma tutela de urgência, que se amolde ao direito material em jogo, sob pena da mais absoluta inefetividade.

E apesar dessa necessidade de adequação do processo ao direito material, quando presente o Estado em juízo, essa tutela de urgência apresenta algumas peculiaridades, as quais se pretendem retratar no presente trabalho, especialmente no que diz respeito a dois institutos importantes para a questão: a tutela antecipada contra a Fazenda Pública e a aplicação do instituto da suspensão de segurança à tutela antecipada.

O ponto nodal de nossas reflexões, conforme demonstrado no título do trabalho, será o princípio da supremacia do interesse público com o privado, como um dos fundamentos para as inúmeras prerrogativas processuais do Poder Público em juízo, tratado como um axioma por muito tempo, mas que vem sendo alvo de uma releitura face os mandamentos da Constituição de 1988. Dessa feita, espera-se obter uma abordagem um pouco diferente da usual, que geralmente se atém tão somente ao critério da isonomia material

A problemática a ser apresentada, dessa maneira, se refere a uma contraposição entre os interesses públicos dotados de uma possível supremacia, defendidos pelo Estado e suas prerrogativas, em contraposição à efetividade da tutela jurisdicional que é um direito dos cidadãos e corolário de um Estado Democrático de Direito.

Essa abordagem, calcada em valores inerentes ao Estado Democrático de Direito, surgiu após inúmeras exposições realizadas pelo Professor Leonardo Greco aos seus alunos da

graduação da Universidade Federal do Rio de Janeiro, durante o curso de processo civil. Com a sua visão crítica, o mesmo nos alertou para inúmeros problemas referentes à presença do Estado em juízo, o que aumentou o estímulo para a realização desse trabalho monográfico ao final da graduação.

Pretende-se abordar no seguinte trabalho algumas questões, a saber: A supremacia do interesse público ainda é um argumento válido para restringir a tutela antecipada contra a Fazenda Pública? A supremacia do interesse público pode legitimar o instituto da suspensão da segurança e suas hipóteses de concessão? A supremacia do interesse público se coaduna com o primado dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988?

Para uma exposição mais clara das idéias, o trabalho será dividido em quatro partes.

Inicia-se o trabalho, no primeiro capítulo, com a apresentação de alguns aspectos inerentes à efetividade do processo civil, sua correlação com a tutela de urgência, fundamentos constitucionais para essa efetividade e as peculiaridades do Estado, que por muitas vezes tornam ainda mais necessária essa tutela cognitiva sumária.

Posteriormente, na segunda parte, pretende-se realizar uma análise quanto a um dos fundamentos que vem sendo invocados para as prerrogativas processuais e também materiais da Fazenda Pública: o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

Neste momento, serão abordados alguns posicionamentos acerca do princípio, a divisão em interesse público primário e secundário, importante para o Direito Administrativo e também para o desenvolvimento do trabalho.

Nesse contexto, serão realizadas algumas ponderações quanto à existência desse princípio no ordenamento jurídico brasileiro, tendo por base algumas reflexões realizadas por autores de Direito Constitucional e Administrativo, tais como Humberto Bergmann Ávila, Daniel Sarmiento e Gustavo Binenbojm, principalmente. Essa releitura será o marco teórico para a exposição que se pretende fazer.

No terceiro capítulo, após a explanação dessas premissas básicas para o desenvolvimento do trabalho, objetivamos demonstrar alguns aspectos relativos à antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, especialmente quanto aos óbices sistemáticos levantados pela doutrina quanto à sua aplicação, além das limitações impostas pela Lei nº 9.494/97 e as evidentes repercussões quanto à declaração de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 4, finalmente julgada no mérito.

No último capítulo o trabalho terá como objeto o incidente de suspensão de segurança, não tomado em termos genéricos, mas sim com relação à sua aplicação às tutelas de urgência,

ou seja, na suspensão de liminares e suspensão de tutela antecipada, já que as mesmas apresentam muitos traços de identidade.

Justifica-se o tema pela relevância que a efetividade vem alcançando, no decorrer do tempo, especialmente com relação à tutela de urgência, mas que infelizmente vem sendo limitada em nome da supremacia do interesse público, nas ações em que o Estado figure no pólo passivo da relação jurídico processual. Assim sendo, tendo em vista que o Estado é o maior litigante do País, somado a um fato que é do domínio público, que é a lentidão nos processos judiciais e a ausência de eficiência administrativa, tem-se a justificativa para a análise que se pretende fazer.

## 2 TUTELA DE URGÊNCIA E EFETIVIDADE

### 2.1 O tempo e o processo

Da evolução pela qual transcendeu a função jurisdicional desde eras remotas até os dias atuais, pode-se destacar, dentre outras mudanças, a importância do amadurecimento de idéias que trouxeram para o Estado a função jurisdicional, subtraindo do indivíduo a autotutela de direitos subjetivos. Essa modificação, ao impedir a justiça pelas próprias mãos, colaborou para que se aumentasse o critério de justiça nas decisões, já que a autotutela, por vezes, acabava por culminar na mais absoluta desigualdade entre as partes envolvidas em um litígio, sobretudo pelo poder que eventualmente uma das partes possuísse, seja ele político, econômico ou de qualquer outra espécie.

Ocorre que, com a adição desta função ao Estado e a conseqüente obrigação assumida perante os cidadãos, o mesmo deve possuir os meios aptos à adequada tutela dos direitos subjetivos albergados nos mais variados ordenamentos jurídicos e sistemas processuais. Independentemente de outras características jurídicas do país – *common law* ou *civil law*, por exemplo -, o Estado deve possuir os meios necessários para a resolução dos conflitos de interesse, sob pena da mais absoluta inefetividade e do descrédito da população perante os meios de resolução de conflito estatais.

Além disso, temos mais um dado importante, observado das origens da função jurisdicional e do processo: este não representa um fim em si mesmo. O grande objetivo do Direito Processual é a pacificação social, por meio da tutela dos direitos subjetivos objetivamente protegidos<sup>1</sup>, o que o qualifica como um instrumento hábil para a composição das lides. Mais uma vez, ressaltada a necessidade de que o mesmo possua os meios inerentes para a tutela dos diversos interesses em jogo.

Ocorre que, para que o processo atinja o seu objetivo principal, que é a pacificação social por meio da correta aplicação do direito material, alterando a situação fática objeto da lide de maneira efetiva e cumprindo o compromisso assumido com os jurisdicionados, torna-se de extrema necessidade que o mesmo não perdure por mais tempo do que o necessário.

---

<sup>1</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**: volume 1. 23.ed. São Paulo: Saraiva: 2004, p. 9.

Conforme se pode constatar no âmbito da sociedade, um processo ainda sem uma decisão definitiva transitada em julgado representa uma situação de incerteza para os litigantes, que não pode se alongar por um lapso de tempo que não corresponda proporcionalmente a sua própria complexidade.

Tratando da importância do tempo para o processo, FRANCESCO CARNELUTTI, em uma de suas obras mais importantes, assim dissertou:

O valor que o tempo tem para o processo é imenso e, em grande parte, desconhecido. Não seria exagero comparar-se o tempo a um inimigo contra o qual o juiz luta sem descanso. De resto, também sob este aspecto o processo é vida. As exigências que se apresentam ao magistrado, com relação ao tempo, são três: detê-lo, retroceder ou acelerar o seu curso.<sup>2</sup>

No sistema processual brasileiro, pode-se notar a importância atribuída ao aspecto temporal do processo, por exemplo, no sistema rígido de prazos e preclusões estabelecidos pelo Código de Processo Civil de 1973 para a prática de atos processuais, regulamentado nos artigos 172 a 175. MOACYR AMARAL SANTOS atenta, ainda, para os princípios informativos da teoria do tempo no processo civil, para que o mesmo possa alcançar a pacificação social almejada pela sociedade como objetivo do Poder Judiciário.<sup>3</sup>

A recente reforma do Poder Judiciário também se ocupou do tema. Em dispositivo que trata da duração do processo, a Emenda Constitucional nº 45 adicionou mais dispositivo ao artigo 5º, aumentando o rol dos denominados direitos fundamentais com o novel inciso LXXVIII: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Porém, antes mesmo dessa positivação constitucional, alguns diplomas internacionais já se preocupavam com os possíveis danos do tempo ao processo. PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO, trazendo as prestigiosas lições do jurista espanhol ENRIQUE GARCIA PONS, nos ensina que o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, do qual o Brasil é signatário desde 1992, inclusive, é fundamento a existência de um direito humano à duração razoável do processo, no sentido literal da palavra.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo**. Nápoles: Morano, 1958 *apud* SILVA, Ovídio Araújo Baptista. **Curso de Processo Civil**: processo de conhecimento, volume 1, 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 204.

<sup>3</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. Op. cit. p. 295. Nas páginas seguintes, o Mestre paulista disserta sobre os princípios que devem orientar a tutela do tempo no processo, tais como a paridade de tratamento, a brevidade, a utilidade e a continuidade dos prazos.

<sup>4</sup> GARCIA PONS, Enrique. **Responsabilidad del Estado**: La justicia y sus limites temporales. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1997 *Apud* CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à Justiça, Juizados Especiais e Ação Civil Pública**: Uma nova sistematização da Teoria Geral do

O Pacto de San José da Costa Rica - Convenção Americana da Direitos Humanos -, o qual foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro desde 1992, por meio da publicação do Decreto 678 de 09/11/1992, assim expõe, no Artigo 8, item 1:

Toda pessoa tem o direito a ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem os seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

O Artigo 6.1 do Convênio Europeu de Direitos Humanos também faz menção expressa sobre o assunto ora debatido:

Toda pessoa tem direito a que a sua causa seja ouvida eqüitativa, publicamente e dentro de um prazo razoável, por um Tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, que decidirá os litígios sobre os seus direitos e obrigações de caráter civil ou sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela

Entretanto, para uma tutela efetiva dos direitos fundamentais por meio do processo, não basta tão somente uma tutela jurisdicional célere ao final deste.

Conforme se pode deduzir até mesmo do senso comum, muitas situações fáticas merecem uma tutela jurisdicional *imediata*, dada a sua urgência e o risco de lesão a um bem jurídico de valor expressivo. Exemplos enfáticos desse tipo de tutela nos remetem, sobretudo, à proteção constitucional da vida humana, que pode pressupor tratamentos médicos ou fornecimento de remédios, necessários, às vezes, quase que de maneira instantânea.

Desta feita, temos que o direito material, prestes a perecer devido a escassez de tempo para o procedimento comum ordinário, pode influir no processo, sobretudo quanto aos institutos referentes à tutela de urgência.

Existindo um perigo de dano ao direito material da parte, para o qual seja imprescindível a necessidade de uma tutela imediata de um direito, o processo moderno não pode se contentar com a tradicional demora renitente no procedimento comum ordinário. A tutela jurisdicional de um processo calcado em garantias fundamentais como a efetividade dos provimentos jurisdicionais não pode se abster de oferecer os meios inerentes para uma tutela adequada dos direitos assegurados nos diversos diplomas legais, *no decorrer do próprio processo*.

Dissertando sobre a tutela do tempo no processo, bem como a sua respectiva urgência, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA traçou uma distinção precisa, retratando dois aspectos sobre o movimento realizado pelos legisladores de todo o mundo em prol das soluções almejadas para a celeridade processual.<sup>5</sup>

Sob uma primeira ótica, temos as atividades que imprimem um maior ritmo ao processo, sem o sacrifício da atividade cognitiva do juiz, que continua plena e exauriente. Trata-se, aqui, da chamada *sumarização do procedimento*, com a manutenção das garantias do réu, como o contraditório, sendo que o resultado da cognição pode alcançar o manto da coisa julgada material.

A sobredita sumarização do procedimento pode decorrer da criação de novos ritos processuais, com a eventual dispensa de certas formalidades, como no caso do Mandado de Segurança, previsto na Lei nº 1.533/51, no qual, mediante a prática de uma ilegalidade por uma autoridade coatora existe a opção de um rito especial, com a possível comprovação de um direito líquido e certo através da prova pré-constituída, ou das hipóteses circunscritas aos Juizados Especiais Cíveis, conforme a previsão das Leis nº 9.099/95 e nº 10.259/01.

Ainda no tocante à sumarização do procedimento, BARBOSA MOREIRA observou outra possibilidade: a eventual abreviação do próprio procedimento ordinário, mediante hipóteses que tornam desnecessário o curso regular do processo. Tal hipótese, em nosso ordenamento, se enquadra na previsão do julgamento antecipado da lide, prevista no artigo 330 da Lei instrumental civil<sup>6</sup>.

Complementando o conjunto de medidas adotadas pelos legisladores objetivando uma maior celeridade ao processo, tem-se a chamada *sumarização da cognição*. Aqui, o legislador autoriza o Juiz a realizar cortes na sua cognição, exonerando o órgão judicial de proceder ao exame completo da matéria litigiosa. Tal situação acontece, por exemplo, na ação monitória, prevista nos artigos 1.102-A e seguintes do Código de Processo Civil ou, em uma hipótese mais recorrente, nas chamadas tutelas de urgência, de providências antecipatórias ou cautelares.

Assim, nessa categoria de sumarização da cognição se enquadram as tutelas de urgência, engendradas com o objetivo de tutelar situações jurídicas que demandam rapidez,

---

<sup>5</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela de urgência e efetividade do Direito. In: **Temas de Direito Processual oitava série**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 91/93.

<sup>6</sup> Art. 330 - O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença:

I - quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência;

II - quando ocorrer a revelia (Art. 319).



face às características do direito material. São, assim, provimentos jurisdicionais que, no curso do processo, podem tutelar um direito subjetivo ou proteger a eficácia de uma decisão final, em cognição sumária do direito postulado e de maneira provisória, se presentes a fumaça do bom direito e o perigo da demora (*fumus boni juris* e o *periculum in mora*).

Tratando-se de uma cognição sumária que objetiva evitar o perigo iminente de lesão grave ou de difícil reparação, a tutela de urgência não poderá tutelar de maneira definitiva o direito subjetivo em debate no processo. Ao contrário disso, a tutela de urgência possui uma característica inerente a sua própria natureza, que é a *provisoriedade*, a possibilidade de ser revista a qualquer tempo, se modificado o convencimento do julgador acerca do direito postulado.

## 2.2 Função da tutela de urgência

Mesmo se tratando de instrumento não-definitivo, a tutela de urgência possui uma *função primordial* para a tutela dos interesses subjetivos em jogo, segundo manifestação da mais reputada doutrina.

Seguindo uma visão perspicaz esposada por LUIZ GUILHERME MARINONI sobre a tutela antecipada, e que nos ajuda a compreender o papel contemporâneo da tutela de urgência face o novel instituto, pode-se afirmar que:

A técnica antecipatória, é bom que se diga, é uma *técnica de distribuição do ônus do tempo do processo*. A antecipação certamente eliminará uma das vantagens adicionais do réu contra o autor que não pode suportar, sem grave prejuízo, a lentidão da justiça. Já se disse que “a justiça realizada morosamente é sobretudo um grave mal social; provoca danos econômicos (imobilizando bens e capitais), favorece a especulação e a insolvência, acentua a discriminação entre os que têm a possibilidade de esperar e aqueles que, esperando, tudo têm a perder. Um processo que perdura por longo tempo transforma-se também em um cômodo instrumento de ameaça e pressão, em uma arma formidável nas mãos dos mais fortes para ditar ao adversário as condições da rendição”.<sup>7</sup>

Assim, o *processo não pode ser um ônus ao autor que tem razão*, premiando o réu que não se encontra agasalhado pelo direito subjetivo em debate, tampouco como instrumento de

---

<sup>7</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de tutela**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008,, p. 21.

pressão para que o réu consiga acordos vantajosos, em detrimento do direito do autor. Tem-se, aqui, a idéia de tutela de urgência como uma *regra de distribuição dos ônus do tempo no processo, especificamente no tocante à tutela antecipada*.

Por outro lado, complementando a função de distribuição dos ônus processuais, a tutela de urgência visa *suprir os males do tempo-inimigo do processo*. Ao falar dos traços que assemelham as medidas antecipatórias e as cautelares, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO assim se posicionou:

A realidade sobre as quais todos esses dispositivos operam é o tempo como fator de corrosão dos direitos, à qual se associa o empenho em oferecer meios de combate à força corrosiva do tempo-inimigo. Quando compreendermos que tanto as medidas cautelares como as antecipações de tutela se inserem nesse contexto de neutralização dos males do decurso do tempo antes que os direitos hajam sido reconhecidos e satisfeitos, teremos encontrado a chave para nossas dúvidas conceituais e o caminho que há de conduzir à solução dos problemas práticos associados a elas.<sup>8</sup>

Uma interessante analogia demonstrada por HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, citando o jurista italiano PAJARDI<sup>9</sup>, nos ajuda a entender a função primordial das tutelas de urgência. Assim como a medicina vem evoluindo as técnicas para a realização de cirurgias de emergência, nas quais não se pode aguardar todas as cautelas necessárias, caso da observação do paciente antes de procedimentos cirúrgicos, por exemplo, o direito processual também deve possuir os meios aptos para a *tutela das situações de emergência*.

Assim como na intervenção médica imediata, a concessão de medidas de urgência no processo deve passar por uma cognição sumária, nos casos em que a situação demande a urgência. A intervenção jurisdicional, assim como as intervenções cirúrgicas, possui duas faces complementares: o rito normal, com ampla cognição do direito postulado no ramo jurídico e com as cautelas necessárias na Medicina; e a emergência, situação que demanda uma medida drástica, rápida, para que se possa evitar o advento de um dano maior, por meio de uma cognição sumária, caso em que, geralmente, não se pode esperar todas as cautelas necessárias.

Além das razões acima expostas, por mais um motivo a tutela de urgência deve ser tratada com atenção nos dias de hoje. Atualmente, pode-se verificar uma enorme *aceleração*

<sup>8</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. O regime jurídico das medidas urgentes. In: **Nova era do Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 55.

<sup>9</sup> PAJARDI, Piero. *La Ideologia Ispiratrice dei Provvedimenti d'Urgenza in Generale apud THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil*, volume II. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 688/689.

*no ritmo das relações jurídicas*, oriunda da globalização e também das facilidades implantadas pelos meios de comunicação e transporte.

Na atual *sociedade de massa*, de evidente rapidez e multiplicação das relações jurídicas, a tutela de urgência certamente possui uma intensa valoração, já que a necessidade de celeridade nas decisões, por muitas vezes, não permitem o aguardo de decisões tomadas a cabo do procedimento comum ordinário e sua cognição exauriente.<sup>10</sup>

Somado a esse quadro de aceleração nas relações jurídicas, ainda se pode constatar o evidente despreparo do Poder Judiciário em lidar com o aumento da demanda, face às *deficiências crônicas* enfrentadas em diversos Estados de nossa federação, como o baixo número de Magistrados e a estrutura antiquada e deficiente do sistema judiciário.<sup>11</sup>

Logo, diante dessas questões acima enfrentadas, torna-se patente a observação de que o Poder Judiciário, como garantidor dos direitos fundamentais albergados em nossa Constituição Federal e, diante da realidade inerente à sociedade de massa em que vivemos, deve *possuir os meios adequados para a tutela de situações urgentes inerentes aos dias de hoje*. Para remediar essas situações que demandam a intervenção imediata - assim como na analogia com a Medicina - o Direito processual necessita de um instrumento eficaz: *a tutela processual da urgência*.

### 2.3 A efetividade do Processo Civil e sua relação com a tutela de urgência

Conforme delineado nos itens anteriores, o processo judicial, como instrumento de acesso à tutela das situações subjetivas de vantagem agasalhadas pelo direito, há de predispor de mecanismos de atuação às necessidades impostas pelos próprios direitos que pretende tutelar, o que inclui, certamente, a possibilidade de medidas urgentes, no âmbito do processo, face a urgência da situação jurídica em jogo.<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> GRECO, Leonardo. Função da Tutela Cautelar. In: ASSIS, Araken de et al. (Org.). **Direito Civil e Processo** - estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 842-843.

<sup>11</sup> CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à Justiça, Juizados Especiais e Ação Civil Pública: Uma nova sistematização da Teoria Geral do Processo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 90.

<sup>12</sup> GRECO, Leonardo. Op. cit. p. 829-830.

Nesse sentido, que denota uma necessária *correlação dos meios processuais à tutela dos direitos materiais*, pode-se delinear uma releitura da idéia tradicional do Acesso à Justiça<sup>13</sup>, revisão esta calcada nos ideais da efetividade e de acesso a uma ordem jurídica justa.

No Estado Democrático de Direito do nosso tempo, Acesso à Justiça não pode indicar tão somente a possibilidade de “bater às portas da justiça”, de maneira gratuita e com o auxílio de um defensor público. O binômio Justiça Gratuita - Defensoria não pode ser considerado tão somente o conteúdo dessa idéia, haja vista que garante, de maneira ínfima, o acesso aos meios de resolução de conflito pelo Poder Judiciário.

Sem contar os inúmeros outros problemas que afetam a nossa sociedade, como o próprio déficit no Acesso ao Direito<sup>14</sup> – problema também denominado de desinformação jurídica<sup>15</sup> - e as inúmeras barreiras pelas quais a jurisdição tenta ultrapassar, o conceito de Acesso à Justiça dos tempos modernos deve se pautar no *ideal da efetividade*, com uma tutela jurisdicional efetiva, adequada e célere.

PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO, analisando o Acesso à Justiça de maneira mais aprofundada, percebeu a existência de quatro princípios informadores do tema, quais sejam, a Acessibilidade – que retrata o já citado problema da desinformação jurídica e do Acesso ao Direito -, a Operosidade, a Proporcionalidade e a Utilidade.

Para a presente exposição, válidas são algumas lições acerca do último princípio, já que, segundo o próprio autor “a utilidade do processo passa, necessariamente por um enfoque que tem como linhas principais a instrumentalidade do processo e sua efetividade”.<sup>16</sup>

Pelo conceito dessa lógica *útil* do processo, conceitua o autor, utilizando lições de GIUSSEPE CHIOVENDA, que “É fundamental que o processo possa assegurar ao vencedor tudo aquilo que ele tem direito a receber, da forma mais rápida e proveitosa possível, com o menor sacrifício para o vencido.”<sup>17</sup>

<sup>13</sup> Sobre o tema e seus problemas inerentes, vale a leitura do texto de lavra do Professor Leonardo Greco, **O Acesso ao Direito e à Justiça**. Disponível em < [www.mundojuridico.adv.br](http://www.mundojuridico.adv.br) > Acesso realizado em 29/04/2008.

<sup>14</sup> GRECO, Leonardo. O Acesso ao Direito e à Justiça. Sobre o tema, vale a citação de um trecho do artigo que retrata tão bem a realidade brasileira, apesar de não se tratar do objeto central do presente estudo monográfico: “Nenhuma eficácia ou utilidade têm inúmeros direitos constitucionalmente assegurados para milhões de cidadãos que vivem na ignorância e na miséria.”

<sup>15</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. A desinformação jurídica. **Revista Forense**, v. 90, n. 325, p. 317-320, jan./mar. 1994.

<sup>16</sup> CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Op. cit. p. 106.

<sup>17</sup> CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Op. cit. p. 89. A lição original de CHIOVENDA assim dizia: “Il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi há um diritto tutto quello e próprio quello chégli diritto di conseguire”(CHIOVENDA, Giuseppe. Saggi di diritto processuale civile . Roma: 1930, v. 1, p. 110).

Logo, pode-se concluir que na busca por esse ideal de efetividade do processo judicial em face do direito tutelado pela ordem jurídica, o Poder Judiciário deve possuir todos os *meios inerentes para prover essa efetividade*.<sup>18</sup> Em decorrência da instrumentalidade do processo, a organização e concepção do mesmo deve ser realizada de tal modo que as situações jurídicas de direito material agasalhadas pelo ordenamento jurídico encontrem subsídios, no plano jurisdicional, para que estes possam ser assegurados de maneira específica e adequada.<sup>19</sup>

Como exemplos dessa tutela, segundo PINHEIRO CARNEIRO, vale a lembrança da fungibilidade dos meios executórios, da tutela específica das obrigações – prevista no artigo 461 da Lei Instrumental Civil, assim como o instituto da tutela antecipada.

Sobre essa evolução direcionada ao parâmetro de uma tutela jurisdicional efetiva, precisa é a lição trazida por BARBOSA MOREIRA: “toma-se consciência cada vez mais clara da função instrumental do processo e da necessidade de fazê-lo desempenhar de maneira efetiva o papel que lhe toca”.<sup>20</sup>

Nesse sentido, retratando o ideal de um processo adequado com base no direito autônomo de ação, LUIZ GUILHERME MARINONI nos ensina que o exercício do direito de ação, embora tido como abstrato pela doutrina, exige que se tenham os meios adequados para a tutela do direito material pretendido, em homenagem aos direitos fundamentais. Assim, consubstanciado estaria o dever de proteção estatal e de direito fundamental de ação.

No *direito comparado*, cabe destacar um exemplo que também retrata esse ideal de efetividade, mais especificamente, na Itália, onde existe essa mesma preocupação em torno dos direitos proclamados e da sua efetivação, até mesmo daqueles direitos deduzidos diretamente da Constituição e que ainda não foram albergados em legislação infraconstitucional.<sup>21</sup> Em nossa tradicional classificação, estes corresponderiam aos direitos fundamentais de eficácia contida ou limitada.

No *Brasil*, baseado nessa evolução retratada e na premissa básica de uma *tutela específica e adequada* pode-se relembrar, inclusive, o que a moderna processualística pátria denomina de *tutela inibitória*, calcada na prevenção de um dano, antes que o mesmo venha a

---

<sup>18</sup> Ibidem, p. 92/99

<sup>19</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista. **Curso de Processo Civil**: processo de conhecimento, volume 1. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 125.

<sup>20</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela de urgência e efetividade do Direito. In: **Temas de Direito Processual terceira série**, p. 3. São Paulo: Saraiva, 1984 *apud* SILVA, Ovídio Araújo Baptista. **Curso de Processo Civil**: processo de conhecimento, volume 1. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 125.

<sup>21</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista. Op. cit. p. 126.

ocorrer e evitando, portanto, sentenças condenatórias baseadas tão somente na reparação pecuniária após a prática do ato ilícito, com fundamento nos artigos 84 do Código de Defesa do Consumidor e 461 do Código de Processo Civil.<sup>22</sup> Trata-se, aqui, de uma notória *evolução nos institutos processuais da urgência*, pautada pelo valor efetividade.

JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE conceitua o processo efetivo como sendo “aquele que, observado o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material”.<sup>23</sup>

Observe-se, igualmente, que em nenhum momento apregoamos a defesa absoluta do valor celeridade. Conforme leciona doutrina de escol, muitas vezes, nos provimentos de urgência, existe um *conflito entre os princípios da efetividade e da segurança jurídica*<sup>24</sup>, que deve ser saneado no caso concreto, com a aplicação do princípio da proporcionalidade.

A tutela de urgência, como um meio adequado à tutela de situações que demandam rapidez, consubstanciada no valor celeridade, possui intensa correlação com o valor efetividade. Tratando daquilo que denominou de *efetividade qualitativa*, LEONARDO GRECO ressalta a importância da tutela de urgência para a efetividade processual, citando lições de doutrina estrangeira:

E quanto à tutela de urgência, especialmente cautelar, (...), ganhou ela importância garantística como instrumento necessário da proteção jurídica das situações, bem como da aceleração do acesso ao Direito provável e, conseqüentemente, como instrumento de ampliação do alcance do acesso à justiça.

Conforme assinala FABRA VALLS, a tutela cautelar tem hoje uma estreita conexão com o direito universalmente reconhecido a um processo sem dilações indevidas. As medidas cautelares são instrumentos idôneos não para encurtar a duração excessiva dos processos, mas para remediar os efeitos perniciosos que podem derivar dessa demora.<sup>25</sup>

Logo, verificada uma situação que não possa aguardar todo o deslinde do processo de conhecimento e que convença o Magistrado de maneira cabal quanto à fumaça do bom direito, cabe ao processo civil, em homenagem à eficiência processual, tutelar as ditas situações de urgência, sob pena de total desapego aos fins processuais almejados pela sociedade.

<sup>22</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit. p. 67 e ss.

<sup>23</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 49.

<sup>24</sup> Sobre o tema: ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 66-67.

<sup>25</sup> GRECO, Leonardo. **Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo**. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br >. Acesso em 29 de abril de 2008, p. 19.

Esta visão da efetividade, felizmente, parece ser a opção assente em nossa doutrina, que parece não mais se apegar a um acesso à justiça meramente formal, o que impunha ao cidadão um ônus demasiado enquanto aguardava o deslinde meritório. A visão de direito de ação como direito meramente a uma sentença não poderia ter vida longa, sendo que hoje, tal como relatado por MARINONI, o “direito à sentença deve ser visto como direito ao provimento e aos meios executivos capazes de dar efetividade ao direito substancial, o que significa direito à efetividade em sentido estrito”.<sup>26</sup>

E nessa efetividade, tendo em vista a necessária adequação do processo ao direito material, também merece guarida a tutela de urgência.

#### 2.4 Fundamentos para uma tutela efetiva, no Direito brasileiro

Além das considerações acima sobre a efetividade no processo e sua evolução para as tutelas específicas, mister ainda se faz tecer algumas considerações quanto aos fundamentos axiológicos, inclusive de matriz constitucional, para a efetividade processual e o conseqüente direito de acesso a um provimento jurisdicional efetivo.

Sob uma primeira ótica, a efetividade processual é uma decorrência do macro princípio do *devido processo legal* (Artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal), que deve indicar um processo efetivo, aquele que tenha condições de realizar o direito material vindicado na seara jurisdicional, *sem dilações indevidas*.<sup>27</sup>

Dentro dessa idéia que traduz um processo célere, obviamente estariam enquadradas as tutelas de urgência, que objetivam sanar, durante um processo, uma situação ilícita que esteja acarretando em dano para uma das partes, pela urgência que lhe é inerente. Ora, basta que se atente de maneira crítica para a idéia de MARINONI<sup>28</sup>, de que um processo jamais deve se transformar num ônus para a parte que tem razão, que se pode constatar que *não é lógico pensar em devido processo de direito sem as medidas de urgência aptas a corrigir uma eventual disparidade na situação de direito material que pode vir a sofrer um revés, face à demora na resolução do conflito*.

<sup>26</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais**. Disponível em < [www.marinoni.com.br](http://www.marinoni.com.br) > Acesso em 09/07/2008, p. 9.

<sup>27</sup> DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**, vol. 1. 10. ed. Salvador: Jus Podium, 2008, p. 40.

<sup>28</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de tutela**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 67 e ss.

A efetividade da jurisdição também é uma consequência do Artigo 5º, Inciso XXXV da Constituição Federal, que traz a norma fundamental da *inafastabilidade do controle jurisdicional* - também denominada de *princípio da proteção judiciária*<sup>29</sup> - e considerado por muitos também como o fundamento axiológico do amplo acesso à justiça.

Artigo 5º, Inciso XXXV: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Conforme já dito alhures, ao avocar a resolução de conflitos para si, proibindo a justiça pelas próprias mãos do titular do direito lesado, o Estado deve possuir os meios para tornar o direito material violado efetivamente protegido, amoldando-se ao caso concreto e zelando pela celeridade e eficácia na sua atribuição<sup>30</sup>. Com muita propriedade, assevera TEORI ALBINO ZAVASCKI que “o Estado, monopolizador do poder jurisdicional, deve impulsionar sua atividade com mecanismos processuais adequados a impedir – tanto quanto seja possível – a ocorrência de vitórias de Pirro”.<sup>31</sup>

Corroborando essa idéia, BARBOSA MOREIRA ressalta que “se o processo é instrumento de realização do direito material, o resultado de seu funcionamento deve situar-se a uma distância mínima daquela que produziria a atuação espontânea das normas substanciais”<sup>32</sup>

Dentro dessa lógica da efetividade, onde se incluem as tutelas diferenciadas, inserem-se as medidas cautelares e antecipatórias.

E para reforçar ainda mais essa necessidade de uma tutela emergencial, que decorre da própria lógica da garantia da inafastabilidade, o constituinte de 1988 optou por incluir no Artigo 5º, XXXV a locução “*ameaça a direito*”, consagrando constitucionalmente a tutela jurídica da segurança.

<sup>29</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 430.

<sup>30</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit., p. 688.

<sup>31</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 66. PIRRO, segundo reza a história, foi um rei do Épiro e da Macedônia que contava com um portentoso exército. Ao ganhar uma batalha contra os poderosos romanos, com o alto preço de 3.500 baixas em seu Exército, ficaram conhecidas como a batalha de PIRRO aquelas em que achamos que poderiam ser obtidos um resultado positivo, mas que ao fim se assemelham quase que a uma derrota. Célebre ficou a frase: “*Mais uma vitória como esta, e estou perdido*” Informação extraída de < <http://www.fernandodannemann.recantodasletras.com.br/visualizar.php?id=491021> >

<sup>32</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela de urgência e efetividade do Direito. In: **Temas de Direito Processual terceira série**, p. 3. São Paulo: Saraiva, 1984 *apud* SILVA, Ovídio Araújo Baptista. **Curso de Processo Civil: processo de conhecimento**, volume 1. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 125.



Alguns autores, a meu ver com razão, sustentam que a tutela de urgência, atrelada à efetividade jurisdicional, sequer necessitaria de uma previsão constitucional tal como exposta. A nossa Constituição anterior, em seu artigo 163, §4º, não continha a expressão “*ameaça a direito*”, mas nem por isso se deixava de considerar como existente o direito fundamental à efetividade e a tutela de urgência.

Nesse sentido, leciona TEORI ALBINO ZAVASCKI:

Na verdade, a função acautelatória – chamemo-la assim para englobar as várias espécies de tutela provisória – justifica-se constitucionalmente como mecanismo de concretização e de harmonização dos direitos fundamentais em conflito. Sua origem, sua importância, sua indispensabilidade, sua legitimidade, enfim, decorrem não de um ou outro dispositivo específico, e sim do próprio sistema constitucional organicamente considerado, conforme já sustentamos em outros estudos.<sup>33</sup>

Outro argumento diz respeito aos princípios constitucionais inerentes à Administração Pública, delineados no artigo 37 da Constituição Federal. Sendo o Poder Judiciário um braço da Administração Pública, estando incluído no universo mais amplo da relação entre Estado e cidadão, aplicar-se-ia, também ao Poder Judiciário, o *princípio da eficiência*, que retrata, de certa maneira, o ideal da efetividade. Esse, apesar de não existir menção expressa, parece ser o pensamento de LEONARDO GRECO<sup>34</sup>.

Para finalizar o embasamento quanto à tutela efetiva e, mais uma vez evidenciando os ideais basilares da eficiência processual, cumpre mencionar que o processo deve possuir os *meios adequados à tutela efetiva dos direitos fundamentais, que possuem aplicabilidade imediata, segundo o Artigo 5º, §1º, da Constituição Federal*.

Ora, de nada adiantaria um elenco exaustivo de direitos fundamentais, com a garantia de sua aplicabilidade imediata, se não existir um processo adequado, célere e com meios eficazes, aptos a tutelar aqueles inúmeros direitos constitucionalmente garantidos. Pensar diferente é contrariar toda a lógica da proteção dos direitos pelo Poder Judiciário.

Esse também parece ser o ideal de LUIZ GUILHERME MARINONI ao afirmar que: “*Não por outro motivo que o direito à prestação jurisdicional efetiva já foi proclamado como o mais importante dos direitos, exatamente por constituir o direito a fazer valer os próprios direitos*”.<sup>35</sup>

<sup>33</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. Op. cit. p. 62.

<sup>34</sup> GRECO, Leonardo. **Garantias fundamentais do processo: O processo justo**. Disponível em: <[www.mundojuridico.adv.br](http://www.mundojuridico.adv.br)> Acesso em 29 de abril de 2008, p. 1.

<sup>35</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais**. Disponível em <[www.marinoni.com.br](http://www.marinoni.com.br)> Acesso em 09/07/2008, p. 12.

## 2.5 A tutela de urgência e o sobrecarregado Estado Brasileiro

Aproximando-nos um pouco mais do ponto principal do presente estudo, que diz respeito a dois institutos inerentes à tutela de urgência no direito processual público, algumas considerações devem ser feitas quanto às peculiaridades que envolvem a estrutura administrativa do Estado Brasileiro e sua posição em Juízo.

Em se tratando de matéria relativa à urgência processual, a mesma se afigura necessária em situações que demonstrem um grave risco de dano para o perecimento do direito, e também em situações que podem demonstrar uma ausência de celeridade, pautada pela ineficiência.

E como é um fato notório no âmbito da nossa sociedade, por diversos motivos, União, Estados, Municípios e suas respectivas autarquias e fundações são reconhecidos, muitas vezes, pela precariedade de seus recursos e instalações, que acarretam, em muitos casos, na mais absoluta ineficiência quando chamadas a atender os anseios da sociedade, inclusive e principalmente na via administrativa.

Falando acerca da seara administrativa, procedimentos corriqueiros para a Fazenda Pública, sejam eles relativos aos inúmeros tributos e suas respectivas impugnações, seja na seara previdenciária ou para a regularização de imóveis no âmbito das prefeituras das grandes cidades podem perdurar por anos a fio, demonstrando a ineficiência de um Estado sobrecarregado nas suas atribuições.

E no âmbito do Poder Judiciário, a situação não se afigura de maneira diferente. No dia-a-dia do foro e das Faculdades de Direito, não são poucos os exemplos de processos que literalmente se arrastam por diversos anos, numa absoluta desproporcionalidade entre sua complexidade e a razoável duração que deveriam observar.

E nos processos realmente complexos, com ampla produção de prova técnica e inúmeros recursos, seria uma afronta que se fizesse qualquer previsão quanto a sua duração. Muitos ultrapassam limites até então intransponíveis, dando um exemplo da falta de preparo da Justiça perante o crescimento e complexidade das demandas.

E quando a Fazenda Pública comparece em Juízo, a situação torna-se ainda mais calamitosa. Por opção do legislador de 1973, o artigo 188<sup>36</sup> já previu um prazo diferenciado

---

<sup>36</sup> Artigo 188 do Código de Processo Civil: Computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público.

para contestar ou recorrer, nas ações em que o Poder Público figure em Juízo. Contudo, mesmo com essa prerrogativa que lhe permite contestar em 60 dias, muitas vezes o Poder Público não o faz de maneira precisa ou não traz aos autos a documentação instrutória necessária, como eventuais procedimentos administrativos em curso sobre a matéria em debate.

Outro problema a ser enfrentado diz respeito à execução das obrigações pecuniárias, da fila dos precatórios. Após um processo de conhecimento demorado e seus recursos, a Fazenda Pública, pelo atual entendimento, tem o direito de cumprir a obrigação quando bem entender, já que atualmente não existe responsabilização direta de agentes públicos pela falta de previsão orçamentária dos precatórios, o que acaba por acarretar no desvirtuamento da execução pelos precatórios, já que o pagamento depende essencialmente da vontade política do ente público em honrá-la. As verbas não são incluídas no orçamento, já que os Poderes Executivo e Legislativo preferem destinar tais recursos para outros fins.<sup>37- 38</sup>

Além dessas duas prerrogativas, pode-se exemplificar com inúmeras outras, como o reexame necessário ou o duplo grau de jurisdição obrigatório, um rito especial previsto para a Execução Fiscal e a Lei que prevê a chamada medida cautelar Fiscal (respectivamente pelas Leis de no 6.830/80 e 8.397/92), que ajudam a desigualar ainda mais a relação entre Estado e cidadãos, dado o intenso número de prerrogativas conferidas aos diversos entes.

Ora, dessa conjuntura de prerrogativas, somada à lentidão do Estado, pode-se observar que os processos contra os entes Estatais tendem a perdurar por ainda mais tempo do que o necessário, quando ao interesse destes a lentidão aproveitar.

Um exemplo típico dessa demora pode ser constatado no caso do naufrágio do Bateau Mouche IV, ocorrido na passagem de ano de 1988 para 1989. Segundo notícia jornalística<sup>39</sup>, o Juízo da 17ª Vara Federal do Rio de Janeiro proferiu sentença condenatória somente no ano

Tal artigo, inclusive, é alvo de intensas manifestações doutrinárias quanto a sua possível inconstitucionalidade, tendo o Supremo Tribunal Federal decidido se tratar de prerrogativa constitucional, face as deficiências na estrutura administrativa do Estado.

<sup>37</sup> GRECO, Leonardo. **O processo de execução**, volume II. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 536; e BENUCCI, Renato Luís. **Antecipação da tutela em face da Fazenda Pública**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 79.

<sup>38</sup> Direta no sentido de que não é feita pelo próprio Juiz da execução, mas sim pelos crimes de responsabilidade ou por meio de intervenção federal. GRECO, Leonardo. Op. cit. p. 543-544

<sup>39</sup> Notícia publicada em 02/05/2008, no Jornal do Brasil. O texto assim dizia: “A 17ª Vara Federal do Rio de Janeiro condenou a União Federal e mais nove réus em ação movida pela família de Adagmar Ribeiro Paolino, morto no naufrágio do Bateau Mouche IV, no réveillon de 1988 para 89. Na sentença, o Juiz Eugênio Rosa de Araújo reconhece o dano moral sofrido e fixa o valor de mil salários mínimos ou R\$ 415 mil para cada um. Além disso, a família receberá o valor das pensões mensais vencidas, desde a data do naufrágio até as que venceriam de acordo com a provável sobrevivência do autor. Os réus foram condenados também a ressarcir os autores pelas despesas realizadas com o funeral e ao pagamento de honorários do advogado.”

de 2008 e que, por óbvio, ainda está sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório e eventual inserção na fila dos precatórios para o pagamento do dano moral pela União.

O que se almeja dizer, com esse breve parêntese ainda no início de trabalho, é que a *tutela de urgência, para cumprir com a efetividade almejada pela Constituição, deve possuir os meios para suprir uma situação que claramente indica o seu inverso, qual seja, a a ineficiência*, que, infelizmente, representam a realidade da administração brasileira, tanto no seu aspecto administrativo, quanto em processos judiciais.

Além disso, outra observação merece apreço. Em se tratando da hipótese de tutela antecipada baseada no *manifesto propósito protelatório do réu* (Artigo 273, II, CPC), não estaria o legislador vinculando a atuação, de maneira clara e inequívoca, também do poder público?

Ora, é do conhecimento de todos que União, Estados e Municípios são os entes que mais interpõem recursos contra as decisões que contrariem os seus interesses, sendo que dos Recursos Especiais interpostos pela Fazenda Pública perante o Superior Tribunal de Justiça, apenas 5 % merecem provimento, e os procuradores da União, são obrigados, de ofício e por obediência a Lei, a recorrerem em todas as causas.<sup>40</sup>

Sendo assim, mais uma vez se manifesta como necessária a tutela de urgência, especialmente quando Estado ocupa a posição de réu na relação jurídico-processual, já que o manifesto propósito protelatório se afigura como a regra para os entes públicos, o que pode ensejar situações de evidente desamparo para os cidadãos que se virem litigando contra o Poder Público nessas situações.

---

<sup>40</sup> Informações obtidas nos debates acerca das Prerrogativas Processuais da Fazenda Pública. In SUNDFELD, Carlos Ari e BUENO, Cássio Scarpinella (orgs.). **Direito Processual Público: A Fazenda Pública em Juízo**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 90 e 96.

### 3 A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E SUA RELEITURA CONSTITUCIONAL

No âmbito do regime jurídico-administrativo, a doutrina vislumbra dois aspectos inerentes ao direito público como um todo: a legalidade e a supremacia do interesse público sobre o privado, constatando-se, inclusive, que esta última característica enseja as prerrogativas da Fazenda Pública.<sup>41</sup> Sobre este último aspecto – a supremacia do interesse público - versa o presente capítulo, especialmente no tocante a legitimação desse argumento para as prerrogativas processuais da Fazenda Pública.

#### 3.1 Supremacia do interesse público e prerrogativas da Fazenda Pública

A noção de *interesse público*, apesar de se tratar de conceito jurídico de extrema complexidade – conforme se demonstrará no item seguinte – possui intensa correlação com o Direito Administrativo, sendo aquele a finalidade inerente aos atos praticados no exercício do Poder Executivo.<sup>42</sup>

Em que pesem as inúmeras concepções atreladas a esse conceito de difícil solidificação, vale destacar que o interesse público, se tratando do interesse relevante para uma coletividade, deve ser defendido por meio da atuação da Poder Público em Juízo, entendido este, em termos gerais, nos entes da federação, em suas autarquias e fundações públicas, naquilo que se convencionou denominar de *Fazenda Pública*.<sup>43</sup>

Somado a esse aspecto inerente à atuação do Estado em juízo, vale o destaque para uma outra característica que lhe é peculiar. Em se tratando de uma *estrutura complexa*, envolvendo diversos órgãos setoriais para uma melhor organização dos serviços públicos

---

<sup>41</sup> COSTA, Regina Helena Da. Prerrogativas e o interesse da Justiça, In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cássio Scarpinella (Coord.). **Direito Processual Público: A Fazenda Pública em Juízo**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 80.

<sup>42</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 50.

<sup>43</sup> CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 6. ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 15/18.

oferecidos, o Estado possui uma *burocracia* que lhe é inerente e que, por diversas vezes, torna a defesa do interesse público em juízo uma atividade mais lenta do que a habitual.

Tendo-se em vista essas duas características flagrantes de nossa Administração – a defesa do interesse público e a burocracia do sistema – constata-se que a presença do Poder Público em juízo não deve ser tratada da mesma forma com que o Processo Civil funciona enquanto dois particulares litigam, em situação de igualdade.

Para que se pudesse relativizar essa situação de desigualdade entre as partes litigantes, foram criadas algumas *prerrogativas processuais* para a Fazenda Pública, objetivando um reequilíbrio de forças, traduzido naquele antigo ideal aristotélico, que indica um tratamento desigual aos desiguais, na medida *proporcional* de sua desigualdade.

Sem exaurir o extenso rol das prerrogativas processuais da Fazenda Pública, vale o destaque para alguns exemplos comuns, no próprio Código de Processo Civil, como a previsão do artigo 188, que traz prazos diferenciados para contestar e recorrer, além da submissão ao duplo grau de jurisdição obrigatório, previsto no artigo 475.

Além dessas mais conhecidas prerrogativas, ainda existem outras em nosso ordenamento, tais como os critérios diferenciados para o arbitramento dos honorários da sucumbência, intimação pessoal dos Advogados da União, dispensa de depósito para ação rescisória, parcelamento de precatórios, proibição de provimentos de urgência, dispensa do depósito da multa por interposição de agravo manifestamente incabível ou infundado.<sup>44</sup> Sem prejuízo das outras inúmeras prerrogativas, vale a citação do instituto da suspensão da segurança, que será objeto do presente estudo em capítulo posterior, e que se apresenta como um instrumento de defesa tão somente para a Fazenda Pública.

Sem adentrar no mérito se tais *prerrogativas* constituem uma necessidade da Fazenda Pública para o fiel exercício de suas funções ou de um *privilégio* indevido<sup>45</sup>, violando a igualdade concreta na relação Estado-cidadão no processo civil, estas existem com o fito de promover *a defesa do interesse público*, igualando uma situação que demonstra, *a priori*, uma desigualdade.

Na esfera *material* do Direito Administrativo, pode-se vislumbrar algumas prerrogativas, baseadas também na defesa do interesse público. Conforme os ensinamentos de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, que, ao constatar a supremacia do interesse público sobre o particular afirma:

---

<sup>44</sup> GRECO, Leonardo. **Garantias fundamentais do processo:** O processo justo. Disponível em: <[www.mundojuridico.adv.br](http://www.mundojuridico.adv.br)> Acesso em 29 de abril de 2008, p. 16.

<sup>45</sup> CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Op. cit. p. 34.

Isto significa que a Administração Pública possui prerrogativas ou privilégios, desconhecidos na esfera do direito privado, tais como a auto-executoriedade, a autotutela, o poder de expropriar, o de requisitar bens e serviços, o de ocupar temporariamente o imóvel alheio, o de instituir servidão, o de aplicar sanções administrativas, o de alterar e rescindir unilateralmente os contratos, o de impor medidas de polícia.<sup>46</sup>

A noção do interesse público, somada a sua plena indisponibilidade, fez com que autores do Direito Administrativo vislumbassem a existência de um princípio implícito, peculiar a este ramo do Direito, que alguns tratam como um verdadeiro axioma, a *supremacia do interesse público sobre o privado*, “*fundamento para todo o Direito Público e que vincula a Administração em todas as suas decisões*”<sup>47</sup>.

O que se pretende constatar, a título preliminar, é que a existência da supremacia do interesse público enquanto a Fazenda Pública atua em Juízo, somada a sua indisponibilidade, nos dizeres de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO<sup>48</sup>, sempre teve a importante função como um *elemento legitimador das chamadas prerrogativas processuais e materiais da Fazenda Pública*.

Nesse sentido, tratando das prerrogativas processuais, válidas são as lições de LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA que, ao tratar da atuação da Fazenda Pública em juízo, vislumbrou a defesa do interesse público como embasamento para as prerrogativas processuais do Poder Público:

Em razão da própria atividade de tutelar o interesse público, a Fazenda Pública ostenta condição diferenciada das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito privado (...). Para que a Fazenda Pública possa, contudo, atuar da melhor e mais ampla maneira possível, é preciso que se lhe se confirmem condições necessárias e suficientes a tanto. Dentre as condições oferecidas, avultam as prerrogativas processuais, identificadas, por alguns, como privilégios.<sup>49</sup>

Contudo, tendo em vista a atual releitura desses conceitos de Direito Administrativo, incluindo a noção e os conceitos do que vem a ser o interesse público e a relativização da supremacia do interesse público sobre o privado, essas idéias vêm sofrendo uma intensa reconstrução, em face de novos entendimentos exarados por doutrinadores mais afetos a um viés constitucional do princípio. Este é objeto deste capítulo do presente estudo, em especial

<sup>46</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 79.

<sup>47</sup> Ibidem, p. 83.

<sup>48</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit. p. 47.

<sup>49</sup> CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Op. cit. p. 31-32.

quanto a seus reflexos no direito processual civil. Passemos, então, ao estudo de algumas noções inerentes ao princípio.

### 3.2 Conceito de interesse público

O conceito de interesse público, apesar de fartamente conclamado pela doutrina administrativista como a finalidade inerente ao Direito Administrativo e aos atos praticados em conformidade com esta seara do ramo jurídico<sup>50</sup>, não possui um delineamento claro, tratando-se, portanto, de um conceito jurídico vago ou indeterminado.

Nos primórdios dessa antiga noção, ARISTÓTELES chamava o interesse público de sumo bem comum, “digno de ser amado também por um único indivíduo; porém mais belo e mais divino quando referente a povos e cidades”.<sup>51</sup>

Avançando um pouco no tempo, o interesse público denotava uma alienação total dos indivíduos para com os seus direitos: estes eram outorgados ao Estado, quando se decidia conviver em sociedade, de modo que os direitos individuais restariam mitigados em prol da coletividade e de um pretense interesse público. Seria uma conotação totalitária do conceito, em nome da vida em sociedade mitigariam-se os direitos individuais.<sup>52</sup>

Em outro momento, interesse público passou a ser confundido com o que a lei afirma, na chamada fase nominalista do princípio: Interesse público ó que a lei diz que é. Tal definição, contudo, não apresenta qualquer evolução significativa para o conceito, que continua a se tratar de algo indeterminado e que pode conceder campo extenso para a atuação da chamada discricionariedade administrativa. Sobre o assunto, assim ponderou GIOVANNA MAYER:

---

<sup>50</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit. p. 50.

<sup>51</sup> ARISTÓTELES. *A ética*, textos selecionados (tradução de Cássio M. Fonseca) 2. ed. Bauru: Edipro, 2003, p. 22-23.

<sup>52</sup> MAYER, Giovanna. **Para uma nova interpretação do princípio da superioridade do interesse público sobre o privado**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 21, dez. 2007. Disponível em < [HTTP://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Gionavanna\\_Mayer.htm](http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Gionavanna_Mayer.htm) > Acesso em: 03/07/2008, p. 2.



O problema em deixar totalmente o preenchimento de uma categoria de interesse público pela lei é justamente abrir margem para um campo de atuação enorme por parte da Administração. A Administração executa a lei e interpreta o que seja interesse público de acordo com suas conveniências. “O arbítrio, que a construção do princípio da legalidade administrativa intentou afastar, voltou disfarçado”. Muitas vezes o interesse público foi confundido com razões de Estado ou mesmo com motivos privados do governante. Daí a importância de se definir, pelo menos minimamente, o conteúdo de um conceito jurídico indeterminado.<sup>53</sup>

Segundo DI PIETRO, o interesse público e sua respectiva supremacia também podem ser denominados de finalidade pública, estando presente tanto no momento da elaboração da lei quanto no momento de sua execução pela Administração Pública. Prosseguindo na explanação do conceito, assevera a autora paulista, já atentando para a fragilidade do mesmo, distinguindo o interesse público do privado com base em um critério que separa os ramos jurídicos entre o direito público e o direito privado:

No que diz respeito à sua influência na elaboração da lei, é oportuno lembrar que uma das distinções que se costuma fazer entre o direito privado e o direito público (e que vem desde o Direito Romano) leva em conta o interesse que se tem em vista proteger; o direito privado contém normas de interesse individual e, o direito público, normas de interesse público.

Esse critério tem sido criticado porque existem normas de direito privado que objetivam defender o interesse público (como as concernentes ao Direito de Família) e existem normas de direito público que defendem também interesses particulares (como as normas de segurança, saúde pública, censura, disposição atinentes ao poder de polícia do Estado e normas no capítulo da Constituição consagrado aos direitos fundamentais do homem).

Além das observações já realizadas pela brilhante autora, ainda vale o destaque a um outro dado importante. A própria doutrina, em virtude da chamada constitucionalização do Direito e da interpenetração entre os ramos jurídicos, já não consegue distinguir com clareza os diferentes ramos jurídicos, tornando tormentosa a qualificação em direito público ou privado. Como exemplo, podemos citar o movimento de constitucionalização do Direito Civil.

DANIEL SARMENTO, utilizando-se de lições de ODETE MEDAUAR também relata a dificuldade em se caracterizar o interesse público:

<sup>53</sup> MAYER, Giovanna. Op. cit., p. 2-3.

Na verdade, como destacou Odete Medauar, hoje a doutrina reconhece a “indeterminação e a dificuldade na definição de interesse público, a sua difícil e incerta avaliação e hierarquização, o que gera crise na sua pretensa objetividade.” De fato numa sociedade plural e heterogênea, em que grupos diversos defendem interesses não convergentes, mas nem por isso menos legítimos, todos merecedores de tutela estatal, fragmenta-se ao extremo a noção de interesse público (...)<sup>54</sup>

Trazendo ao debate algumas lições de direito comparado, ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO relata a distinção entre a concepção anglo-saxônica de interesse público e a conceituação européia. Para a primeira, interesse público seria a soma dos interesses individuais, enquanto que nos países germânico-latinos, o interesse público seria algo superior à uma soma dos interesses individuais, dotado de autonomia, o que serviu para fundamentar o regime jurídico próprio do Direito Administrativo. Contudo, também constata o autor a aproximação desses dois conceitos, com o direcionamento europeu norteados pelos ideais anglo-saxões.<sup>55</sup>

### 3.2.1 Interesse público por Celso Antônio Bandeira de Mello e a distinção entre interesse público primário e secundário

Em que pese se tratar de conceito de difícil determinação, cujo alcance vem sendo debatido até mesmo em função de um aspecto mais liberal ou intervencionista do Estado, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO trouxe preciosas informações e conceitos para uma melhor interpretação do alcance e significado da expressão interesse público.<sup>56</sup>

<sup>54</sup> SARMENTO, Daniel Antônio de Moraes. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 98.

<sup>55</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. A Supremacia do Interesse Público no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do Direito Público Contemporâneo. In SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 3

<sup>56</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit. p. 50-60.

Segundo o aludido autor, na análise usualmente apresentada, teríamos no interesse público a contraposição ao interesse privado, pessoal, de cada um, que se constituiria no interesse de um todo, do próprio conjunto social. Contudo, essa idéia acentua um “falso antagonismo entre o interesse das partes e o interesse do todo” acarretando em uma suposição de que o interesse público seria uma *categoria autônoma*, naquela visão acima exposta por ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO, quando falou do *conceito europeu* de interesse público.

Prossegue, então, o jusadministrativista afirmando que essa idéia de autonomia do interesse público é errônea, não se podendo mencionar um interesse público que fosse discordante do interesse de cada um dos membros da sociedade, o que seria, realmente, um contra-senso insuperável. O interesse do todo seria, assim, *a função qualificada dos interesses das partes*. Contudo, não resta afastada a hipótese de um interesse público contrapor-se a um dado interesse individual, mas, este não pode, via de regra, se apresentar de maneira antagônica a todos os interesses individuais. Assim, “*Esta simples e intuitiva percepção basta para exhibir a existência de uma relação íntima, indissolúvel, entre o chamado interesse público e os interesses ditos individuais*”.<sup>57</sup>

Conforme dito alhures, um interesse público pode chocar-se com um interesse individual, naquele clássico exemplo da desapropriação. O interesse do todo indica a necessidade deste instituto, para que se possa dar prosseguimento a obras de interesse da coletividade, mas o indivíduo que se desapropriado de seu bem imóvel, possui, em tese, o interesse de não ser desapropriado, mas não pode, individualmente, ter interesse em que não haja o instituto da desapropriação. Pondera o Professor da PUC-SP:

O que fica visível, como fruto dessas considerações, é que existe, de um lado, o interesse individual, particular, atinente, atinente às conveniências de cada um no que concerne aos assuntos de sua vida particular – interesse, este, que é o da pessoa ou grupo de pessoas singularmente consideradas -, e que, de par com isto, existe também o interesse igualmente pessoal destas mesmas pessoas ou grupos, mas que comparecem como partícipes de uma coletividade maior na qual estão inseridos (...)

Pois bem, é este último interesse o que nomeamos de interesse público ou interesse do todo. Não é, portanto, de forma alguma, um interesse constituído autonomamente, dissociado do interesse das partes e, pois, passível de ser tomado como categoria jurídica que possa ser erigida

<sup>57</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit. p. 51.

irrelatamente aos interesses individuais, pois, em fim de contas, ele nada mais é do que uma faceta dos interesses dos indivíduos (...).<sup>58</sup>

E por fim, com sua acuidade habitual, conceitua: “o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade, pelo simples fato de o serem”.<sup>59</sup>

Essas observações, acerca da ausência de autonomia do conceito de interesse público, levaram o doutrinador a chegar a duas conclusões: a) os interesses ditos como públicos são suscetíveis de defesa pelos particulares, haja vista que combate a visão de que os particulares são estranhos ao interesse público e; b) *ajuda a desfazer um equívoco ainda pior, de supor que os interesses públicos se confundem totalmente com interesses do Estado e demais pessoas do direito público.*

E é exatamente nesse segundo ponto de observação do jurista em que reside a *distinção entre o interesse público primário e interesse público secundário*, que é notória na doutrina italiana, mas parece não ter atingido os ideais dos processualistas que tratam do tema relativo às prerrogativas processuais da Fazenda Pública.

Por interesse público primário, entende-se o conceito acima delineado, qual seja, ligado diretamente à dimensão pública dos interesses individuais, consistentes no complexo dos interesses dos indivíduos enquanto pertencentes a uma sociedade.

Já no que diz respeito ao interesse público secundário, seriam estes os interesses do ente estatal enquanto pessoa jurídica de direito público, similares, portanto aos interesses de qualquer outro sujeito. Segundo o autor, esses interesses sequer se consubstanciarão em interesses públicos, mas interesses privados do Estado. LUIS ROBERTO BARROSO, falando sobre o interesse público secundário, assevera que este, “em ampla medida, pode ser identificado como o interesse do erário, que é o maximizar a arrecadação e minimizar as despesas”.<sup>60</sup>

---

<sup>58</sup> Ibidem, p. 52.

<sup>59</sup> Ibidem, p. 52-53.

<sup>60</sup> BARROSO, Luís Roberto. Prefácio à obra. In SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. xiii.

RENATO ALESSI<sup>61</sup>, jurista italiano de escol, preceitua que estes interesses secundários do Estado só podem ser por ele buscados quando coincidentes com os interesses primários, aqueles interesses propriamente públicos. Ainda exemplifica o autor, retratando esse evidente conflito entre interesses públicos, que se se permitisse a busca desmedida pela satisfação do interesse público secundário, teríamos situações extremas, como uma tributação desmedida para o enriquecimento do Estado ou a redução de proventos de servidores até que se alcance um valor irrisório. Estes, certamente, não são os interesses públicos primários os quais se busca defender.

### 3.2.2 Os direitos fundamentais e o interesse público

Outro importante ponto, no tocante ao interesse público primário, ainda merece destaque, haja vista a sua importância para o deslinde do presente trabalho. Em nosso Estado de Direito, no qual a Constituição assegurou diversas garantias constitucionais irradiadas por todo o texto da Tábua Axiológica Fundamental, estes *direitos fundamentais também possuem um papel preponderante na consecução daquilo que a doutrina denomina de interesse público primário*. Nesse sentido, nos ensina LUIS ROBERTO BARROSO:

Em um Estado de direito democrático, assinalado pela centralidade e supremacia da Constituição, a realização do interesse público primário muitas vezes se consuma apenas pela satisfação de determinados interesses privados. Se tais interesses forem protegidos por uma cláusula de direito fundamental, não há de haver qualquer dúvida. Assegurar a integridade física de um detento, preservar a liberdade de expressão de um jornalista, prover a educação primária de uma criança são, inequivocamente, formas de realizar o interesse público, mesmo quando o beneficiário for uma única pessoa privada. Não é por outra razão que os direitos fundamentais, pelo menos na extensão de seu núcleo essencial, são indisponíveis, cabendo ao estado a sua defesa, ainda que contra a vontade expressa de seus titulares imediatos.<sup>62</sup>

---

<sup>61</sup> ALESSI, Renato. **Sistema Istituzionale Del Diritto Administrativo Italiano**. 2. ed. Milão, Giuffrè, 1960, p.197 e notas de rodapé 3 e 4 *Apud* MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 57.

E, sendo as garantias fundamentais do processo também direitos fundamentais, a lógica exposta nos exemplos se amolda perfeitamente ao processo civil: um processo dotado de *efetividade, sem dilações indevidas*, pautado na cláusula do *due process*, e com direito a uma *tutela de urgência eficaz também é um interesse público primário*.

E em se tratando de um interesse público primário, dada a relevância dos direitos constitucionalmente assegurados, não pode um interesse meramente fazendário, correlacionado ao erário, possuir uma absoluta primazia diante desses ditos direitos processuais fundamentais, abstratamente.

Trazendo a questão para o debate suscitado no presente trabalho, a supremacia de um suposto interesse público, pela Fazenda Pública em juízo, não pode servir de legitimador para toda e qualquer limitação ao cidadão na sua esfera de direitos. Se a tutela de urgência é assegurada por meio do comando constitucional previsto no artigo 5º, XXXV, não existe um interesse público que possa limitá-lo em todas as hipóteses, afastando a garantia da tutela jurisdicional efetiva.

Ainda retratando acerca da idéia de interesses individuais serem considerados como públicos nos relata ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO:

As prerrogativas estatais sobre os particulares se justificavam em razão daquela visão do interesse público como superior à satisfação dos interesses individuais. Hoje, com a crescente identificação do interesse público, justamente como a maior satisfação possível dos interesses dos cidadãos, o papel dessas prerrogativas, com a conseqüente exclusão do direito protetivo dos interesses individuais, deve ser atualizado. O interesse público e os interesses dos cidadãos, que antes eram vistos como potencialmente antagônicos, passam a ser vistos como em princípio reciprocamente identificáveis.<sup>63</sup>

Assim, não se pode admitir, *a priori*, que a simples presença do Estado em juízo com todas as suas prerrogativas processuais, indique uma defesa do interesse público primário. Ao revés disso, muitas vezes atuando com interesses relativos ao erário, o mesmo se contrapõe às

---

<sup>62</sup> BARROSO, Luís Roberto. Prefácio à obra. In SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. xiv.

<sup>63</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit. p. 3

garantias do cidadão, estas sim dignas de conceituação como os interesses públicos propriamente ditos.

O conceito de interesse público, conforme acima delineado, comporta uma visão múltipla, possibilitando a existência de inúmeros interesses públicos primários, sobretudo se considerarmos os direitos fundamentais como um parâmetro. Logo, torna-se desarrazoado conferir a qualquer interesse público uma absoluta primazia, até mesmo se considerarmos a já reconhecida dificuldade em sua conceituação. Essa idéia de múltiplos interesses públicos voltará a ser retratada, em momento posterior.<sup>64</sup>

### 3.3 A supremacia do interesse público na clássica visão do Direito Administrativo

Passadas essas noções sobre o conceito de interesse público, cabe ainda destacar o que a doutrina denomina como a supremacia do interesse público e seus fundamentos valorativos.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, que tratou de maneira pormenorizada do tema, assevera que o regime jurídico-administrativo possui duas características que lhe são inerentes: *a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade dos interesses públicos, pela Administração.*

Quanto ao primeiro traço a que se refere o Autor, a supremacia do interesse público, esta ensejaria duas conseqüências ou princípios subordinados: a) *a posição privilegiada do órgão encarregado de zelar pelo interesse público e de exprimi-lo na relação com os particulares*, que se traduz nos próprios privilégios que a ordem jurídica confere aos órgãos que representam o interesse público, em diferentes campos, como a presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos e benefício de prazos maiores para a intervenção ao longo de processo judicial, dentre outros e; b) *posição de supremacia do órgão nas mesmas relações*, que denota a posição de autoridade, comando, da qual goza a autoridade pública.

---

<sup>64</sup> Cfr. Item 3.4.2 Indissociabilidade entre interesses públicos e privados como reflexo dos direitos fundamentais

Cabe, ainda, ressaltar a conceituação jurídica dessa posição de prevalência do interesse público, que na opinião de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, se trata de um “verdadeiro axioma, reconhecível no moderno Direito Público”, e “pressuposto de uma ordem social estável”<sup>65</sup>.

Observe-se que a maioria dos doutrinadores do Direito Administrativo tratam a supremacia do interesse público sobre o privado como uma verdade indiscutível<sup>66</sup>, partindo da mera constatação de sua existência, razão pela qual o professor da PUC-SP o conceitua como um verdadeiro axioma, entendido este como um “princípio evidente, que não precisa ser demonstrado”.

Relatando a dificuldade na conceituação do instituto, este ainda define que a supremacia do interesse público, juridicamente, apenas possui a dimensão que as leis ou a Constituição lhe atribuir, não cabendo recorrer a esta absoluta supremacia do interesse público, *contra legem* ou em afronta aos preceitos constitucionais. “*Juridicamente, sua dimensão, intensidade e tônica são fornecidas pelo Direito posto, e só por este ângulo é que pode ser considerado e invocado*”<sup>67</sup>.

Aqui, observa-se mais uma vez, que na tônica engendrada pelo eminente jurista, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado não pode ser considerado como uma cláusula em aberto que pode contrariar os direitos constitucionalmente assegurados. Muito ao revés, pode-se lembrar a importante ressalva feita por aquele que melhor articulou o princípio em nosso ordenamento: *Não pode existir um interesse público em afronta aos ditames constitucionais*.

Observa o autor, outrossim, que tal princípio também possui um aspecto político, sociológico e moral do princípio, que deveria ser atribuído de acordo com os conceitos dessas próprias disciplinas.

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, tratando o princípio correlatamente ao princípio da legalidade, constata a existência do mesmo em razão da evolução do liberalismo até os dias de hoje, passando o Direito a ser instrumento de garantia para consecução da Justiça Social, considerando a supremacia como o “princípio que hoje serve de fundamento

---

<sup>65</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit. p. 60-62.

<sup>66</sup> Ibidem, p. 60; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Op. cit. p. 68-71; CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 15. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, p. 24-25.

<sup>67</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit. p. 82.



para todo o direito público e que vincula a Administração em todas as suas decisões: o de que os interesses públicos têm supremacia sobre os individuais”.

O princípio, para a ilustre doutrinadora, estaria presente na formulação da lei e na sua aplicação, devendo o agente público observar a finalidade pública, ressaltando, ainda, que o mesmo estaria positivado na Lei no 9.784/99, que trata do Processo Administrativo Federal, mais especificamente no artigo 2º.

Com as devidas vênias ao que pensa a renomada autora, da simples leitura da Lei já se constata que o entendimento é equivocado. Senão vejamos.

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

A uma, o interesse público se encontra em meio a outros inúmeros princípios, alguns com expressa previsão constitucional e reiterados pela Lei do Processo Administrativo Federal, dado que não se pode presumir uma absoluta primazia deste em relação aos outros, o que seria relativizar princípios como a legalidade, a ampla defesa e o contraditório a um segundo plano, por exemplo.

A duas, que o legislador sequer se utiliza da palavra supremacia no texto, tornando irrazoável que ao intérprete lhe fosse atribuído o condão de adicionar a sobredita expressão onde o legislador não o fez.

A três, a referida Lei trata tão somente de aspectos inerentes ao processo administrativo federal. Poder-se-ia chegar a conclusão de que a supremacia do interesse público alcança toda a esfera administrativa, sendo previsto tão somente em seara específica?

Dentro desta análise, outro aspecto ainda nos permite concluir que não se afigura correta a conclusão com base na Lei do processo administrativo federal. Assim como no Direito Processual Civil, o Direito Administrativo também é composto de princípios setoriais, inerentes a um instituto, mas que não se confundem com o todo. Não se pode imaginar, por exemplo, que todos os princípios inerentes à Licitação – apesar de muitos coincidirem com princípios gerais do direito administrativo – se irradiem por todo o regime administrativo e

ainda por cima adquiram o caráter de princípio fundamental, tal como faz transparecer o pensamento da autora.

Relativizando de maneira suave o princípio, CARLOS ARI SUNDFELD o trata como a prioridade do interesse público, o que denota uma mudança semântica para o princípio, com um leve abrandamento, ressaltando que não há uma supremacia a todo custo, mas sim uma prioridade, assinalando que: “Supremacia é a qualidade do que está acima de tudo. O interesse público não está acima da ordem jurídica; ao contrário, é esta que o define e protege como tal”<sup>68</sup>.

Na obra de GIOVANNA MAYER, a autora cita alguns outros autores que defendem a posição tradicional do princípio, tais como LÚCIA VALE FIGUEIREDO, MATEUS BERTONCINI e DORA RAMOS<sup>69</sup>.

Contudo, conforme se demonstrará a seguir, alguns doutrinadores, baseados numa interpretação constitucional do interesse público e a sua supremacia, vêm apresentando alguns aspectos críticos em contraposição à teoria tradicional, que se passa agora a expor.

### 3.4 Pontos de reflexão acerca do princípio

O grande doutrinador da supremacia do interesse público sobre o privado em terras nacionais, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, já previa expressamente uma relativização ao conceito, quando distinguiu os interesses públicos primários e secundários, afirmando que no exercício da função pública, os interesses da pessoa jurídica de direito público só são satisfatórios ao interesse público quando correspondem ao interesse primário, não podendo a Administração se valer de prerrogativas para a conveniência tão somente do aparelho estatal.<sup>70</sup>

<sup>68</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 154.

<sup>69</sup> MAYER, Giovanna. Op. Cit. p. 14, nota nº 27

<sup>70</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. Cit., p. 63. Esta também parece ser a visão de LUIS ROBERTO BARROSO, quando afirma que o interesse público primário não é o objeto da ponderação, mas o parâmetro da mesma, consubstanciando-se em valores como a justiça e segurança,

Outrossim, ainda disserta o autor sobre a necessidade de que seja o interesse público seja aferido de acordo com as leis e a Carta Magna, e jamais contra o entendimento desta.<sup>71</sup> Esta, inclusive, também parece ser a visão de DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, que, de maneira mais radical, não reconhece a existência do princípio, ante a falta de fundamentação para a existência deste em um Estado Democrático de Direito, já que não existiria uma subordinação fixa dos interesses privados àqueles ditos como públicos. Assim gizou o autor:

Mas é a própria ordem jurídica que estabelece uma hierarquia axiológica fundamental, ao reconhecer a precedência natural, expressada no texto constitucional, das liberdades, direitos e garantias fundamentais, excepcionalmente temperadas pela definição legal de um interesse público que justifique limitá-las ou condicioná-las.

Assim, tanto a definição do interesse público, quanto à imposição de sua eventual supremacia sobre quaisquer outros interesses, igualmente agasalhados pela ordem jurídica, como o são, e, preeminentemente, os já referidos, liberdades, direitos e garantias fundamentais, dependerão, única e exclusivamente das opções que sejam feitas nas Constituições e nas leis.

*Revertendo enfaticamente os termos: os direitos e garantias fundamentais só cedem ante uma expressa preceituação constitucional e, assim mesmo, restritamente, quando como e onde essa supremacia se impuser.*<sup>72</sup>

Mais uma vez retoma-se a idéia exposta ao final do item 3.2.2 (Os direitos fundamentais e o interesse público), de que os direitos e garantias fundamentais do cidadão, processuais ou materiais, também possuem uma previsão constitucional, razão pela qual *estes se consideram como um legítimo interesse público primário*, não cabendo a sua restrição por meio de leis, mas tão somente por uma *expressa preceituação constitucional*, conforme delineado acima.

Nesse mesmo sentido do que foi defendido por MOREIRA NETO, MARÇAL JUSTEN FILHO renova o entendimento sobre o aludido princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

---

desfrutando de supremacia em um sistema constitucional e democrático. BARROSO, Luís Roberto. Prefácio à obra. In SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. xvi.

<sup>71</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. Cit., p. 88

<sup>72</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**: Parte Introdutória, Parte Geral, Parte Especial. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 86.

Para o professor da UFPR, em razão das dificuldades para a conceituação do que seja interesse público – que já foi demonstrado no item 3.2, Conceito de interesse público – o mesmo vem sendo invocado “para justificar atos incompatíveis com a ordem constitucional democrática. É necessário, por isso, encontrar solução mais satisfatória e mais adequada em face da Constituição de 1988”.<sup>73</sup>

Cabe destacar, assim, um movimento para a releitura do princípio, capitaneado por HUMBERTO BERGMANN ÁVILA, em artigo publicado originariamente na Revista Trimestral de Direito Público, em 1998, sucedida por alguns estudos que buscaram repensar a supremacia do interesse público sobre o privado. Passemos, então, a estudar alguns tópicos importantes para a releitura destas idéias.

#### 3.4.1 As características e o foco antropocêntrico da Constituição de 1988

Uma primeira análise acerca do princípio passa necessariamente por uma leitura das características de nossa Constituição de 1988 e das decorrências que destas advém.

Realizando uma interpretação histórica, do contexto que existia em nosso país no momento da promulgação de nossa Constituição, cumpre ressaltar que a mesma teve o condão de romper com um regime autoritário, minimalista dos direitos do cidadão, baseado inclusive na edição de Atos Institucionais que coibiram as liberdades dos indivíduos e vários direitos inerentes a pessoa humana, relegando os direitos fundamentais a um segundo plano.<sup>74</sup>

E em assim sendo, neste momento de ruptura que antecedeu o mês de outubro de 1988, a Assembléia Nacional Constituinte inverteu a tradição anterior, consagrando de maneira ampla e expressa uma vasta gama de direitos fundamentais. Inclusive, torna-se patente que optaram por fazê-lo, topograficamente, até mesmo antes das normas de organização do Estado, denotando a opção do constituinte.<sup>75</sup>

<sup>73</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 36.

<sup>74</sup> SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.102

<sup>75</sup> Ibidem, p.102-103.

Além disso, optou o constituinte por afastar a inefetividade dos inúmeros direitos assegurados, asseverando a sua aplicabilidade imediata, por meio do artigo 5º, §1º de nossa Carta, além da proteção a ser realizada por meio do controle de constitucionalidade, também com um amplo espectro de atuação, conjugando características de diversos países para permitir um controle difuso de constitucionalidade somado ao controle concentrado de maior alcance, inclusive pelo aumento de legitimados para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Um outro ponto merece destaque, também mencionado por DANIEL SARMENTO. A Constituição de 1988 foi a primeira a elevar ao status de cláusula pétrea os direitos fundamentais, por meio da previsão do artigo 60, §4º, de nossa Tábua Axiológica, demonstrando a força que esses direitos possuem em nosso ordenamento.<sup>76</sup>

Logo, optando o constituinte pela ampla proteção aos direitos fundamentais, prevendo que o Estado deve girar em torno desse núcleo gravitacional<sup>77</sup>, o Constituinte elevou o homem ao centro das atenções, ou, como acentua PAULO RICARDO SCHIER, sobre a idéia da própria Constituição, esta teve o condão de “*ubicar o homem no centro do mundo, como produtor/interventor das relações sociais e do Direito*”, revelando-se, portanto, o foco antropocêntrico de nossa Carta.<sup>78</sup>

Para não restar qualquer dúvida quanto à opção de ruptura com os ideais autoritários que antes vigoravam em nosso País, o Constituinte fez expressa menção ao princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento para um Estado Democrático de Direito, no artigo 1º, §3º de nossa Carta Política.

Por esta razão, o autor pioneiro no tocante a essa releitura do princípio, HUMBERTO BERGMANN ÁVILA, considera que lhe falta um fundamento de validade, retrucando a absoluta supremacia do interesse público sobre o privado em face de nossa Constituição Cidadã, guardiã dos direitos fundamentais. Vale a transcrição de texto do mestre da UFRGS:

Primeiro, porque a Constituição brasileira, por meio de normas-princípio fundamentais (arts. 1º a 4º), dos direitos e garantias fundamentais (arts. 5º a 17) e das normas- princípios gerais (p. ex. arts. 145, 150 e 170), protege de

<sup>76</sup> Ibidem, p.103.

<sup>77</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais. In SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 223.

<sup>78</sup> Ibidem, p. 220.

tal forma a liberdade (incluindo a esfera íntima e a vida privada), a igualdade, a cidadania, a segurança e a propriedade privada, que se se tratasse de uma regra abstrata e relativa de prevalência seria (não o é, como se verá) em favor dos interesses privados em vez dos públicos. A Constituição brasileira institui normas-princípios fundamentais, também partindo da dignidade da pessoa humana: direitos subjetivos são protegidos, procedimentos administrativos garantidos; o asseguramento da posição dos indivíduos e de seus interesses privados é estabelecido frente ao concorrente interesse público.<sup>79</sup>

E, por fim, arremata o autor que a “A Constituição brasileira, muito mais do que qualquer outra, é uma Constituição cidadã, justamente pela particular insistência com que protege a esfera individual e pela minúcia com que define as regras de competência da atividade estatal”<sup>80</sup>.

Pode-se, assim, concluir que a nossa Constituição, calcada nas garantias direcionadas ao homem, não pode ser entendida sob a ótica da total supremacia dos interesses públicos em conflito com os privados, por ser totalmente incompatível com a ótica do Estado Democrático de Direito do nosso tempo, por levar em consideração ideais ultrapassados da relação entre o Estado e o cidadão. Na ótica moderna, as pessoas não existem para servir aos poderes públicos ou aos políticos, mas estes, na figura do Estado, é que se justificam como meios para a promoção dos direitos humanos<sup>81</sup>.

Reiterando a idéia supra delineada, SARMENTO pondera que a supremacia do interesse público sobre o privado, da maneira em que é retratada pelos nossos autores do direito público, ignora por completo todo um imbricado sistema constitucional garantista, que tem como uma de suas principais características a relevância atribuída aos direitos fundamentais.<sup>82</sup>

Constatando essa ótica acerca da absoluta supremacia do interesse público de maneira crítica, MARÇAL JUSTEN FILHO define o Direito Administrativo sem aquela reiterada idéia de “tutela do interesse público”. Para o autor, Direito Administrativo seria “o conjunto das normas jurídicas de direito público que disciplinam as atividades administrativas

<sup>79</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. In SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 186-187.

<sup>80</sup> Ibidem, p. 187.

<sup>81</sup> SARMENTO, Daniel. Op. cit. p. 27.

<sup>82</sup> Ibidem, p. 89.

necessárias à *realização dos direitos fundamentais* e a organização e o funcionamento das estruturas estatais e não estatais encarregadas de seu desempenho”.<sup>83</sup>

Prosseguindo com a interpretação de que a Constituição de 1988 não albergou tão princípio e ressaltando a natureza ética da questão, segundo a qual os direitos fundamentais são anteriores ao conceito de interesse público e que a sua qualidade de públicos advêm da indisponibilidade dos direitos, característica intrínseca aos direitos fundamentais e não o contrário<sup>84</sup>, JUSTEN FILHO conclui que:

A atividade administrativa do Estado Democrático de Direito subordina-se, então, a um critério fundamental que é anterior à supremacia do interesse público. Trata-se da *supremacia e da indisponibilidade dos direitos fundamentais*. Aliás, e com muito maior precedência, essa peculiaridade já fora apontada entre nós por JUAREZ FREITAS, que afirmava ser necessário respeitar “as considerações acerca do transcendental princípio da universalização do interesse público e da correlata subordinação das ações estatais à dignidade da pessoa humana”.<sup>85</sup>

Por todo o que foi exposto quanto às características de nossa Constituição cidadã, a supremacia do interesse público é algo contraditório e incompatível com a ordem democrática pautada nos direitos fundamentais. A supremacia escolhida pelo Constituinte de 1988 foi a da Constituição e do respeito aos direitos fundamentais, conforme retratado por JUSTEN FILHO, no trecho acima.

#### 3.4.2 Indissociabilidade entre interesses públicos e privados como reflexo dos direitos fundamentais

No item 3.2.2 (Os direitos fundamentais e o interesse público), retratamos a necessária adequação do conceito de interesse público no tocante aos direitos fundamentais, ressaltando

<sup>83</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit. p. 1.

<sup>84</sup> Ibidem, p. 44-45.

<sup>85</sup> Ibidem, p. 46.

os reflexos que tais garantias ensejam no conceito de interesse público, seguindo a premissa básica de que um direito fundamental também é um interesse público primário.

Como consequência dessas características, vale mencionar que, por muitas vezes, existe uma total indissociabilidade entre os interesses ditos como privados, especialmente aqueles protegidos por uma cláusula constitucional, e os interesses ditos como públicos, razão pela qual os mesmos se confundem.

Para HUMBERTO BERGMANN ÁVILA, a Constituição Brasileira institui de tal maneira os interesses públicos e privados, que os mesmos não podem ser descritos separadamente na análise da condução estatal e de seus fins. Inclusive, ressalta o autor que interesses privados estão contidos nos próprios fins estatais, como se constata do preâmbulo e também dos direitos fundamentais. <sup>86</sup> “*Pode-se constatar, assim, que o bem comum inclui o das suas partes como uma exigência recíproca*”.<sup>87</sup>

DANIEL SARMENTO, complementando as idéias do citado Professor utilizando-se de nomenclatura distinta, aponta para uma *convergência* entre interesses públicos e privados, e não para uma colisão, sobretudo se estes interesses se qualificarem como um direito fundamental. Segundo o preclaro autor, a garantia dos direitos fundamentais favorece o bem-estar geral, sobretudo numa sociedade que opte pelo respeito dos direitos a todos os seus membros, que, geralmente, são sociedades harmônicas e estáveis.<sup>88</sup>

Outrossim, traz o autor uma lição sobre a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que constituem as bases jurídicas da ordem jurídica da sociedade, cristalizando os valores mais essenciais de uma comunidade, devendo servir como diretriz para a atuação do Poder Público. E em sendo assim, o *dever do Estado também é o de salvaguardar e promover os direitos fundamentais, resguardando-os de possíveis ataques por parte de terceiros*.<sup>89</sup>

Tendo em vista essa condição intrínseca entre os interesses, as quais ÁVILA se reporta como uma “*conexão estrutural*”, a relação de prevalência entre eles fica prejudicada, o que ilide o entendimento daquela idéia da absoluta supremacia do interesse público sobre o privado.<sup>90</sup>

---

<sup>86</sup> ÁVILA, Humberto. Op. cit. p. 190.

<sup>87</sup> Ibidem, p. 208.

<sup>88</sup> SARMENTO, Daniel. Op. cit. p. 81.

<sup>89</sup> Ibidem, p. 82-83.

<sup>90</sup> ÁVILA, Humberto. Op. cit. p. 191.



Em razão dessas idéias que apontam uma separação impossível entre os interesses públicos e privados, alguns autores vislumbram a existência de uma *multiplicidade* de interesses públicos no mesmo conflito de interesses, reiterando o uso da ponderação de bens ou de valores, através do princípio da proporcionalidade, como forma de manejo para o conflito, na busca pelo *melhor interesse público*.<sup>91</sup> Inclusive, tal idéia de multiplicidade de interesses públicos também pode ser apontada como um reflexo de uma sociedade complexa e pluralista, que caracteriza, portanto, essa situação de heterogeneidade.<sup>92</sup>

Destas premissas básicas que retratam a indissociabilidade entre o interesse público e o privado e a sua multiplicidade, a ser aferida em caso concreto, pode-se concluir que se torna impossível realizar um exercício de prevalência absoluta e a priori de um interesse, já que os interesses públicos e privados, por muitas vezes não estão em conflito, como pressupõe uma relação de prevalência.<sup>93</sup> Interesses públicos e privados se complementam e harmonizam, não se encontrando, em regra, em conflito, pois a realização de um acarreta na do outro.<sup>94</sup>

---

<sup>91</sup> BINENBOJM, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. In SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 151.

<sup>92</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit. p. 7. Essa idéia também é apresentada por MARÇAL JUSTEN FILHO, que assim nos ensina: “Uma das características do Estado contemporâneo é a fragmentação dos interesses, a afirmação conjunta de posições subjetivas contrapostas e a variação de arranjos dos diferentes grupos.” Op. cit. p. 44

<sup>93</sup> ÁVILA, Humberto. Op. cit. p.191.

<sup>94</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. Op. cit. p. 235.

### 3.4.3 A supremacia do interesse público como cláusula de restrição aos direitos fundamentais

Um dos aspectos pelos quais a doutrina constitucionalista vem rechaçando a existência do princípio diz respeito a sua caracterização como uma cláusula geral de restrição aos direitos fundamentais, por uma conveniência da prática administrativo-constitucional.<sup>95</sup>

Para melhor elucidar a repercussão prática da idéia, vale transcrever as lições de SCHIER sobre o assunto:

A assunção prática da supremacia do interesse público sobre o privado como cláusula geral de restrição aos direitos fundamentais tem possibilitado a emergência de uma política autoritária de realização constitucional, onde os direitos, liberdades e garantias fundamentais devem, sempre e sempre, ceder aos reclames do Estado que, qual Midas, transforma em interesse público tudo aquilo que é tocado.<sup>96</sup>

Ocorre que, com as características da Constituição de 1988, conforme exposição supra nos remontam a idéia de centralidade dos direitos fundamentais e do homem no pensamento constitucional, como um eixo pelo qual emana todo o sistema constitucional de direitos e garantias.

E em sendo assim, dada a condição nuclear atribuída aos direitos fundamentais, ao redor dos quais ao Estado gira, são cabíveis as indagações quanto aos limites a serem impostos para os direitos fundamentais, bem como o âmbito de incidência dessas restrições. Daí, vale dizer, decorrem os debates doutrinários tratarem quando podem existir restrições aos direitos fundamentais e, quando existentes, qual o âmbito de incidência destes, em questão tratada pela doutrina com a alcunha de “limites dos limites”.

Disto, conforme leciona SCHIER, com base em alguns postulados de CANOTILHO e VITAL MOREIRA, resulta que não podem existir cláusulas gerais de restrições aos direitos fundamentais, sendo que somente pode existir uma limitação aos direitos fundamentais quando prevista na própria Constituição ou quando esta autorizou o legislador a fazê-lo.<sup>97</sup>

---

<sup>95</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. Op. cit. p. 218.

<sup>96</sup> Ibidem, p. 219.

<sup>97</sup> Ibidem, p. 225, 226.

Quanto à previsão constitucional de eventuais restrições, pela própria Carta ou pelo legislador ordinário, existe uma discussão referente ao âmbito pelo qual a mesma poderia operar, que suscita diversas controvérsias doutrinárias. Sobre o assunto, que não é o objeto principal do debate, reporto-me à parte do artigo de DANIEL SARMENTO<sup>98</sup> que dele trata, a fim de evitar debates infrutíferos para a presente argumentação.

Observe-se que, no presente debate, vale fazer uma pequena observação, preliminar quanto às discussões sobre o princípio da supremacia do interesse público como cláusula geral de restrição aos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais, conforme leciona a doutrina, não são absolutos, sendo passíveis de restrições, previstas constitucionalmente ou não. Explica-se. Em que pese a preponderância desses direitos na nossa ordem constitucional, por muitas vezes estes colidem, *in concreto*, o que enseja a ponderação de interesses. Isso acontece, por exemplo, no clássico exemplo entre a liberdade de imprensa e a intimidade de um cidadão alvo de reportagens. Dependendo da valoração dos interesses, prevalecerá um ou outro valor constitucionalmente protegido.

Essa ponderação, inclusive, também pode ser feita pelo legislador, antecipadamente aos conflitos de interesses, desde que *proteja um bem jurídico também dotado de envergadura constitucional*. Se o pensamento fosse o contrário, se permitiria a supremacia da Lei perante a Constituição, pela restrição de direitos constitucionais sem qualquer critério baseado também num fundamento constitucional.<sup>99</sup>

O que se visa questionar, portanto, não é a possibilidade de ponderação dos interesses em jogo, pelo juiz ou pelo legislador, mas sim a supremacia do interesse público como um elemento legitimador de toda e qualquer restrição aos direitos fundamentais.

Sobre a caracterização da supremacia do interesse público como uma eventual cláusula geral de restrição aos direitos fundamentais, pode-se ressaltar que não teria qualquer utilidade os inúmeros direitos constitucionalmente assegurados, por meio das diversas lutas sociais e políticas, se fosse dado ao Parlamento um “cheque em branco”, sendo-lhe facultado, com base numa discricionariedade, a imposição de restrições aos direitos fundamentais, sem nenhum critério.<sup>100</sup>

---

<sup>98</sup> SARMENTO, Daniel. *Op.cit.* p. 86-98.

<sup>99</sup> *Ibidem*, p.95.

<sup>100</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. *Op. cit.* p. 227-228

Trazendo lições históricas do direito comparado, DANIEL SARMENTO nos recorda da *cláusula de comunidade*, elaborada pelo Tribunal Administrativo alemão na década de 50, segundo a qual a proteção dos direitos fundamentais cessaria quando estes pudessem acarretar em lesões para a comunidade. Amplamente rechaçada pela doutrina foi revista, prevalecendo a idéia de que tal cláusula deveria ser extirpada do pensamento jurídico, haja vista a incompatibilidade com o status conferido pelo ordenamento. Outro ponto nodal da questão era a possibilidade de sacrifício dos direitos fundamentais perante outros interesses coletivos que não possuíssem essa estatura, mais uma razão pela qual foi revisto. Exemplo semelhante também ocorreu na Espanha, onde a *cláusula de comunidade* foi rechaçada em 1984.<sup>101</sup>

Conclui-se, assim, que não pode existir uma cláusula geral de restrição aos direitos fundamentais, delegando ao legislador, sob o total alvedrio, “revogar” a Constituição e os direitos adquiridos com a Constituição de 1988, conquistados a muito custo e após um regime de exceção.

Este também é o entendimento de ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO:

Assim, por respeito à “partitura constitucional” ou “legal”, não poderíamos admitir que a invocação de uma “supremacia do interesse público” permitisse, respectivamente, à lei ou ao administrador, mais do que restringir, extinguir o conteúdo prático – conteúdo essencial – de um direito já assegurado por regra hierarquicamente superior.<sup>102</sup>

Esse parece ser o entendimento da única supremacia que pode viger em um Estado Democrático de Direito, que é a supremacia da Constituição. Uma restrição de tal ordem debilitaria em excesso os direitos constitucionais, descaracterizando-os e os relegando a um segundo plano.

#### 3.4.4 Incompatibilidade com o princípio da proporcionalidade

---

<sup>101</sup> SARMENTO, Daniel. Op. cit. p. 87/88

<sup>102</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit. p. 12

O princípio da proporcionalidade, também chamado de postulado por HUMBERTO BERGMANN ÁVILA, possui algumas importantes funções em nosso regime de direitos fundamentais, especialmente quando necessária uma ponderação de bens ou interesses em jogo, já que o aludido princípio é o instrumento para uma ponderação equilibrada.

No sistema normativo baseado em princípios e regras, essas duas categorias de normas coexistem no sistema jurídico. Não obstante os inúmeros critérios de diferenciação trazidos pela doutrina constitucional, que incluem o maior grau de abstração dos princípios perante as regras, um importante ponto, conforme apregoadado pela doutrina, nos refere a idéia de regras realizando o conflito de interesses na medida do tudo-ou-nada, ao passo que os princípios se utilizam da ponderação dos bens em jogo.<sup>103</sup>

E destas idéias da teoria constitucional dos princípios chega-se ao ponto nodal desta crítica: se os princípios são realizáveis mediante a técnica da ponderação, não se pode admitir uma valoração de um em detrimento de outro, em abstrato. A colisão entre diversos princípios, assim, é resolvida na dimensão do peso no caso concreto, por meio da ponderação.

E partindo dessas características aferidas na teoria dos princípios, ÁVILA pondera que uma norma-princípio não admite uma prevalência a priori, o que é totalmente contrário a idéia da supremacia do interesse público como um princípio jurídico. Ora, ao se utilizar do vocábulo “supremacia”, *já está implícito uma prevalência do dito interesse público*. Assim, os doutrinadores afetos a esse princípio já limitam, de maneira contundente, qualquer possibilidade de ponderação, razão pela qual o autor gaúcho descaracteriza a caracterização da supremacia do interesse público como um princípio e também como um postulado.<sup>104</sup>

Inobstante as inúmeras considerações acerca da matriz que se pretende atribuir ao princípio da proporcionalidade no direito brasileiro – norte-americana ou da Europa continental<sup>105</sup> – o aludido princípio da supremacia do interesse público afeta de tal maneira a ponderação de bens, que não se pode atribuir a este ideal a característica de um princípio, já que não pode ser objeto de qualquer ponderação, que é exatamente característica inerente aos princípios.

---

<sup>103</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. Op. cit. p. 181.

<sup>104</sup> Ibidem, p. 192.

<sup>105</sup> BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 39-68.

Além dessa importante função, vale a lembrança de outra, que se correlaciona diretamente com a proporcionalidade. Conforme nos ensina ÁVILA, o referido postulado tem estrita ligação com outro ponto importante, que é o *postulado da concordância prática*.<sup>106</sup>

Ora, se a Constituição elevou ao status constitucional uma série de direitos e garantias, sendo que por vezes as mesmas podem se contrapor – por exemplo, no conflito entre liberdade e privacidade, ou entre propriedade e a desapropriação – cabe ao princípio da proporcionalidade extrair a *máxima realização entre os interesses em jogo*, naquilo que se convencionou denominar de *concordância prática*. Nesse sentido são as lições do autor, entre a incompatibilidade entre a supremacia do interesse público e os referidos postulados:

Em face disso, resulta claro que eles não podem coexistir no mesmo sistema jurídico, pelo menos com o conteúdo normativo que lhes tem atribuído a doutrina e a jurisprudência até o momento: de um lado, o debatido “princípio” que direciona a interpretação para supremacia na relação entre os interesses; de outro os referidos postulados que direcionam a interpretação, não para uma principal prevalência, mas para a máxima realização dos interesses envolvidos.<sup>107</sup>

Ponderando idéias semelhantes às suscitadas por ÁVILA e a concordância prática, SCHIER também vislumbra o aludido princípio como contrário à teoria da unidade da constituição. Citando lições de KONRAD HESSE e HANS PETER SCHNEIDER, o autor demonstra que uma das principais funções da Constituição é a unificação política da sociedade<sup>108</sup>, assinala que:

E unidade, aqui, possui claramente o sentido de pluralidade, de coexistência na diferença. De interesses diversos, como o público e o privado, ora em harmonia, sim, ora em conflito. E nesta última situação, por certo, o sentido democrático da Constituição não deve optar previamente pela prevalência de um ou de outro.<sup>109</sup>

Assim sendo, pelos fundamentos acima expostos, o aludido princípio da supremacia do interesse público afronta o critério da proporcionalidade e a concordância prática, que são aceitos pela doutrina e jurisprudência brasileiras.<sup>110</sup> Outrossim, ainda não colabora em nada com o sentido de unificação política da mesma, mais uma razão pela qual deve ter seus efeitos repensados.

<sup>106</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. Op. cit. p. 193.

<sup>107</sup> ÁVILA, Humberto. Op. cit. p. 193.

<sup>108</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. Op. cit. p. 229-231.

<sup>109</sup> Ibidem, p. 231.

<sup>110</sup> ÁVILA, Humberto. Op. cit. p. 191.

### 3.5 A necessária utilização da proporcionalidade na ponderação de interesses

Não se trata, aqui de desconsiderar totalmente a caracterização de um interesse público apto a tutela adequada, perante os órgãos judiciais, mas sim de expor uma releitura no que diz respeito à absoluta primazia destes perante os interesses privados.

A esse respeito, diga-se, os renomados autores que tentaram desconstruir o princípio da supremacia do interesse público já fizeram algumas ressalvas quanto à existência de um interesse público. DANIEL SARMENTO<sup>111</sup>, por exemplo, ressalta o princípio da tutela do interesse público e GUSTAVO BINENBOJM constata a existência de vários interesses públicos<sup>112</sup>.

Ressaltando essa possibilidade de conflito entre interesses públicos ou privados, já apontando o caminho para um melhor resultado por meio da proporcionalidade, vale o destaque para o posicionamento de HUMBERTO ÁVILA, cujas lições valem a transcrição:

Não se está a negar a importância do interesse jurídico do interesse público. Há referências positivas em relação a ele. O que deve ficar claro, porém, é que, mesmo nos casos em que ele legitima uma atuação estatal restritiva específica, deve haver uma ponderação relativamente aos interesses privados e à medida de sua restrição. É essa ponderação para atribuir máxima realização aos direitos envolvidos o critério decisivo para a atuação administrativa. E antes que esse critério seja delimitado, não há cogitar sobre a referida supremacia do interesse público sobre o privado.<sup>113</sup>

E em sendo assim, para que seja atribuída uma prevalência entre os interesses em jogo, por meio da restrição de um direito fundamental através da lei, o diploma legislativo deve obedecer ao princípio (ou postulado) da proporcionalidade, por meio de suas três diretrizes, a necessidade, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito.

Logo, será também o princípio da proporcionalidade o padrão para uma análise adequada das restrições aos direitos fundamentais. BINENBOJM, inclusive, destaca a

---

<sup>111</sup> SARMENTO, Daniel. Op. cit. p. 114.

<sup>112</sup> BINENBOJM, Gustavo. Op. cit. p. 150-151.

<sup>113</sup> ÁVILA, Humberto. Op. cit. p. 215

*proporcionalidade como um dever*, pelo qual deve perpassar toda e qualquer norma instituidora de privilégios para a administração, já que estes não podem ser estabelecidos tão apenas com base no contestado princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.<sup>114</sup>

Como exemplo desse teste de proporcionalidade pelos quais devem passar as normas instituidoras de privilégios, BINENBOJM nos relembra alguns aspectos do julgamento da ADI-MC nº 1.753-2/DF<sup>115</sup>, que versava sobre o aumento do prazo da ação rescisória de dois para cinco anos, tão somente para o Poder Público.

O relator, Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE consignou a existência de prerrogativas que efetivamente ajudam a reequilibrar a deficitária defesa da Fazenda Pública em juízo, asseverando, para tanto, que as medidas instituidoras de privilégios devem passar pelo teste da proporcionalidade, sob pena de se tratarem de privilégios inconstitucionais.

No caso em tela, e nisto reside o dado interessante, o Acórdão que decidiu pela inconstitucionalidade, o fez com base nos princípios da isonomia, da razoabilidade, da proporcionalidade e da *supremacia do interesse público*. BINENBOJM ressalta que, na espécie, a supremacia do interesse público indicava o respeito aos direitos dos particulares e não as prerrogativas da Fazenda Pública, que é a visão que se quer passar no presente trabalho.<sup>116</sup>

### **3.6 Reflexões da reeleitura quanto às prerrogativas processuais da Fazenda Pública: Uma breve conclusão**

Alguns pontos podem ser lembrados ao final deste capítulo, a título de uma sucinta conclusão.

---

<sup>114</sup> BINENBOJM, Gustavo. Op. cit. p. 155.

<sup>115</sup> Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.753-2/DF. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Julgamento pelo Pleno do STF, em 16/04/1998. DJ: 12/06/1998 p. 051

<sup>116</sup> BINENBOJM, Gustavo. Op. cit. p. 156-158



Primeiramente, vale o destaque para a distinção entre o interesse público primário e secundário, conforme demonstrado anteriormente<sup>117</sup>, que parece ser ignorada pelos processualistas que defendem todo e qualquer interesse manifestado pelo Estado em juízo como públicos. O Estado, tal como ressaltado alhures, não é um Midas que transforma tudo aquilo que toca em interesse público, o interesse público não se confunde com o interesse do Estado, do aparato administrativo e muito menos do agente público<sup>118</sup>.

Em se tratando de um interesse meramente econômico da Fazenda Pública, caracterizado, portanto, como um interesse secundário, o mesmo não merece total e qualquer prevalência a título de supremacia do interesse público sobre o privado quando contraposto a um direito fundamental constitucionalmente garantido, já que até na visão mais tradicional de BANDEIRA DE MELLO, os interesses secundários apenas são dignos de preferência caso condizentes com os interesses públicos primários.

Ainda no tocante à importante contribuição de BANDEIRA DE MELLO, vale ressaltar que o interesse público não pode ser uma afronta aos ditames constitucionais, sob pena de seu total desvirtuamento.<sup>119</sup>

Já no que diz respeito ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, cumpre ressaltar que o mesmo não é compatível com a Constituição de 1988, conforme afirmado anteriormente. MOREIRA NETO considera que o mesmo é incompatível com a nossa ordem democrática, não mais subsistindo, já que o interesse privado não deve se subordinar fixamente ao interesse público, tendo em vista o estreito limite das restrições aos direitos fundamentais.<sup>120</sup> JUSTEN FILHO apregoa a busca por uma melhor solução dada a nossa ordem democrática.<sup>121</sup>

O aludido princípio, conforme demonstrado alhures, não pode contrariar o foco antropocêntrico de nossa Constituição calcada na dignidade da pessoa humana, com a total prevalência dos interesses públicos em desrespeito as garantias fundamentais do cidadão, que incluem um processo efetivo e adequado, mesmo em ações contra a Fazenda Pública.

---

<sup>117</sup> Confira-se o item 3.2.1 - Interesse público por Celso Antônio Bandeira de Mello e a distinção entre interesse público primário e secundário

<sup>118</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit. p. 38-40

<sup>119</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit. p. 82.

<sup>120</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. cit. p. 86. Idéias retratadas no item 3.4.

<sup>121</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit. p. 36.

Ademais, com a nossa ordem constitucional, os interesses públicos e privados tornaram-se indissociáveis. Não há que se falar em supremacia do interesse público desrespeitando um direito fundamental, o qual deve ser protegido e resguardado ao máximo pelo Estado, na sua função de guardião dos direitos fundamentais.

Não se pode mais, no estágio atual da evolução do direito, considerar o retrocesso do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado como uma cláusula geral de restrição dos direitos fundamentais, um cheque em branco em nome do interesse público, conceito de imprecisa conceituação<sup>122</sup>.

O princípio da supremacia do interesse público ainda ignora o princípio – ou postulado, para HUMBERTO ÁVILA – da proporcionalidade, por já denotar a prevalência de um interesse público em detrimento dos interesses privados.

Assim sendo, eventual prerrogativa da Fazenda Pública não pode se basear em uma absoluta prevalência dos interesses públicos, devendo se manter atrelada ao princípio da proporcionalidade para se aferir se aquele ônus imposto ao particular que litiga contra o Poder Público é *necessário, adequado e proporcional em sentido estrito*, para atender aos interesses legitimamente públicos.

Num Estado Democrático de Direito, não mais se pode atribuir a absoluta primazia a um dos interesses em jogo, com total desrespeito as garantias fundamentais, que incluem as garantias fundamentais do processo, tais como a efetividade processual, o amplo acesso à justiça com a inerente tutela de urgência, o contraditório e a ampla defesa, todas previstas no seio de nossa Constituição de 1988.

Em suma, se existe uma supremacia em nosso sistema, é a da Constituição e dos direitos fundamentais, conforme defendido por MARÇAL JUSTEN FILHO<sup>123</sup>.

---

<sup>122</sup> Cfr. Item 3.2 - Conceito de interesse público.

<sup>123</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit. p. 46.

## 4 TUTELA ANTECIPADA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA

### 4.1 Delimitação do tema e unificação das tutelas de urgência

Antes da exposição sobre a tutela antecipada contra a Fazenda Pública, algumas observações se impõem, a título de esclarecimento preliminar.

Primeiramente, insta salientar que o objeto do presente capítulo, até mesmo por uma limitação de espaço, diz respeito tão somente à tutela antecipada perante o *direito processual público* e os aspectos a ela peculiares, como os debates acerca das suas limitações.

Sobre os temas que dizem respeito a aspectos gerais da tutela antecipada, os mesmos já foram retratados com brilhantismo pelos mais diversos autores<sup>124</sup>, em manuais ou trabalhos específicos, aos quais o leitor será remetido, quando for necessário. Daí impõe-se dizer que não serão abordados a fundo temas como a prova inequívoca e o juízo de verossimilhança, a irreversibilidade do provimento, os pressupostos gerais e específicos da tutela antecipada, bem como as distinções entre as modalidades insculpidas no artigo 273 do Código de Processo Civil.

Ao revés disso, até mesmo como o título do trabalho determina, prefere-se trabalhar com as idéias da efetividade do processo civil e sua correlação com a urgência, além da supremacia do interesse público como elemento legitimador - ou não - dessas limitações a tutela de urgência.

Outra observação ainda se faz pertinente. Apesar do tema escolhido apontar para a tutela antecipada contra a Fazenda Pública, até mesmo por se tratar de um instituto mais recente, alguns aspectos a serem abordados também são relevantes para outros tipos de tutela de urgência, tal como nas liminares em mandado de segurança ou nas medidas cautelares contra o poder público. Isso decorre, expressamente, pela previsão do artigo 1º da Lei nº 9.494/97, que ampliou para a tutela antecipada algumas restrições já existentes para as liminares em mandado de segurança que serão tratadas mais a frente, como as relativas aos

---

<sup>124</sup> Sobre esses assuntos, por exemplo, temos as seguintes obras: MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de tutela**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008; ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2008 e BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela antecipada**. São Paulo: Saraiva, 2004.

servidores públicos e a possibilidade de suspensão da segurança – agora também suspensão de tutela antecipada.

Esse aspecto, também acompanhado por aquilo que alguns autores denominam de *unificação das tutelas de urgência*, também é reforçado pelo §7º do artigo 273 do Código de Processo Civil, que prevê a fungibilidade entre as medidas cautelares e antecipatórias, ajudando a diminuir as discussões doutrinárias quanto a sua distinção e facilitando uma compreensão unitária da tutela de urgência.

#### 4.2 Breve síntese histórica

Por muito tempo, no direito processual civil brasileiro, a doutrina discutiu quanto aos aspectos do chamado processo cautelar e suas peculiaridades, conforme previsto na parte que lhe é peculiar no Código de Processo Civil. A questão, que por muitos anos ocupou os processualistas brasileiros, dizia respeito à possibilidade ou não de liminares que antecipassem a decisão final de mérito para um momento anterior.

Isso ocorria porque o caráter anteriormente atribuído ao processo cautelar em nossa doutrina era o de instrumento ao processo, ajudando a garantir o seu resultado prático, mas não por meio de um provimento que antecipasse a tutela requerida no pedido principal.

Não obstante essa ausência de previsão para o procedimento comum ordinário, já se permitia a antecipação da tutela de mérito nos procedimentos especiais. Isso acontecia, por exemplo, nas ações possessórias, por meio do artigo 928 do Código de Processo Civil de 1973, e também por meio da liminar em Mandado de Segurança, conforme a previsão do artigo 7º, Inciso II, da Lei nº 1.533/51.

HUMBERTO THEODORO JUNIOR ainda nos traz outros exemplos daquilo que chamou de liminares satisfativas, instituídas pelo legislador entre nós, como nos casos da ação popular, nunciação de obra nova, ações locatícias e na busca e apreensão. Interessante observar, que mesmo com essas previsões, tais possuíam como característica a excepcionalidade, diante da regra geral de que a satisfação da pretensão somente poderia ocorrer após o trânsito em julgado da sentença no procedimento comum ordinário.<sup>125</sup>

---

<sup>125</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, volume 2. 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.710.

Conferindo ao procedimento comum ordinário um grau maior de efetividade, o legislador inovou ao criar o instituto da tutela antecipada, por meio da nova redação conferida ao artigo 273 do Código de Processo Civil, através da Lei nº 8.952/94. Algumas disposições ainda foram incluídas e o §3º foi alterado, de acordo com a Lei nº 10.444/02.

Interessante notar, conforme demonstraram JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA e HUMBERTO THEODORO JÚNIOR o caminho percorrido no direito europeu que levou à antecipação dos efeitos da tutela de mérito. Lá, diferente daqui, o fenômeno ocorreu por meio da ampliação do poder geral de cautela, sem a inserção de um instituto como a tutela antecipada no seio do procedimento comum ordinário. Assim demonstrou HUMBERTO THEODORO JUNIOR:

A tutela de urgência, obviamente, não foi desprezada, mas sua adoção se deu, em regra, pela ampliação do poder geral de cautela. Em consequência disso, passou-se a admitir que as providências cautelares poderiam tanto ter o caráter conservativo (medidas típicas) como antecipatório (medidas atípicas). A função cautelar, em outros termos, para o direito europeu, não compreende apenas a preservação da utilidade do provimento final da jurisdição, mas também se presta a servir de instrumento ao próprio direito material subjetivo em litígio.<sup>126</sup>

Como maior exemplo dessa ampliação da função cautelar do processo, BARBOSA MOREIRA nos brinda com o exemplo do artigo 700 do Código de Processo Civil italiano e sua evolução, que permitiu um caráter antecipatório das providências cautelares do referido artigo. Lá, segundo o autor, o ponto que levantou divergências doutrinárias, sendo alvo de críticas “*que a concessão provisória acabasse por substituir a definitiva, em vez de cingir-se a servir-lhe de instrumento*”<sup>127</sup>.

Voltando ao tema da tutela antecipada no Brasil, em especial no tocante ao poder público, a mesma passou a sofrer as mesmas limitações já previstas para as liminares em mandado de segurança, pela redação do artigo 1º da Lei nº 9.494/97. Porém, antes mesmo de sofrer estas limitações, a doutrina vislumbrou alguns aspectos que poderiam impedir a antecipação dos efeitos da tutela quando a Fazenda Pública fosse ré, tema a ser abordado no próximo item.

<sup>126</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit. p. 711.

<sup>127</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela de urgência e efetividade do Direito. In: **Temas de Direito Processual oitava série**. São Paulo, Saraiva, 2004, p. 93-95.

### 4.3 Do cabimento da tutela antecipada em face da Fazenda Pública (óbices sistemáticos)

Com a inserção em nosso ordenamento jurídico do novo instituto da tutela antecipada, por meio da Lei nº 8.952/94, travou-se um intenso debate na doutrina, quanto à admissibilidade de tais provimentos de urgência antecipatórios, quando fosse ré a Fazenda Pública. Alguns doutrinadores, contrários a essa possibilidade, vislumbraram alguns óbices para a tutela antecipada no direito processual público, dentre os quais pode-se enumerar, segundo CASSIO SCARPINELLA BUENO<sup>128</sup>: i) a necessidade do *reexame necessário* nas sentenças contra a Fazenda Pública; ii) o regime dos *precatórios* previsto na Constituição Federal e; iii) pela vedação do artigo 1º, §3º da Lei nº 8.437/92, quanto ao cabimento das cautelares satisfativas contra a Fazenda.

#### 4.3.1 Reexame necessário ou duplo grau de jurisdição obrigatório

Segundo alguns doutrinadores, o reexame necessário imposto às sentenças condenatórias contra a Fazenda Pública seria um óbice intransponível para a concessão de provimentos antecipatórios enquanto pendente o processo, haja vista o disposto no artigo 475, inciso II, do Código de Processo Civil.

Assim se posicionando, RITA GIANESINI argumenta no sentido de que o artigo 475, inciso II, tem o objetivo de tutelar o interesse público, que não se pode confundir com o interesse de um governante, através da revisão automática das decisões contrárias ao poder público. Assevera a autora, ainda, que não se trata de um recurso e que a sentença, enquanto não é reexaminada, é ineficaz, não podendo ser executada, dada a locução “não produzindo efeito” constante da lei instrumental civil.<sup>129</sup>

Continua a autora a defender a impossibilidade da antecipação dos efeitos da tutela contra a Fazenda Pública por meio de uma análise sistemática do instituto. Apesar de não existir menção expressa no artigo 475 quanto ao reexame obrigatório de decisões interlocutórias, para a autora seria ilógico oferecer ao autor, por meio de decisão

<sup>128</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela antecipada**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 136.

<sup>129</sup> GIANESINI, Rita. Descabimento da tutela antecipada e da execução provisória contra a Fazenda Pública, In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cássio Scarpinella (Coord.). **Direito Processual Público: A Fazenda Pública em Juízo**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 173.

interlocutória, mais do que seria possível em sentença de mérito. Nos seguintes termos a autora arremata suas idéias:

No entanto, de uma análise sistemática pode-se afirmar que, ao se afastar o reexame necessário da hipótese, se estaria dando ao autor, preliminarmente, muito mais do que ele poderia vir a obter na própria sentença, o que é errado e ilógico. Assim, apesar de ser uma decisão interlocutória, há necessidade de a concessão da tutela antecipada ser reexaminada pelo Tribunal. Se não for assim, esta tão propugnada celeridade criaria empecilhos ao próprio *interesse público*, o que não tem sentido algum.<sup>130</sup>

Também se posicionando em sentido contrário à antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, MIRNA CIANCI e LUIZ DUARTE DE OLIVEIRA defenderam a impossibilidade, face a exigência da remessa necessária, em nome de um sistema, que segundo os autores, apresenta toda uma *sistemática de relevo do interesse público, que goza de supremacia à frente do particular*<sup>131</sup>.

Em que pese a opinião dos ilustres autores, discordo veementemente, face todos os motivos expostos no capítulo anterior, já que, no Estado Democrático de Direito, a regra deve ser o respeito aos direitos dos cidadãos, e não essa absoluta e axiomática supremacia do interesse público sobre o privado, fato que não pode ser desprezado pelos processualistas. Conforme já visto anteriormente, a supremacia do interesse público não possui qualquer racional fundamento na Constituição em vigor no país, que preza exatamente pelo contrário, ou seja, pelo primado dos direitos fundamentais, razão pela qual é carinhosamente chamada entre nós como a *Constituição cidadã*.

Pontuando também em sentido contrário ao defendido pelos autores acima citados, alguns autores observaram que por meio do artigo 475, apenas estariam incluídas as sentenças e não os provimentos antecipatórios, provenientes de uma decisão interlocutória. Aplicar-se-ia, aqui, a máxima da hermenêutica segundo a qual as regras restritivas devem ser interpretadas restritivamente.

Criticando esse entendimento, que julgou simplista, LUIZ GUILHERME MARINONI teceu alguns comentários, ressaltando que “*tal linha de raciocínio levaria a conclusão, absolutamente absurda, de que o art. 475 poderia impedir – em um sistema que tivesse como regra a execução imediata da sentença – a execução imediata contra a Fazenda Pública, mas não a tutela antecipatória*”.<sup>132</sup>

<sup>130</sup> Ibidem, p. 173.

<sup>131</sup> CIANCI, Mirna; OLIVEIRA, Luiz Duarte de. A antecipação de tutela contra a Fazenda Pública. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 46, out. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=883>>. Acesso em: 27 out. 2008.

Para o referido autor, bastaria para a possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela contra a Fazenda Pública a presença de seus inerentes requisitos, já que o “*autor que tem razão não só não pode ter direito lesado (direito a efetividade da tutela jurisdicional), como também não pode ser obrigado a suportar o tempo do processo*”<sup>133</sup>.

Asseverando também um ponto contrário a essa impossibilidade da aplicação da tutela antecipada contra o poder público, alguns autores levantaram hipóteses em que já era permitida a antecipação dos efeitos da tutela pretendida contra a Fazenda Pública, no bojo de procedimentos especiais. Tais hipóteses ocorreriam, por exemplo, nas ações possessórias, no mandado de segurança e nas ações populares, por exemplo. A novidade, portanto, seria a possibilidade de antecipação por meio do procedimento comum ordinário.

Nesse sentido, RENATO LUÍS BENUCCI pondera que no Mandado de Segurança existe a remessa necessária por meio do artigo 12 da Lei nº 1.533/51, mas nem por isso encontra-se vedada a concessão de liminares em geral, que podem, em tese, antecipar os efeitos da tutela de mérito pretendida.<sup>134</sup> E como é do conhecimento de todos, a principal atribuição deste remédio constitucional é a defesa dos cidadãos perante ato lesivo praticado por autoridade coatora, na maioria das vezes, no seio do Poder Executivo.

Outro ponto importante, trazido por SÉRGIO SHIMURA, nos ressalta o fato de que os artigos 461 e 273 da lei instrumental civil são posteriores ao artigo 475 do mesmo diploma, o que poderia indicar uma *limitação ao regime do reexame necessário*, pleno até 1994.<sup>135</sup>

RENATO LUÍS BENUCCI, por fim, pondera, com base numa interpretação sistemática do Direito Processual Civil, que com o advento da tutela antecipada, buscou-se um equilíbrio entre a segurança jurídica e a efetividade e que não faria qualquer sentido impossibilitar a antecipação de tutela com base na exigência do reexame necessário. Para tanto, ressaltou o autor, comparando analogicamente os efeitos do artigo 475 com a apelação recebida em seu efeito suspensivo que:

Vale lembrar que os efeitos da sentença ainda não recorrida, proferida contra a Fazenda Pública, igualam-se aos efeitos da sentença proferida contra o particular na qual foi interposta apelação com efeito suspensivo. Embora o recebimento da apelação com o duplo efeito, em nossa sistemática

<sup>132</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de tutela**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 262.

<sup>133</sup> *Ibidem*, p. 262.

<sup>134</sup> BENUCCI, Renato Luís. **Antecipação da tutela em face da Fazenda Pública**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 66.

<sup>135</sup> SHIMURA, Sérgio. Tutela Antecipada e Execução Provisória, In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cássio Scarpinella (Coord.). **Direito Processual Público: A Fazenda Pública em Juízo**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 185



processual, ainda seja a regra, tal fato não pode impedir a aplicação da tutela antecipada, sob pena de se tornar o instituto da tutela antecipada inócuo.<sup>136</sup>

Contra o particular, destaca o autor, a possibilidade de a apelação ser recebida em seu duplo efeito, não tem o condão de afastar a antecipação de tutela e a execução imediata da sentença, razão pela qual o pensamento não deve ser diferente quando a Fazenda Pública figure no pólo passivo da relação processual. Não se poderia admitir, com a homenagem ao princípio da efetividade, que a submissão ao duplo grau de jurisdição impeça a antecipação dos efeitos da tutela, sob pena de perecimento de direitos.<sup>137</sup>

TEORI ALBINO ZAVASCKI, atento as reformas do Código de Processo Civil, traz mais um dado importante, relativo à inserção do inciso VII ao artigo 520, que prevê como hipótese de apelação sujeita somente ao efeito devolutivo aquelas interpostas contra sentença que confirmou a antecipação dos efeitos da tutela. Para o autor, se concedida a tutela antecipada contra a Fazenda Pública, e confirmada na sentença, esta seria absolutamente incompatível com o novo sistema agora adotado pela ausência de efeito suspensivo da apelação. Para o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, “*o reexame necessário, nestes casos, deverá ser feito sem prejuízo dos efeitos antecipados*”, tratando-se de uma ressalva implícita imposta ao artigo 475 do Código de Processo Civil.<sup>138</sup>

Por fim, cumpre assinalar que, com o advento da Lei nº 10.352/01 e a inserção dos parágrafos no artigo 475 do Código de Processo Civil, o próprio legislador mitigou a ocorrência do duplo grau de jurisdição obrigatório.

De acordo com o § 2º, estão dispensados do duplo grau de jurisdição obrigatório as causas cujo valor não exceda a 60 salários mínimos. Além desse, pelo disposto no parágrafo 3º, também estão dispensadas as causas cuja sentença estiver fundada em jurisprudência do pleno do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste ou do Tribunal Superior competente.

---

<sup>136</sup> BENUCCI, Renato Luís. Op. cit., p. 65.

<sup>137</sup> Ibidem, p.66

<sup>138</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 83-84.

#### 4.3.2 A execução por quantia certa contra a Fazenda Pública (art. 100, CF)

Outro óbice levantado pela doutrina seria o sistema constitucional dos precatórios, para a execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, conforme a previsão do artigo 100 da Constituição Federal e dos artigos 730 e 731 do Código de Processo Civil, regras estas que tem o objetivo de atender alguns ditames inerentes ao sistema financeiro.

O sistema de pagamentos por meio de precatórios teve em sua origem o intuito de adequar o sistema de pagamentos da Fazenda Pública dentro de uma *previsão orçamentária*, respeitando ainda a previsão de *impenhorabilidade* dos bens públicos<sup>139</sup>. Com a sistemática prevista, restariam atendidos dois princípios inerentes ao direito financeiro, que são os princípios da programação e do equilíbrio orçamentário.<sup>140</sup>

Sucintamente, o procedimento assim se delineia, de acordo com a previsão do artigo 730 do Código de Processo Civil. Primeiramente, após a constituição do crédito em face da Fazenda Pública, o juiz enviará ofício ao Tribunal, requerendo que este solicite ao Poder Público as providências para a expedição do precatório, que é a denominação constitucional de requisição do pagamento. Após essa requisição, o Poder Público deve incluir essa verba no orçamento que, após a liberação é direcionado ao Poder Judiciário, que deve pagar na ordem em que foram apresentados.<sup>141</sup>

De plano, uma observação merece assento. Ora, o sistema previsto no artigo 100 de nossa Constituição Federal diz respeito tão somente a um tipo de obrigação, qual seja, a de dar (pagar) quantia certa. Dito isto, impõe-se observar, que *para as outras modalidades de obrigações, como fazer, não fazer e entrega de coisa não existe qualquer óbice à tutela antecipada contra a Fazenda Pública, sendo inclusive facultada a aplicação dos meios coercitivos patrimoniais pelo Juízo (astreintes)*<sup>142</sup>.

Antes de adentrarmos no mérito do sistema dos precatórios para os pagamentos da Fazenda Pública como um óbice, vale a lembrança quanto alguns aspectos importantes do mesmo e a sua dificuldade prática, mesmo quanto ao pagamento de sentenças.

<sup>139</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**: volume 3. 21. ed. São Paulo: Saraiva: 2004, p. 285.

<sup>140</sup> ALVES, Francisco Glauber Pessoa. A tutela antecipada em face da Fazenda Pública, seu perfil contemporâneo (tendências jurisprudenciais) e a necessidade de uma hermenêutica que lhe atribua efetividade. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 110, abr./jun. 2003, p. 46.

<sup>141</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. Op. cit., p. 286-287.

<sup>142</sup> GRECO, Leonardo. **O processo de execução**, volume II. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 540; e ZAVASCKI, Teori Albino. Op. cit., p. 190.

Esse meio para os pagamentos da Fazenda Pública surgiu com uma idéia moralizadora, para que não ocorresse tráfico de influência quanto aos pagamentos da Fazenda Pública nos bastidores do Governo, e também, conforme já dito alhures, para atender a indisponibilidade dos bens públicos<sup>143</sup>.

Contudo, apesar do intuito democrático, pautado na isonomia dos credores perante a Fazenda Pública, o resultado prático está a quilômetros de distância do resultado desejado.

Conforme já assinalamos anteriormente, não é incomum a ausência de previsão orçamentária para pagamento dos precatórios. E em caso dessa não previsão orçamentária, não existe responsabilização pelo juiz da causa, não restando ao juiz da execução e ao Presidente do Tribunal meios para impedir essa prática.<sup>144</sup>

E o problema se agrava sobremaneira com a intangibilidade dos bens públicos, que já vem sendo debatida em outros países.<sup>145</sup> Ora, mesmo existindo pessoas jurídicas de direito público com patrimônio ocioso ou não utilizado, o juiz da execução não pode exercer qualquer atividade coativa, já que se trata de um patrimônio indisponível.

Sobre essa absoluta intangibilidade do patrimônio público que dificulta a efetividade dos processos nos quais a Fazenda Pública figure como ré, LEONARDO GRECO faz uma crítica pertinente, correlacionada à supremacia do interesse público sobre o privado, objeto de nossos estudos no capítulo 3. Assim dissertou o mestre:

Como visto acima, essa intangibilidade do patrimônio estatal herdada do absolutismo monárquico e da relação de submissão dos súditos ao soberano, em que não havia direito individual que pudesse ameaçar a supremacia do patrimônio e do interesse público, tornou-se sinal de autoritarismo no Estado Contemporâneo, que estabelece como um dos princípios basilares das novas relações entre o Poder Público e os cidadãos o absoluto respeito da autoridade pública pelos direitos individuais.

Nesse Estado Contemporâneo, a intangibilidade do patrimônio público somente se justifica na medida em que serve ao bem comum, através da sua afetação ao exercício das funções públicas do interesses de toda a coletividade.

Mas enquanto essa nova concepção de Estado e de instrumentalidade da função pública e do patrimônio público, já inscritas na Constituição, especialmente em seu artigo 37, não se tornarem efetivas no Brasil, como aos poucos vêm se tornando em outros países, de que são exemplos os acima mencionados, continuará a execução pecuniária contra a Fazenda Pública a reger-se pelas regras do procedimento especial determinado no artigo 100 da Carta Magna e implementado nos artigos 730 e 731 do Código de Processo Civil.<sup>146</sup>

---

<sup>143</sup> GRECO, Leonardo. Op. cit. p. 542.

<sup>144</sup> Ibidem, p. 543.

<sup>145</sup> Ibidem, p. 539-540.

<sup>146</sup> Ibidem, p. 541.

Assim, pode-se vislumbrar a supremacia do interesse público restringindo a efetividade no Processo Civil de maneira clara, pela situação crítica que os precatórios atravessam em nosso País<sup>147</sup>, somada a impenhorabilidade dos bens públicos.

#### 4.3.2.1 *Precatório como obstáculo à antecipação de tutela*

Passados esses esclarecimentos quanto à execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, ressaltando a sua aplicabilidade tão somente para as obrigações de pagar quantia certa, vale a análise a respeito dos posicionamentos doutrinários em relação ao *sistema dos precatórios como uma possível limitação à antecipação de tutela contra a Fazenda Pública*.

Segundo algumas lições doutrinárias, o artigo 100 da Constituição Federal, ao prever os pagamentos em virtude de *sentença judiciária*, não poderia abranger o pagamento por meio de uma decisão interlocutória, o que impediria, por extensão do raciocínio, ao pagamento de precatórios em virtude de decisão que eventualmente antecipasse os efeitos da tutela contra os interesses da Fazenda Pública.<sup>148</sup>

Em posição doutrinária diametralmente oposta, alguns doutrinadores entenderam, à época da inovação legislativa, que a exigência dos precatórios não pode ser óbice à tutela antecipada contra a Fazenda Pública, justamente pela sua exigência tão somente para as sentenças transitadas em julgado, ou seja, pela ausência de sua previsão nos casos de decisão interlocutória. Assim sendo, tutelas antecipadas deferidas contra a Fazenda Pública seriam executadas imediatamente, sem exigência da longa espera na fila dos precatórios, em homenagem ao máximo rendimento possível das regras constitucionais do *amplo acesso a justiça e da efetividade da jurisdição*.<sup>149</sup>

No mesmo sentido do exposto acima, entendendo os precatórios como incompatíveis com uma efetiva tutela de urgência, as lições de J. E. CARREIRA ALVIM:

Aliás, o que o artigo 100 da Constituição estabelece é que os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão em ordem cronológica à conta dos créditos respectivos, mas, mesmo assim, cria uma espécie de precatório “especial”

<sup>147</sup> Sobre o atraso no pagamento dos precatórios, ao que parece, a União é a única exceção. Estados como São Paulo e Rio Grande do Sul apresentam um enorme déficit. Fonte: <<http://www.conjur.com.br/static/text/65111,1>> Acesso em 12/11/2008.

<sup>148</sup> GIANESINI, Rita. Op. cit., p. 174.

<sup>149</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues. Antecipação de tutela em face da Fazenda Pública. **Revista de Processo**. São Paulo, nº 87, 1997, p. 33.

para os créditos de natureza alimentícia (verdadeiro “direito de furar a fila”), e nenhuma restrição contém – nem poderia conter – relativamente a pagamentos decorrentes de tutela antecipada, a uma porque esta não resulta da sentença, e, a outra, por que, pela urgência da medida, não se revela compatível com o precatório.<sup>150</sup>

Temperando os posicionamentos opostos citados acima, FRANCISCO GLAUBER PESSOA ALVES conclui que a previsão do artigo 100 da Constituição, tratada por uma interpretação sistemática, deve ser tida com uma amplitude ínsita, passando a incluir também os outros gêneros de pronunciamentos decisórios. Desta feita, seria possível ao Autor da ação a entrada na fila, antes do trânsito em julgado da sentença.

Ressalta o autor, ainda, a desconformidade da total vedação à antecipação de tutela contra a Fazenda Pública em razão dos precatórios. Deve-se levar em conta, para o autor, também, os princípios da máxima efetividade e da concordância prática entre os direitos constitucionalmente assegurados, como a efetividade dos direitos e do processo apto a tutelá-los, e a proteção constitucional ao orçamento público.<sup>151</sup>

JOÃO BATISTA LOPES, ao tratar do delicado tema, ressalta que a concessão da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, pode indicar de plano a entrada do autor na fila dos precatórios, desde a concessão da medida, mas com o cumprimento de suas formalidades legais, se não se tratar de um caso excepcional.<sup>152</sup> Nesse mesmo sentido, CASSIO SCARPINELLA BUENO ressalta que, por muitas vezes, o autor pode ficar satisfeito em ver o precatório expedido antes do tempo.<sup>153</sup>

Conforme nos ensina TEORI ALBINO ZAVASCKI, ao mesmo passo em que existe um pretense interesse público orçamentário de previsibilidade das despesas, também temos o direito a uma tutela jurisdicional efetiva e tempestiva, valores estes que devem ser sopesados. Assim escreveu o autor: Os comandos normativos que exigem a expedição de precatório e o trânsito em julgado como requisito da executividade das sentenças que impõem à Fazenda o pagamento de quantia, há, aqui, a necessidade de compatibilizar tais exigências com as que decorrem dos demais preceitos constitucionais, nomeadamente com os que asseguram a efetividade e à tempestividade da jurisdição (CF, art. 5º, LXXVIII). Havendo conflito insuperável entre os princípios que decorrem destes preceitos constitucionais, a regra concreta de conformação destinada a propiciar condições de convivência harmônica entre eles faz pender a balança em benefício da utilidade da prestação jurisdicional, ainda que isso possa representar uma limitação ao princípio, de natureza estritamente patrimonial, relativo ao sistema de precatórios e ao da segurança jurídica advinda do trânsito em julgado. É justamente essa relação

<sup>150</sup> CARREIRA ALVIM, J. E. **Tutela antecipada**. 5. ed. 3. tir. Curitiba: Juruá, 2008, p. 199.

<sup>151</sup> ALVES, Francisco Glauber Pessoa. Op. cit., p. 54.

<sup>152</sup> LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. 3. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 117

<sup>153</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit., p. 137.

de prevalência (da efetividade sobre a segurança) que dá sustentação a todas as medidas de tutela provisória (...)<sup>154</sup>

Assim, a total vedação à tutela antecipada em decorrência da exigência de inserção na fila dos precatórios não se afigura constitucional, pela garantia da efetividade dos direitos fundamentais (artigo 5º, §1º, CF) e à proteção conferida à tutela efetiva e tempestiva (artigo 5º, incisos XXXV e LXXVIII). Sendo assim, o mínimo que se pode atribuir é a inserção antecipada do postulante na fila, o que poderia vir a antecipar, em alguns anos, a consecução dos interesses do autor.

Sistematizando a possibilidade de inserção na chamada fila dos precatórios antes do trânsito em julgado, ou seja, por meio de uma decisão interlocutória, FRANCISCO GLAUBER PESSOA ALVES ressalta a existência de três momentos para a efetivação desses pagamentos da Fazenda Pública: a requisição do pagamento, o depósito do pagamento na conta específica e o efetivo levantamento do numerário, sendo que somente este último - o levantamento – estaria obstaculizado pelo artigo 100 da Constituição Federal.<sup>155</sup>

E em assim sendo, poderia muito bem ser instrumentalizada a efetivação da medida antecipatória, atentando-se para a previsibilidade orçamentária, tendo em vista exatamente o lapso pelo qual transcorre entre a decisão concessiva da antecipação e a efetivação do pagamento, que precisa ser remetida pelo Presidente do Tribunal ao Poder Executivo para sua aprovação. Desta maneira, segundo o autor, ficaria o numerário depositado em conta judicial, no aguardo da decisão definitiva, o que poderia poupar o postulante de alguns anos da fila de espera.<sup>156</sup>

Pensar, como fizeram alguns autores<sup>157</sup>, que a defesa do interesse público e a falta de previsibilidade orçamentária indicam a impossibilidade total de antecipação de tutela nas obrigações de pagar quantia certa, chega a ser imoral, para o autor. O Estado como maior litigante do país, também deve observar os débitos assumidos perante a sociedade, quitando-os, sendo um *interesse público nato que o Estado cumpra com suas responsabilidades que, se ensejarem uma tutela sumária, assim devem ser feitas*.<sup>158</sup>

O sistema dos precatórios, em si e tomado para a perspectiva das sentenças transitadas em julgado, representa, conforme visto no item anterior, a triste supremacia do interesse

<sup>154</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. Op. cit., p. 191.

<sup>155</sup> ALVES, Francisco Glauber Pessoa. Op. cit., p. 55.

<sup>156</sup> Ibidem, p. 55-56.

<sup>157</sup> GIANESINI, Rita. Op. cit. p. 174-176.

<sup>158</sup> ALVES, Francisco Glauber Pessoa. Op. cit. p. 58.

público sobre o privado, pela absoluta impenhorabilidade dos bens públicos, mesmo que ociosos.

Tal sistema, dotado de uma lentidão incrível e “calotes oficiais” como o artigo 33 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, com a previsão de pagamento em até oito anos, somada à previsão de parcelamento em dez anos pela Emenda Constitucional nº 30/02, parece não se coadunar com uma efetiva tutela de urgência contra o Poder Público.

Entretanto, esse ainda não vem sendo o entendimento adotado pelos Tribunais Superiores, que, somente em algumas hipóteses, tendo em vista direitos de alto valor humanitário, vêm relativizando essa exigência para o pagamento da Fazenda Pública, até mesmo com base no posicionamento de TEORI ALBINO ZAVASCKI visto acima. Isto também decorre de algumas outras situações que permitem a plena antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, conforme será visto no item pertinente.

#### 4.3.2.2 *O artigo 100, §3º, da Constituição Federal*

Em alguns casos a doutrina já vem se posicionando acerca da possibilidade de antecipação de tutela nas obrigações de pagar quantia certa, realizando uma leitura conjunta da exigência do artigo 100 da Constituição Federal com a exceção prevista no §3º do mesmo artigo, que assim dispõe: “*O disposto no caput deste artigo, relativamente à expedição de precatórios, não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor que a Fazenda Federal, Estadual, Distrital ou Municipal deva fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado.*”

Assim sendo, para as obrigações tidas como de *pequeno valor*, o pagamento não deve seguir o regime dos precatórios, já que estas estão dispensadas pela previsão constitucional, devendo ser pagas imediatamente.<sup>159</sup>

Sobre aquilo que se determina como obrigações de pequeno valor, o artigo 128 da Lei nº 8.213/91, alterado pela Lei nº 10.099/2000, estabeleceu como obrigações de pequeno valor, em causas previdenciárias, o montante de R\$ 5.180,25.

No âmbito dos Juizados Especiais Federais, estabeleceu-se o valor de 60 salários mínimos, por meio do artigo 3º da Lei nº 10.259/2001, combinado com o *caput* do artigo 17 que prevê a execução por quantia certa, com a expressa desnecessidade de precatório,

<sup>159</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. Op. cit., p. 191.

devendo os valores serem pagos por requisição de pequeno valor – as chamadas RPV's – sendo previsto, ainda, o seqüestro do numerário em caso de não pagamento (artigo 17, §2º da Lei nº 10.259/2001).

Sobre a antecipação de tutela nestes casos, assim nos ensina LUIZ GUILHERME MARINONI:

Nesses casos, não há racionalidade em entender que a dispensa do precatório apenas pode ocorrer diante da sentença transitada em julgado. É que se a dispensa do precatório tem o objetivo de conferir maior tempestividade à execução da sentença, a tutela antecipatória, pela mesma razão, também deve dispensá-lo. De outra forma, apesar de corrigida a execução da sentença condenatória, inexplicavelmente estaria sendo esquecida a efetividade da tutela antecipatória, ocasião em que a necessidade de tempestividade é ainda maior.<sup>160</sup>

Veja-se, aqui, a presença de um ideal de efetividade no processo, que não deve ser desprezado, sobretudo se considerarmos a presença da locução “ameaça a direito”, constante do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal.

#### 4.3.2.3 *Causas com alto valor humanitário*

Outra hipótese de dispensa do precatório pode ser vislumbrada em casos esparsos, mas que demonstram a relevância de um *entendimento humanitário* do processo civil, perante os quais não deve transparecer a total supremacia do interesse do Estado sobre o cidadão, com a rígida observância do artigo 100 da Constituição Federal.

Para a relativização deste entendimento, CASSIO SCARPINELLA BUENO nos aponta casos em que existiria uma urgência “urgentíssima”, nas quais o tempo de processamento do precatório não poderia ser um impedimento à antecipação de tutela, devendo a efetivação da mesma fugir do lapso temporal inerente a essa modalidade de execução contra a Fazenda Pública, modificando os meios de efetivação.<sup>161</sup>

Tratando de uma relativização expressa do sistema do artigo 100 da Constituição Federal, não faltam exemplos de Acórdãos, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça que, aplicando o sistema processual da tutela específica, em homenagem ao direito

<sup>160</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 263.

<sup>161</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit., p. 137.



constitucionalmente assegurado à Saúde, afastam a impenhorabilidade de bens públicos, determinando o seqüestro das verbas públicas.

Nesse sentido, vale transcrever a ementa do Recurso Especial 827.133/RS, de lavra do Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, que abordou o tema:

PROCESSUAL CIVIL. TUTELA ANTECIPADA. MEIOS DE COERÇÃO AO DEVEDOR. (CPC, ARTS. 273, §3º E 461, §5º). FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. CONFLITO ENTRE A URGÊNCIA NA AQUISIÇÃO DO MEDICAMENTO E O SISTEMA DE PAGAMENTO DAS CONDENAÇÕES JUDICIAIS PELA FAZENDA. PREVALÊNCIA DA ESSENCIALIDADE DO DIREITO À SAÚDE SOBRE OS INTERESSES FINANCEIROS DO ESTADO.

1. É cabível, inclusive contra a Fazenda Pública, a aplicação de multa diária (astreintes) como meio coercitivo para impor o cumprimento de medida antecipatória ou de sentença definitiva de obrigação de fazer ou entregar coisa, nos termos dos artigos 461 e 461A do CPC. Precedentes.

2. Em se tratando da Fazenda Pública, qualquer obrigação de pagar quantia, ainda que decorrente da conversão de obrigação de fazer ou de entregar coisa, está sujeita a rito próprio (CPC, art. 730 do CPC e CF, art. 100 da CF), que não prevê, salvo excepcionalmente (v.g., desrespeito à ordem de pagamento dos precatórios judiciais), a possibilidade de execução direta por expropriação mediante seqüestro de dinheiro ou de qualquer outro bem público, que são impenhoráveis.

3. *Todavia, em situações de inconciliável conflito entre o direito fundamental à saúde e o regime de impenhorabilidade dos bens públicos, prevalece o primeiro sobre o segundo. Sendo urgente e impostergável a aquisição do medicamento, sob pena de grave comprometimento da saúde do demandante, não se pode ter por ilegítima, ante a omissão do agente estatal responsável, a determinação judicial do bloqueio de verbas públicas como meio de efetivação do direito prevalente.*

4. Recurso especial a que se dá provimento.<sup>162</sup>

Nota-se, aqui, a clara aplicação de uma ponderação de interesses, para afastar a absoluta impenhorabilidade dos bens públicos (interesses financeiros do Estado, logo, secundários)<sup>163</sup>, em homenagem à efetividade do direito fundamental à Saúde, que é um interesse público primário, elevado a categoria de direitos fundamentais pela Constituição de 1988. Assim delineado, verifica-se claramente a tese exposta no capítulo 2, de que inexistente a absoluta supremacia do interesse estatal perante o interesse dos jurisdicionados, razão pela qual as prerrogativas processuais da Fazenda não podem ser tidas como absolutas, em total

<sup>162</sup> REsp 827133 / RS, Recurso Especial nº 2006/0055155-4, Relator Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI (1124), julgamento pela Primeira Turma, em 18/05/2006, publicado no DJ 29/05/2006 p. 204.

<sup>163</sup> Sobre a absoluta impenhorabilidade dos bens públicos, LEONARDO GRECO trata sinteticamente do problema, relatando a experiência de alguns outros países que limitaram essa impenhorabilidade. Cfr. GRECO, Leonardo. Op. cit. p. 539

devaneio com a realidade e desvalorizando outras regras e princípios com estatura constitucional.

RENATO LUÍS BENUCCI também defende a relativização da exigência do precatório, quando estiver em jogo o direito à vida, sob pena de perecimento do mais valioso direito do jurisdicionado, já que sua postergação pode caracterizar uma lesão irreparável para aquele que demanda em desfavor do Estado. Para concluir em consonância com o delineado acima, afirmando que não se poderia submeter os pagamentos alimentares ao sistema de precatórios, quando envolvido o direito a vida, cita dados que agravam sobremaneira a questão relativa a tutela de urgência.<sup>164</sup>

Segundo o autor, o Governo de São Paulo, em 1999, devia 10 bilhões de reais em precatórios, o que levaria os bisnetos a gozarem os direitos destinados aos respectivos antepassados, sob a forma de herança, o que tornaria premente a adequada efetividade da tutela de urgência<sup>165</sup>. Caso contrário, pode-se realizar uma constatação emblemática: um direito usufruído a título de herança, pelos sucessores, é um *direito vazio*, sem qualquer substância, visto que *não foi concedido àquele que era efetivamente o titular*.

#### 4.3.3 Vedação do artigo 1º, §3º, da Lei nº 8.437/92

O artigo 1º, §3º da Lei nº 8.437/92 assim dispõe:

Art. 1º Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal.

§ 3º Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação.

Segundo FREDIE DIDIER JR., alguns doutrinadores verificaram nesse artigo um óbice para o instituto da tutela antecipada quando fosse ré a Fazenda Pública, pelo fato de que, ao vedar as liminares satisfativas, estaria proibindo também os provimentos antecipatórios, aptos a efetivar no gozo do direito o titular, antes da sentença de mérito.<sup>166</sup>

<sup>164</sup> BENUCCI, Renato Luis. Op. cit., p. 86.

<sup>165</sup> Ibidem, p. 88

<sup>166</sup> DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael de; BRAGA, Paula Sarno. **Curso de Direito Processual Civil**, volume 2. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 668.

Argumentando pela não aplicação desta severa limitação ao novel instituto, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR assim se manifestou:

A Lei nº 8.437/92, ao vedar medida liminar em ação cautelar que esgote, no todo ou em parte, o objeto do processo movido contra o Poder Público não representaria empecilho à antecipação de tutela, justamente por não se tratar de mera medida cautelar, mas de instituto novo, não alcançado pela restrição da questionada lei de proteção processual à Fazenda Pública.

TEORI ALBINO ZAVASCKI, em lapidar lição sobre a interpretação desse parágrafo, nos ensina que o mesmo está fazendo uma referência às medidas liminares satisfativas, que contenham provimentos irreversíveis, com impossibilidade de retorno ao *status quo ante*. Para ele, assim, essa proibição é legítima e se confunde com o conceito de irreversibilidade do provimento previsto no artigo 273, §2º do Código de Processo Civil.<sup>167</sup>

CASSIO SCARPINELLA BUENO, outro autor a se posicionar sobre o assunto, entende que o supracitado artigo não poderia ter sido interpretado como óbice para a antecipação dos efeitos da tutela pretendida contra a Fazenda Pública, já que “*a Lei n. 8.952 e o art. 273 são normas posteriores que, salvo engano de minha parte, têm aptidão para revogar as disposições pretéritas em sentido contrário*”. Pontua o autor, ainda, que as chamadas cautelares satisfativas eram uma contradição ao processo cautelar, sendo indesejável tal uso por parte dos processualistas, ao passo que a tutela antecipada não pode ser vista dessa maneira.<sup>168</sup>

Além dessas ponderações, EDUARDO TALAMINI ainda pontua a imprecisão na redação do artigo, já que o objeto das demandas jamais serão esgotados pela concessão de tutela de urgência. Sendo provisória e, portanto, reversível, persistiria sempre o interesse pelo provimento definitivo.<sup>169</sup>

<sup>167</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. Op. cit., p. 208.

<sup>168</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit., p. 137

<sup>169</sup> TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência e Fazenda Pública. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 30, nº 152, 2007, p. 46.

#### 4.4 Leis restritivas de liminares e as restrições impostas à antecipação de tutela

##### 4.4.1 Leis restritivas de liminares: breve histórico e conjuntura econômica

Levando-se em consideração algumas presunções e a conjuntura econômica à época, o legislador pátrio, no decorrer dos anos, sempre buscou restringir a concessão de provimentos de urgência contra a Fazenda Pública, visando combater o dispêndio desenfreado dos cofres públicos com base em tutelas sumárias e, portanto, dotadas de provisoriedade.

Pode-se nesse contexto exemplificar essa vinculação a uma conjuntura histórica, com alguns dados importantes. Assim, vale mencionar a Lei nº 2.770/56, que proíbe a concessão de medida liminar nas ações e procedimentos de qualquer natureza que visem à liberação de bens ou coisas de procedência estrangeira. Tal Lei seria uma tentativa de proteger a incipiente indústria automobilística no Brasil <sup>170</sup> e, hoje, encontra guarida na súmula nº 262, que proíbe a concessão de medida possessória liminar para a liberação de automóveis.

Da mesma maneira, temos a lei nº 5.021/66 que limitou o pagamento de vencimentos e vantagens pela via do Mandado de Segurança, teve o objetivo de restringir o debate, no Poder Judiciário, quanto à reforma administrativa que ocorria à época.<sup>171</sup>

Outra lei mais recente, a de nº 8.076/90, suspendeu por 2 anos a concessão de liminares nas ações cautelares e nos mandados de segurança, quando estivessem sendo debatidas questões relativas à legislação do chamado *Plano Collor*, numa das inúmeras tentativas de estabilização econômica do governo.<sup>172</sup> Uma das Medidas Provisórias que deram origem a essa Lei foi objeto de um interessante debate no Supremo Tribunal Federal, que será objeto de algumas ponderações, em item pertinente.<sup>173</sup>

Assim, cumpre observar que o movimento que busca restringir a tutela de urgência contra o Poder Público não acontece tão somente nos dias de hoje, tendo sua origem em décadas passadas, quando inexistia o instituto da tutela antecipada, nos remontando ainda a períodos em que a tutela de urgência contra o Poder Público se restringia, geralmente, as medidas liminares em processo cautelar e no Mandado de Segurança.

---

<sup>170</sup> BENUCCI, Renato Luis. Op. cit., p. 49.

<sup>171</sup> Ibidem, p. 49

<sup>172</sup> Ibidem, p. 49

<sup>173</sup> V. item 4.6.2

#### 4.4.2 A Lei nº 9.494 e a ampliação das restrições para a antecipação de tutela

A Lei nº 9.494/97 estendeu à antecipação de tutela algumas vedações que já eram impostas as liminares em mandado de segurança e em ações cautelares, nos dizeres de seu artigo 1º: *Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.*

Para uma melhor compreensão do tema, optamos por dividir a exposição relativa a essas restrições em alguns subitens, de modo a esquematizar algumas observações sobre as limitações impostas.

A) Os artigos relativos à *Lei nº 4.348/64* traziam a impossibilidade de liminar em mandado de segurança, nos casos de reclassificação ou equiparação de *servidores públicos*, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens. Estipulou, ainda, a execução somente após o trânsito em julgado para os casos acima, e a suspensividade da remessa necessária quando decisão concessiva de mandado de segurança que importe outorga ou adição de vencimento ou ainda reclassificação funcional.

Essas vedações à tutela de urgência quando figurem como autores os servidores públicos, que também é antiga, possui alguns fundamentos.

Um desses motivos, conforme nos ressaltou FRANCISCO VIEIRA LIMA NETO e JADER FERREIRA GUIMARÃES decorre da complexa classificação das obrigações, oriunda da Direito Civil, nas clássicas obrigações de dar, fazer e não fazer, quando a Fazenda Pública for ré.

Vale destacar, nesse sentido, que nas hipóteses de concessão de um benefício previdenciário ou a concessão de uma gratificação ao servidor público, muito embora se trate de um dispêndio financeiro para os cofres públicos, as mesmas são precedidas por uma obrigação de fazer, qual seja a inclusão em folha pelos sistemas de pagamento, o que as caracterizaria como uma obrigação de fazer.<sup>174</sup>

<sup>174</sup> LIMA NETO, Francisco Vieira; GUIMARÃES, Jader Ferreira. As tutelas de urgência contra a Fazenda Pública na jurisprudência do STF. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 143, jan. 2007, p. 168-169.

E em sendo uma obrigação de fazer, não estariam sujeitas ao regime do artigo 100 da Constituição Federal, não lhe sendo pertinentes qualquer alegação quanto à impossibilidade de antecipação dos efeitos da tutela ou impossibilidade de execução provisória, com base nesse fundamento. Por este motivo, ressaltam os autores, sempre tentou-se restringir a tutela de urgência, quando o pagamento deva ocorrer de maneira imediata, sem a necessidade dos precatórios.

Além disso, um outro motivo faz transparecer as razões da restrição. Em se tratando de verbas essencialmente de caráter alimentar, estas são, conforme entendimento predominante, irrepetíveis. Como é do conhecimento de todos, alimentos não serão devolvidos, o que torna os efeitos da antecipação de tutela difíceis de serem revertidos.<sup>175</sup>

Por estes motivos, então, sempre optou o legislador pela restrição aos provimentos de urgência contra a Fazenda Pública, em casos de servidores públicos. Essa ampliação para o âmbito da antecipação de tutela, conforme nos ressalta RENATO LUÍS BENUCCI, teve como pano de fundo os debates judiciais travados em torno de um reajuste concedido tão somente aos servidores públicos militares, no percentual de 28,86 %, nos quais se objetivavam a aplicação do aumento também para os servidores civis.<sup>176</sup>

Interessante observar que a restrição foi revista pelo Supremo Tribunal Federal, que estendeu o aumento para os servidores civis<sup>177</sup>, entendimento este que encontra-se incluso na verbete nº 672 do Supremo Tribunal Federal<sup>178</sup>, mas a restrição à tutela antecipada perdura até os dias de hoje.

B) A Lei nº 5.021/66, nos referido §4º do artigo 1º, faz menção expressa à impossibilidade de liminar para o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias, ampliando e reafirmando as restrições já existentes na Lei nº 4.348/64.

C) O *caput* do artigo 1º da Lei nº 5.021/66 traz a seguinte redação: *O pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas, em sentença concessiva de mandado de segurança, a servidor público federal, da administração direta ou autárquica, e a servidor público estadual e municipal, somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial.*

<sup>175</sup> SOUZA, Luciane Moessa de. Liminares contra o Poder Público: breve análise crítica das peculiaridades e subsídios para uma aplicação isonômica. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte, ano 7, n. 30, 2007, p. 157.

<sup>176</sup> BENUCCI, Renato Luis. Op. cit., p. 87.

<sup>177</sup> RMS 22.307, DJ 13.6.97, Marco Aurélio, e EDRMS 22.307, DJ 26.6.98, Ilmar Galvão

<sup>178</sup> Súmula 672/ STF: O reajuste de 28,86%, concedido aos servidores militares pelas Leis 8.622/93 e 8.627/93, estende-se aos servidores civis do Poder Executivo, observadas as eventuais compensações decorrentes dos reajustes diferenciados concedidos pelos mesmos diplomas legais.

Essa restrição guarda total correlação com a estreita via do mandado de segurança, que, conforme entendimento sumulado dos Tribunais Superiores não é um substitutivo da ação de cobrança, não sendo possível a cobrança de parcelas anteriores ao ajuizamento da ação. Tal entendimento encontra-se sumulado, pelo Supremo Tribunal Federal, nos verbetes de nº 269 e 271:

Súmula 269/STF: O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança.

Súmula 271/STF: Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais, em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria.

Agora, no rito ordinário, com toda a extensão que lhe é peculiar, não se torna possível aceitar tamanha restrição. Não se pode pretender, que com a redação desse artigo 1º, seja estendida à antecipação de tutela e ao próprio rito ordinário uma limitação que não possui qualquer sentido.<sup>179</sup>

O que se poderia fazer com as parcelas vencidas antes do ajuizamento da ação, se fosse entendido de maneira temerária o dispositivo legal, seria a total discricionariedade da administração pública quanto ao pagamento, já que faltaria ao credor um meio de postular judicialmente. Como é óbvio, essa restrição que tem correlação com o mandado de segurança não tem razão de ser no rito ordinário, por violar frontalmente o amplo acesso à justiça e a efetividade jurisdicional, conforme previsão do artigo 5º, XXXV, de nossa Carta Magna. Corroborando essas idéias, pondera EDUARDO TALAMINI que:

Isso significaria eliminar, por completo, a possibilidade de cobrança de vantagens pecuniárias de servidores públicos vencidas antes de iniciada a ação judicial. Haveria como que uma “prescrição imediata” desses créditos – o que, obviamente, carece de razoabilidade, requisito indispensável de qualquer norma.<sup>180</sup>

D) Já as restrições da Lei nº 8.437/92 visavam justamente estender as medidas cautelares previstas no próprio Código de Processo Civil, aquelas restrições já previstas para a via do mandado de segurança (artigo 1º). Pelo artigo 3º, pode-se constatar a mesma previsão de suspensividade da remessa necessária, nos casos em que sentença concessiva de mandado de segurança outorgue ou aumente rendimentos ou defira pedido de reclassificação funcional, em dispositivo de teor semelhante ao artigo 7º da Lei nº 4.348/64.

<sup>179</sup> LOPES, João Batista. Op. cit., p. 116-117.

<sup>180</sup> TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência e Fazenda Pública. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 30, nº 152, 2007, p. 48.

E) Ainda no tocante às proibições da tutela antecipada, temos a restrição ampliada do artigo 1º, § 3º, da mesma Lei nº 8.437/92, que proíbe medida de urgência que defira a compensação de créditos tributários ou previdenciários.

Tais eram hipóteses muito comuns de antecipação de tutela<sup>181</sup>, que afetavam sobremaneira o planejamento dos entes, razão pela qual tiveram sua extensão ampliada.

F) O artigo 4º da Lei nº 8.437/92 trata da hipótese de suspensão dos efeitos da decisão judicial, também ampliada para a antecipação de tutela, mas que será objeto de um capítulo específico, na seqüência do trabalho (5 Suspensão de Tutela antecipada e suspensão de liminares).

Preliminarmente a uma análise sobre eventual constitucionalidade destas leis, pode-se tecer uma observação pertinente, que talvez apresente o único ponto positivo da mesma: ao disciplinar a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, restringindo-a em determinados casos, o legislador reconheceu, implicitamente, a possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela contra os entes públicos, o que serviu para soterrar os debates quanto à possibilidade de aplicação do novel instituto, expostos no item 4.3, acerca do cabimento da tutela antecipada contra a Fazenda Pública.

#### 4.5 Constitucionalidade das Leis restritivas de provimentos de urgência

A doutrina sempre se dividiu quanto à *constitucionalidade destas Leis* restritivas de provimentos de urgência. De um lado, autores se insurgiram contra a Lei nº 9.494/97, por violação ao artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, pela supressão da tutela de urgência, assim como pela violação a um poder inerente ao Judiciário, o que representaria, inclusive, violação à separação de poderes defendida pela Carta Magna.<sup>182</sup>

RENATO LUÍS BENUCCI bem sintetizou a questão, quanto aos posicionamentos embaixadores da *inconstitucionalidade* dos dispositivos:

No que diz respeito à constitucionalidade das normas restritivas à concessão de liminares, muitos doutrinadores sustentam que tais vedações são inconstitucionais, quer sob o aspecto formal (uma vez que a restrição à concessão de liminares se deu, inicialmente, por meio de medidas provisórias, que não contém os requisitos da urgência e da relevância), quer sob o aspecto material (tendo em vista que tais leis impedem o amplo acesso à justiça, ferindo o princípio constitucional da inafastabilidade do controle

<sup>181</sup> BENUCCI, Renato Luís. Op. cit., p. 97.

<sup>182</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 270 e 141, respectivamente.



jurisdicional, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, onde se busca proteger não apenas a lesão a direito, mas também a ‘ameaça a direito’, demonstrando que as tutelas de urgência também estão garantidas constitucionalmente).<sup>183</sup>

Desta feita, alguns defenderam a *constitucionalidade* destas leis, tendo em vista que a antecipação de tutela foi uma criação legal, não possuindo uma matriz constitucional, o que poderia ensejar as restrições impostas pelo legislador.<sup>184</sup>

Contrapondo-se a esse argumento, EDUARDO TALAMINI realiza algumas ponderações sobre a inconstitucionalidade das leis, rebatendo o argumento de que toda e qualquer restrição quanto à antecipação de tutela seria válida. Assim se manifestou o autor:

Conquanto regulada em normas infraconstitucionais, a medida urgente é aspecto essencial para a concretização da garantia fundamental da tutela jurisdicional adequada, efetiva e oportuna. Se antes faltavam na lei infraconstitucional previsões de medidas urgentes, isso implicava uma lacuna, uma falha no sistema de proteção jurisdicional (e não poucas foram as construções doutrinárias e jurisprudenciais que visavam a suprir esta lacuna: teoria brasileira do habeas corpus, posse de direitos pessoais, etc.) Mas, uma vez consagrado na legislação infraconstitucional um sistema de tutelas urgentes aptos à concretização da garantia constitucional, não é possível retroceder. Nesse ponto, é possível aludir à “*garantia de proibição do retrocesso*” (Canotilho) ou à “*ação positiva de manter em vigência*” (Alexy).<sup>185</sup>

Para o aludido autor, ao instituir o instituto de antecipação de tutela de maneira ampla, sem fazer qualquer discriminação quanto ao Poder Público, vincularia o legislador no sentido de impossibilidade do retrocesso, assim como acontece nos direitos sociais.

Essa posição, de absoluta inconstitucionalidade, também é a defendida por J. E. CARREIRA ALVIM que, com base em um precedente italiano, entende que a tutela de urgência, liminar, é um elemento conatural do sistema de tutela jurídica, nos seguintes termos:

Dizem os ortodoxos que as restrições legais não atingem o direito de ação, vez que não impedem o seu exercício, seja pela via ordinária, seja cautelar, apenas vedando a concessão de liminar em face do Poder Público. Em princípio, pode parecer que não, na medida em que não se revele necessária à preservação do direito material em litígio, pois, do contrário, haverá ofensa a um elemento conatural do sistema de tutela jurídica. Eliminar *prima facie* um componente essencial da garantia jurisdicional, como a medida liminar, ou impor restrições ao seu exercício, de forma que sem ela a tutela se revele inadequada à defesa do direito, é uma ofensa ao direito subjetivo à jurisdição e ao *due process of law*, de fundo constitucional.<sup>186</sup>

<sup>183</sup> BENUCCI, Renato Luís. Op. cit., p.58.

<sup>184</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Inovações no Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 6-7.

<sup>185</sup> TALAMINI, Eduardo. Op. cit., p. 53.

<sup>186</sup> CARREIRA ALVIM, J. E. **Tutela antecipada**. 5. ed. 3. tir. Curitiba: Juruá, 2008, p. 192.

Partindo para uma posição intermediária, TEORI ALBINO ZAVASCKI defende a constitucionalidade destas leis, *a priori*, ressaltando a natureza infraconstitucional do instituto e a *proporcionalidade entre as Leis restritivas de Direitos Fundamentais e os objetivos almejados*, já que esta proibição decorre de uma relativa dificuldade de reintegração de recursos relativos ao pagamento de recursos públicos a servidores.<sup>187</sup>

Todavia, o próprio autor faz uma ressalva, referente à abordagem, no caso concreto, de direitos fundamentais em jogo, que já foi utilizada pelo Supremo Tribunal Federal, notadamente, na Medida Cautelar em ADI 223-6, DF, que será objeto de um item específico, na seqüência do trabalho.<sup>188</sup>

Observa-se, neste argumento relativo a preponderância de direitos fundamentais, a pertinência da temática retratada no 2º capítulo deste trabalho. Se se pensasse como a Fazenda Pública na única defensora de um interesse público, dotado de total supremacia, jamais se poderia falar numa relativização das leis restritivas de liminares no caso concreto, por meio de uma *ponderação de interesses, através do princípio da proporcionalidade*. Ao revés disso, o que se observa, é uma extensa racionalização, em diversos casos, do que vem a ser um verdadeiro interesse público, por vezes destoante dos interesses Fazendários.

Assim, pode-se destacar que até os privilégios da Fazenda Pública mais importantes, como a impenhorabilidade dos bens públicos vem sendo revisitada, em nome de outros interesses públicos como a Saúde, como no Recurso Especial 827.133/RS, cuja ementa foi transcrita no item 4.3.2.3.

Corroborando esse ideal que nos aponta para a utilização do princípio da proporcionalidade e que já foi retratado no capítulo anterior<sup>189</sup>, no conflito entre interesses públicos e privados inexistente a prevalência em abstrato daquele em detrimento dos outros interesses em jogo. Nesse sentido são as precisas lições de EDUARDO TALAMINI, acerca do embate entre a tutela jurisdicional adequada e efetiva e o risco de graves danos ao interesse público:

A definição de qual entre os dois princípios deve prevalecer é algo que não se faz em abstrato. Foi inclusive por isso que, em determinada ocasião, o Supremo deixou de suspender a eficácia de normas que continham limitações a medidas urgentes. Mas, exatamente pela mesma razão, não é constitucionalmente legítima a prévia e abstrata definição do conflito, a favor do interesse público, pela própria norma legal – mediante a pura e simples vedação da concessão de liminares.

<sup>187</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. OP. cit., p. 205

<sup>188</sup> V. item 4.6.2

<sup>189</sup> V. item 3.5 - A necessária utilização da proporcionalidade na ponderação de interesses

A eliminação do impasse é tarefa que só se pode desempenhar *concretamente*, mediante a exata ponderação das circunstâncias peculiarizadoras de cada caso submetido ao crivo do Judiciário. Para tanto, serão aplicados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, com o balanceamento dos valores envolvidos, a fim de verificar qual o mais premente *in concreto*. Ainda, aquele princípio que prevalecer haverá de sacrificar o outro apenas na medida estritamente necessária para a consecução das suas finalidades.<sup>190</sup>

Assim, pode-se concluir que, a ponderação entre os interesses em jogo deve ser feita no caso concreto, por meio da proporcionalidade e seus balizamentos (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), levando-se em consideração, desta maneira, a envergadura dos direitos privados em jogo, que podem ter a mais alta estatura constitucional.

Desta maneira, afiguram-se as três correntes principais acerca das limitações. A primeira prevê a absoluta constitucionalidade das restrições, em nome do interesse público, haja vista que a antecipação de tutela 'e criação legal, podendo ser restringida também por lei ordinária.

De maneira contrária, aqueles que afirmam a inconstitucionalidade das restrições, pela afronta ao artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal e também a separação dos poderes, pensamento esse que se alinha àquilo que foi delineado no capítulo sobre a efetividade e sua relação com a tutela de urgência, momento no qual foram ressaltados os fundamentos para uma tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva.

Outros, até mesmo diante da decisão do Supremo que declarou a constitucionalidade, preferem uma avaliação *in concreto* dos interesses em jogo, quando presentes os direitos fundamentais, com base numa ponderação de interesses pautada no princípio da proporcionalidade.

Observa-se, aqui, a presença da argumentação expendida no capítulo anterior. Pelas restrições às liminares contra o Poder Público, temos uma proteção absoluta do interesse público. Conforme já dito anteriormente, essa absoluta supremacia do interesse público é incompatível com a nossa ordem Constitucional, já que as restrições aos direitos fundamentais devem ser realizadas de maneira proporcional.

Sendo assim, apesar do entendimento pela inconstitucionalidade das restrições, um bom caminho a ser trilhado pode ser a avaliação em concreto dos valores fundamentais, quando houver risco de grave lesão aos maiores valores constitucionais, como a vida. Sobre essa temática, trataremos mais a frente, no item 4.7 - Relativização das Leis restritivas de liminares face às peculiaridades em concreto.

---

<sup>190</sup> TALAMINI, Eduardo. Op. cit., p. 52.

## 4.6 A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no controle concentrado de constitucionalidade

### 4.6.1 Medida Cautelar e decisão de mérito na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 4

Apesar dos inúmeros doutrinadores que defenderam a inconstitucionalidade das leis restritivas da antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal não foi esta.

Antes mesmo da edição da Lei n. 9.494/97, quando seus dispositivos faziam parte da Medida Provisória 1.570/97, o Pretório Excelso já havia manifestado, mesmo que de maneira implícita, sua opção pela constitucionalidade das leis restritivas, no julgamento da medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.576-1, ao indeferir o pedido de medida cautelar.

E não foi diferente o entendimento na seqüência cronológica dos fatos já que, em fevereiro de 1998, o Supremo Tribunal Federal, constatando a divergência no entendimento entre os tribunais do País sobre a constitucionalidade da Lei nº 9 494/97, deferiu a medida cautelar pleiteada na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 4. Dez anos após o deferimento da cautelar, foi realizado o julgamento do mérito, no presente ano de 2008.

Feita essa constatação, vale a ressalva para uma singela crítica ao Supremo Tribunal Federal. Como é do conhecimento de todos, para manter a autoridade de seus julgados, pode ser interposta reclamação ao Supremo Tribunal Federal (Lei nº 8.038/90), o que aconteceu, por diversas vezes, com decisões de juízes inferiores que contrariaram o *decisum* da ADC nº 4.

Contudo, a Lei que regulamenta a Ação Declaratória de Constitucionalidade (Lei nº 9.868/99), apesar de promulgada posteriormente a decisão na ADC nº 4, prevê o prazo máximo de duração para as medidas cautelares em ADC, que somente podem perdurar por 180 dias, nos termos do artigo 21, parágrafo único.

Mas não foi isso que aconteceu com a ADC em debate. Apesar da expressa menção pela Lei, o Supremo Tribunal Federal continuou a aceitar as reclamações em face do seu

julgado, ignorando o teor da Lei que entrou em vigor, por mais de oito anos, já que a decisão definitiva de mérito somente ocorreu em 2008.

A ementa da Medida Cautelar em ADC assim dispõe:

AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DA LEI N 9.494, DE 10.09.1997, QUE DISCIPLINA A APLICAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. MEDIDA CAUTELAR: CABIMENTO E ESPÉCIE, NA A.D.C. REQUISITOS PARA SUA CONCESSÃO. (...) 7. Está igualmente atendido o requisito do "periculum in mora", em face da alta conveniência da Administração Pública, pressionada por liminares que, apesar do disposto na norma impugnada, determinam a incorporação imediata de acréscimos de vencimentos, na folha de pagamento de grande número de servidores e até o pagamento imediato de diferenças atrasadas. E tudo sem o precatório exigido pelo art. 100 da Constituição Federal, e, ainda, sob as ameaças noticiadas na inicial e demonstradas com os documentos que a instruíram. 8. Medida cautelar deferida, em parte, por maioria de votos, para se suspender, "ex nunc", e com efeito vinculante, até o julgamento final da ação, a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.494, de 10.09.97, sustando-se, igualmente "ex nunc", os efeitos futuros das decisões já proferidas, nesse sentido.<sup>191</sup>

Pode-se observar aqui, a presença de um elemento temeroso em um Estado Democrático de Direito, em meio a decisão do Supremo Tribunal Federal: *a alta conveniência da Administração Pública*, conceito aberto e que pode vir a ensejar a legitimação de qualquer privilégio estatal em prejuízo do direito dos cidadãos.

Referendando o que havia decidido antes, o Supremo Tribunal Federal, em decisão de mérito, julgou procedente a Ação Declaratória de Constitucionalidade, publicada em 15/10/2008, vencido o Ministro Marco Aurélio Mello, que votou pela ausência do requisito da urgência na elaboração da Medida Provisória.

Confira-se, a respeito da decisão de mérito, excerto extraído do Informativo nº 522 do STF, que bem retrata a tese vencedora:

Entendeu-se, tendo em vista a jurisprudência do STF no sentido da admissibilidade de leis restritivas ao poder geral de cautela do juiz, desde que fundadas no critério da razoabilidade, que a referida norma não viola o princípio do livre acesso ao Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). O Min. Menezes Direito, acompanhando o relator, acrescentou aos seus fundamentos que a tutela antecipada é criação legal, que poderia ter vindo ao mundo jurídico com mais exigências do que veio, ou até mesmo poderia ser revogada pelo legislador ordinário. Asseverou que seria uma contradição afirmar que o instituto criado pela lei oriunda do poder legislativo competente não pudesse ser revogada, substituída ou modificada, haja vista que isto estaria na raiz das sociedades democráticas, não sendo admissível trocar as competências

<sup>191</sup> ADC-MC 4 / DF, Medida Cautelar na ação Declaratória de Constitucionalidade, Relator Ministro SYDNEY SANCHES, julgamento em 11/02/1998, Tribunal Pleno. Publicação: DJ 21/05/1999, p. 002.

distribuídas pela CF. Considerou que o Supremo tem o dever maior de interpretar a Constituição, cabendo-lhe dizer se uma lei votada pelo Parlamento está ou não em conformidade com o texto magno, sendo imperativo que, para isso, encontre a viabilidade constitucional de assim proceder. Concluiu que, no caso, o fato de o Congresso Nacional votar lei, impondo condições para o deferimento da tutela antecipada, instituto processual nascido do processo legislativo, não cria qualquer limitação ao direito do magistrado enquanto manifestação do poder do Estado, presente que as limitações guardam consonância com o sistema positivo. Frisou que os limites para concessão de antecipação da tutela criados pela lei sob exame não discrepam da disciplina positiva que impõe o duplo grau obrigatório de jurisdição nas sentenças contra a União, os Estados e os Municípios, bem assim as respectivas autarquias e fundações de direito público, alcançando até mesmo os embargos do devedor julgados procedentes, no todo ou em parte, contra a Fazenda Pública, não se podendo dizer que tal regra seja inconstitucional.<sup>192</sup>

Assim, após mais de dez anos de tramitação, a nossa Suprema Corte declarou constitucionais os dispositivos da Lei nº 9.494/97, em descompasso com a doutrina, que entende tais restrições como inconstitucionais.

#### 4.6.2 A decisão na ADI nº 223-6/DF

Em que pese se tratar de um julgado anterior, proferido no início da década de 90, o julgado proferido na ADI em destaque traz algumas ponderações interessantes sobre a situação em comento, por se tratar de uma das aplicações mais interessantes do princípio da proporcionalidade.

Naquela ocasião, discutiu-se a possibilidade de uma medida liminar, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, objetivando a retirada dos efeitos da Medida Provisória nº 173/90, que vedava a concessão de liminares em mandado de segurança e ações cautelares, quando estivessem sendo debatidas outras Medidas Provisórias oriundas do plano econômico de estabilização em trâmite na época, qual seja, o Plano Collor.<sup>193</sup>

<sup>192</sup> Link em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo522.htm>. Informativo de 29 de setembro a 3 de outubro de 2008.

<sup>193</sup> A referida Medida Provisória foi substituída pelas Medidas Provisórias de nº 181, 182, 186, 192, 197 e 198, tendo se convertido esta última na Lei nº 8.076/90, que previa a impossibilidade de concessão de liminares nas Leis que versavam sobre o Plano Collor, pelo período de 2 anos, quais sejam, as Leis nºs 8.012, de 4 de abril de 1990, 8.014, de 6 de abril de 1990, 8.021, 8.023, 8.024, 8.029, 8.030, 8.032, 8.033, 8.034, todas de 12 de abril de 1990, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.039, de 30 de maio de 1990.

Apesar da negativa quanto ao pleito principal, o ponto interessante do julgado foi o voto do Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, que dissertou quanto às peculiaridades do caso concreto e a atual conjuntura econômica do país, que não permitiam a absoluta suspensão da Medida Provisória, haja vista que poderia tornar inefetivo um intenso esforço do governo em reorganizar a crise pela qual passava, com altos índices de inflação.<sup>194</sup>

Mas, de maneira a não deixar o cidadão desprovido de seus interesses em juízo, ressaltou a ponderação de interesses no caso concreto, por meio do sistema difuso de constitucionalidade. Assim versou o eminente Ministro:

O caso, a meu ver, faz eloqüente a extrema fertilidade desta inédita simbiose institucional que a evolução constitucional brasileira produziu, gradativamente, sem um plano preconcebido, que acaba, a partir da Emenda Constitucional 16, a acoplar o velho sistema difuso americano de controle da constitucionalidade ao novo sistema europeu de controle direto e concentrado. (...)

O que vejo aqui, embora entendendo não ser de bom aviso, naquela medida de discricionariedade que há na grave decisão a tomar, da suspensão cautelar, em tese, é que a simbiose institucional a que me referi, dos dois sistemas de controle de constitucionalidade da lei, permite não deixar ao desamparo ninguém que precise de medida liminar em caso onde – segundo as premissas que tentei desenvolver e melhor do que eu desenvolveram os Ministros Paulo Brossard e Celso de Mello – a vedação da liminar, porque desarrazoada, por que incompatível com o art. 5º, XXXV, por que ofensiva do âmbito de jurisdição do Poder Judiciário, se mostre inconstitucional.

Assim, creio que a solução estará no manejo do sistema difuso, porque nele, em cada caso concreto, nenhuma medida provisória por subtrair ao juiz da causa um exame de constitucionalidade, inclusive sob o prisma da razoabilidade, das restrições impostas ao seu poder cautelar, para, se entender abusiva essa restrição, se a entender inconstitucional, conceder a liminar, deixando de dar aplicação, no caso concreto, à medida provisória, na medida em que, em relação àquele caso, a julgue inconstitucional, porque abusiva.

Assim sendo, estaria resguardado um *juízo de ponderação ao caso concreto*, podendo o Juiz afastar a incidência da norma restritiva, em questão de constitucionalidade incidental, no curso do processo.

Seguindo o voto exarado por SEPÚLVEDA PERTENCE, o Ministro SIDNEY SANCHES ainda ponderou da seguinte maneira “*convencendo-me de que, havendo certa dose de razoabilidade na restrição às liminares, ditadas, sobretudo, pelo interesse público, nela não se pode vislumbrar inconstitucionalidade, ‘prima facie’*”, optando, desta maneira, também pelo controle difuso de constitucionalidade, acolhendo o interesse público que a norma retratava, na tentativa de se restabelecer economicamente o país.

<sup>194</sup> Inteiro teor do acórdão em: <<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=223&classe=ADI-MC>>

Sob certo aspecto, pode-se observar uma ligeira semelhança entre a situação retratada no início dos anos 90 e as restrições de liminares contra os servidores públicos, atualmente em vigor no país, pelo trecho acima transcrito.

Para as atuais vedações, alguns doutrinadores sustentam o interesse público na manutenção do equilíbrio orçamentário, somado a uma presunção de difícil irreversibilidade dos provimentos antecipatórios denegados no mérito.

Ocorre que, conforme já foi demonstrado no capítulo pertinente, o interesse público nem sempre é prevalente em contraposição ao interesse privado, podendo ser alvo de uma ponderação de interesses, visando atender aos postulados da proporcionalidade e da concordância prática, corolários de um regime democrático, inerente ao Estado de Direito.

#### **4.7 Relativização das Leis restritivas de liminares face às peculiaridades em concreto**

Conforme demonstrado ao final do item 4.5, por muitas vezes, a aferição dos interesses em jogo, para a concessão de uma tutela de urgência, somente poderia vir a ser aferida com base numa ponderação em concreto dos valores fundamentais envolvidos.

Essa temática de ponderação *in concreto*, sempre foi levantada por doutrina e jurisprudência na análise da constitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 9.494/97. Essa impossibilidade de ponderação abstrata dos valores em jogo tem como um de seus maiores precedentes a decisão na ADI nº 223-6/DF, cujos aspectos foram delineados acima.

Seguindo essa linha de raciocínio pode-se ressaltar que, em algumas hipóteses, vislumbra-se facilmente a presença de outros interesses em jogo, de alcance constitucional, inclusive, além daqueles ditos patrimoniais, consubstanciados nas prestações pecuniárias devidas a servidores públicos, que poderiam ser um fundamento para a não incidência das restrições aos provimentos antecipatórios, no controle difuso. Na clássica lição de ANDRÉA PROTO PISANI trazida por BENUCCI, teríamos um *direito patrimonial com função não patrimonial*, que, visando garantir uma necessidade primária, deve ser atendido pela tutela de urgência.<sup>195</sup>

A hipótese mais óbvia, que se pode vislumbrar, diz respeito ao valor vida e à saúde humana, quando estas dependerem, por exemplo, de valores que podem ser pagos pelo Estado a um de seus servidores. Nesse caso, por exemplo, em que um Servidor que seja exonerado

---

<sup>195</sup> BENUCCI, Renato Luís. Op. cit., p. 68.



erroneamente, ou se veja privado de uma gratificação relevante, ou busque uma justa equiparação com outro servidor em situação semelhante, e se vê obrigado a efetuar altos gastos com a sua própria Saúde ou de algum parente próximo, pode-se afastar a norma restritiva do artigo 1º da Lei nº 9.494/97, não com base no artigo 5º, XXXV, mas sim com base no artigo 5º, *caput* e pelo artigo 196, todos da Constituição Federal.

Essa situação, a meu ver, apresenta uma clara situação de *atendimento a um interesse público primário de um cidadão, consubstanciado na inviolabilidade do direito à vida*, e que deve ser defendido de um interesse público orçamentário, que é relevante, mas deve ser afastado para a consecução dos fins a que se busca no Estado Democrático de Direito, que nos reportam as garantias fundamentais do cidadão que incluem também a efetividade do processo civil.

O Superior Tribunal de Justiça vem acolhendo a tese acima, para afastar a impossibilidade de concessão de pleitos antecipatórios perante a Fazenda Pública, quando exigência da preservação da vida humana (REsp 409172 / RS, REsp 275649 / SP, REsp 463778 / RS e Resp 420954 / SC), num claro exercício da ponderação de interesses entre a vida humana e os interesses financeiros do Estado. Verifica-se, na temática, o atendimento a um interesse público primário, minorando a regra restritiva, como no seguinte julgado:

ADMINISTRATIVO. TUTELA ANTECIPADA. FAZENDA PÚBLICA. ESTADO DE NECESSIDADE. VIDA HUMANA.

Conquanto o colendo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento em plenário da medida liminar na ADC nº 4, tenha entendido pela impossibilidade da antecipação de tutela em face da Fazenda Pública, tal restrição deve ser considerada com temperamentos. A vedação, assim já entendeu esta Corte, não tem cabimento em situações especialíssimas, nas quais resta evidente o estado de necessidade e a exigência da preservação da vida humana, sendo, pois, imperiosa a antecipação da tutela como condição, até mesmo, de sobrevivência para o jurisdicionado. Precedentes. Recurso não conhecido.<sup>196</sup>

Demonstrando preferência por esse entendimento como regra geral, pugnando pela inconstitucionalidade das leis restritivas, EDUARDO TALAMINI denomina esse fenômeno de “*reserva de ponderação ao caso concreto*”, também se referindo ao julgamento da ADI 223-6, que ressaltou a possibilidade de uma inconstitucionalidade *in concreto*, além da impossibilidade do legislador prever – de antemão – por meio de uma regra geral e abstrata, a

<sup>196</sup> REsp 409172 / RS, Relator Ministro FÉLIX FISCHER, julgamento unânime pela Quinta Turma, em 04/04/2002, publicado no DJ 29/04/2002 p. 320

prevalência de um princípio sobre outro. A aferição dos interesses em jogo, dessa maneira, estaria resguardada ao Poder Judiciário<sup>197</sup>.

#### 4.8 Outras possibilidades de relativização das restrições

Em outras hipóteses, também as regras restritivas vêm sendo interpretadas restritivamente, como é comum na hermenêutica jurídica. Assim, a Súmula nº 729/ STF, que preleciona que a decisão na ADC nº 4 *não se aplica às matérias previdenciárias*, o que possibilita a antecipação de tutela nestes casos.

Por algumas vezes, o Supremo também manteve medidas antecipatórias proferidas contra a Fazenda Pública, porque em consonância com a Jurisprudência da Corte (Agravo Regimental nas Reclamações nº 1067-8/RS e nº 1.132/RS), o que, segundo FREDIE DIDIER JR. conota a intenção do Supremo em relativizar a vedação à luz do caso concreto.<sup>198</sup>

Outra situação curiosa, que traduz essa relativização e já conta com diversos precedentes, diz respeito à inexistência de vedação, pela Lei nº 9.494/97, de casos em que se objetiva a consecução de uma obrigação de não fazer, consubstanciada em decisão antecipatória que *impeça a diminuição de vencimentos pela retirada de vantagens pecuniárias*. A questão já foi apreciada por todos os Ministros do Supremo Tribunal Federal, que declararam a inaplicabilidade das restrições a esses casos.<sup>199</sup>

LUCIANE MOESSA DE SOUZA, em artigo sobre o tema, ainda nos trouxe alguns outros exemplos interessantes, nos quais o atendimento ao interesse público indicaria a própria concessão da tutela antecipada em desfavor do Poder Público, evitando a consumação de lesão ao direito do cidadão e eventual reversão deste em perdas e danos.

Assim, afirma a autora que a reintegração de um servidor público demitido injustamente ou a nomeação de candidato aprovado que já deveria ter sido feita, evita que o Poder Público efetue gastos com um período não trabalhado, permitindo assim, uma maior proteção aos gastos públicos.

Da mesma forma, a antecipação de tutela que importe em pagamento ao tratamento médico adequado ou ao fornecimento de medicamentos evita os desdobramentos naturais de

<sup>197</sup> TALAMINI, Eduardo. Op. cit., p. 55-59.

<sup>198</sup> DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael de; BRAGA, Paula Sarno. Op. cit., p. 675.

<sup>199</sup> LIMA NETO, Francisco Vieira; GUIMARÃES, Jader Ferreira. Op. cit., p. 175. Os arestos oriundos das reclamações de nº 2.482/SP, 3.483/DF e 4.509/SC, tratam dos precedentes acima citados.

sua negativa, protegendo a vida humana e evitando ressarcimento por danos morais e materiais.<sup>200</sup>

---

<sup>200</sup> SOUZA, Luciane Moessa de. Op. cit., p. 169-170.

## 5 SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA E SUSPENSÃO DE LIMINARES

Não é de hoje a previsão do incidente de suspensão de segurança, e também de liminares, no ordenamento brasileiro. Contudo, tendo em vista as ampliações realizadas pela Medida Provisória 2.180, permanente com o advento da Emenda Constitucional nº 32, essa defesa da Fazenda em Juízo teve seu âmbito de atuação em muito alargado, pela pulverização de seu uso na legislação extravagante, sendo-lhe permitida sua utilização em todas as decisões mandamentais contra a Fazenda Pública (como no mandado de injunção, habeas data, ação civil pública, ação cautelar, ação popular e na tutela antecipada)<sup>201-202</sup>.

E essa pulverização, aludida por alguns autores, resultou em algumas denominações diferenciadas, no seio dos Tribunais Superiores, que cunharam expressões como suspensão de liminar, suspensão de tutela antecipada, suspensão de sentença, suspensão de acórdão e assim por diante, para as hipóteses mais específicas<sup>203</sup>.

Por esse motivo, optei por um título que abrangesse a amplitude do instituto, que possui procedimento comum para várias de suas hipóteses, de forma que não fosse deveras limitado, já que vários exemplos que denotam as características que lhe são inerentes podem advir de uma suspensão de liminar em Mandado de Segurança ou em Ação Civil Pública, que são bem comuns em nossos Tribunais. Com isto, almeja-se afirmar que o foco do presente capítulo é a suspensão de tutela antecipada, como espécie da tutela de urgência, mas que outros critérios provenientes de outros ritos que não o ordinário também serão utilizados.

Ademais, mais uma ressalva merece espaço. O objetivo do presente capítulo não é o de esgotar a análise da suspensão de segurança ou de tutela antecipada, que possui inúmeras singularidades processuais e extraprocessuais, mas sim destacar alguns aspectos que são atinentes aos dois paradigmas do presente trabalho, que são a efetividade da tutela de urgência – intrinsecamente ligada ao processo civil como um todo – e a supremacia do interesse público sobre o privado.

---

<sup>201</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. Apresentação e crítica de alguns aspectos que tornam a suspensão de segurança um remédio judicial execrável. In **Interesse Público**, Belo Horizonte: Fórum, v. 9, n. 45, set./out.2007, p. 41.

<sup>202</sup> Alguns exemplos dessa pulverização são, por exemplo, a previsão no artigo 12, §1º, da Lei nº 7.347/85 (Ação Civil Pública), do artigo 16 da Lei nº 9.507/97 (*Habeas Data*) e do artigo 1º da Lei nº 9.494/97 (Antecipação de tutela).

<sup>203</sup> CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 6. ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 464

### 5.1 Meios de impugnação da tutela antecipada deferida em desfavor da Fazenda Pública

A título de uma exposição baseada em um contexto lógico, vale o destaque acerca dos possíveis meios de impugnação, pelo Poder Público, de uma decisão que conceda tutela antecipada em favor do cidadão, contrariando os seus interesses.

Como primeira hipótese, que também é a mais comum e disponível também aos cidadãos, tem-se a possibilidade de interposição de *agravo de instrumento*, dirigido ao Tribunal competente, no qual poderá ser requerido o efeito suspensivo para combater a decisão interlocutória desfavorável, nos termos do artigo 558 da Lei instrumental civil. Resta patente a falta de interesse processual pela interposição de agravo retido, já que o mesmo não contém utilidade para sanar situações que clamam por urgência.<sup>204</sup>

Além desse meio usual de impugnação às decisões interlocutórias, a Fazenda Pública conta ainda com a *reclamação constitucional*, diretamente no Supremo Tribunal Federal, quando a decisão que conceder a tutela antecipada for contrária as restrições previstas no artigo 1º da Lei nº 9.494/97, em face da decisão de mérito proferida na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 4.

Insta salientar, ainda, que a reclamação constitucional encontra guarida no artigo 102, inciso I, alínea I, da Constituição Federal, sendo também previsto no artigo 156 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, com a previsão procedimental da ação nos artigos 13 a 18 da Lei nº 8.038/90, visando garantir a autoridade das decisões do Tribunal.<sup>205</sup>

Por último, insta destacar a possibilidade de *pedido de suspensão da tutela antecipada*, perante o Presidente do respectivo Tribunal ao qual couber recurso, pela previsão do artigo 1º da Lei nº 9.494/97, que expressamente ampliou o pedido de suspensão de liminar ou de sentença do artigo 4º da Lei nº 8.437/92 para as hipóteses de antecipação de tutela.

Vale ressaltar que, segundo doutrina majoritária, são cabíveis a impugnação de eventual decisão pelas 3 vias, *simultaneamente*, quando possível. Segundo a classificação

<sup>204</sup> CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Op. cit. p. 245.

<sup>205</sup> Tendo em vista o efeito vinculante próprio das Ações Declaratórias de Constitucionalidade, em caso de descumprimento do julgado em sede de controle concentrado de constitucionalidade, caberá reclamação para garantir a autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal, na forma do *caput* do artigo 13 da Lei nº 8.038/90. Podemos citar, no STF, dois precedentes, a Reclamação 846/SP e o Agravo Regimental na Reclamação 1.939/SC. Tendo em vista que uma análise a fundo do instituto fugiria dos estreitos limites do presente trabalho, remeto o interessado para a seguinte obra: MORATO, Leonardo. **Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

apregoadas, não haveria violação ao princípio da singularidade recursal, já que a reclamação constitucional se trata de *ação* ajuizada diretamente no STF, ao passo que a suspensão de tutela antecipada seria um *incidente processual*.<sup>206</sup>

Sobre a questão da natureza jurídica da suspensão da segurança, vale um breve parêntese, para uma melhor elucidação. A doutrina majoritária entende que a suspensão de segurança é um incidente processual. Nesse sentido são as lições de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, ao situar o incidente do processo entre as outras duas categorias, quais sejam a questão incidente e o processo incidente:

No entremeio, há questões cujo surgimento não ocasiona a formação de processo novo mas provoca desvios procedimentais significativos, ora com suspensão do procedimento principal, ora sem ela (ex.: as exceções de suspeição, impedimento, incompetência relativa). É o que se dá aqui. Não surge processo novo, mas a lei elabora um sistema mais complexo, ou menos, de apreciação da questão de ordem pública suscitada pela entidade de direito público. Esse incidente chega ao ponto de sujeitar-se a uma competência hierarquicamente diferenciada da competência para o próprio processo da impetração. É todavia um mero incidente do processo, tanto quanto uma exceção de incompetência relativa – e não processo incidente. O que ali se decide prevalece somente quanto à concreta medida que se concedeu no processo pendente (em liminar ou em sentença, conforme o caso).<sup>207</sup>

Contudo, tal classificação não é unânime, sendo que alguns já manifestaram a natureza de sucedâneo recursal, e até mesmo de medida administrativa praticada pelo Presidente do Tribunal no exercício do poder de polícia.<sup>208</sup> Fica, aqui, a ressalva quanto a essas possibilidades, que não serão estudadas tão a fundo, já que não se relacionam diretamente aos dois paradigmas balizados no presente trabalho, que são a efetividade e a supremacia do interesse público sobre o privado.

Retornando ao tema de independência das vias de impugnação, essa possibilidade, inclusive, é reforçada pelo §6º do artigo 4º da Lei 8.437/92, que assim preceitua: “*A interposição do agravo de instrumento contra liminar concedida nas ações movidas contra o Poder Público e seus agentes não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão a que se refere este artigo*”.

<sup>206</sup> CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Op. cit. p. 247.

<sup>207</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Suspensão do mandado de segurança pelo Presidente do Tribunal. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 105, jan./mar. 2002, p. 193.

<sup>208</sup> Sobre as outras classificações possíveis para a suspensão de segurança, veja-se a obra de RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Suspensão de Segurança**: Sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o Poder Público. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 95-103.

## 5.2 Breve síntese histórica: da suspensão de segurança à suspensão de tutela antecipada

O instituto da suspensão da segurança possui aproximadamente 70 anos de idade. Já em 1936, estava ele previsto no artigo 13 da Lei nº 191, primeira a regular o Mandado de Segurança. Também figurou no artigo 328 do Código de Processo Civil de 1939.<sup>209</sup>

*A posteriori*, a previsão da suspensão de segurança foi incluída no artigo 4º da Lei nº 4.348/64, somente para o remédio heróico, possibilitando a suspensão de sua liminar ou de eventual sentença, nos seguintes termos:

Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o Presidente do Tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso (VETADO) suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar, e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo no prazo de (10) dez dias, contados da publicação do ato.

Pode-se observar, aqui, o direcionamento do pedido ao Presidente do Tribunal, mas pedido este que pode ser feito também por pessoa jurídica de direito público interessada, não necessitando, portanto, de que o pedido tenha origem na parte processual da lide. Sobre esse tema, será novamente retratado no item 5.4, sobre os Legitimados para o requerimento.

Ainda, pela simples leitura do *caput*, vislumbram-se os fundamentos: ameaça de lesão à ordem pública, à saúde, economia ou segurança pública. A decisão é recorrível por meio de Agravo, no prazo de 10 dias, mas *não* está previsto qualquer prazo para o pedido de suspensão.

Uma observação ainda merece destaque, quanto ao contexto histórico em que surgiu a suspensão da segurança. No ano em que foi promulgada essa Lei, que facultou o pedido de suspensão, a regra no Mandado de Segurança era o recebimento da apelação tão somente no efeito devolutivo, nos termos do artigo 12, parágrafo único, hoje alterado pela nova redação conferida pela Lei nº 6.071/74.<sup>210</sup>

<sup>209</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. Apresentação e crítica de alguns aspectos que tornam a suspensão de segurança um remédio judicial execrável. In **Interesse Público**, Belo Horizonte: Fórum, v. 9, n. 45, set./out.2007, p. 42

<sup>210</sup> Artigo 12, Parágrafo único - *Da decisão que conceder o mandado de segurança recorrerá o juiz ex-officio sem que esse recurso tenha efeito suspensivo* (Esse dispositivo foi alterado posteriormente, passando a possuir hoje a seguinte redação: Parágrafo único. A sentença, que conceder o mandado, fica sujeita ao duplo grau de jurisdição, podendo, entretanto, ser executada provisoriamente.)

À época de sua implantação em 1936 e nos regimes que o sucederam, “a suspensão de segurança foi idealizada para funcionar como um simples pedido de efeito suspensivo ao recurso interposto pelo Poder Público contra a decisão mandamental, sempre que houvesse um risco de grave lesão à ordem, à saúde e à segurança públicas”.<sup>211</sup>

Sendo assim, essa era uma possibilidade para que a Fazenda Pública pudesse requerer a suspensão das sentenças e também das liminares em Mandado de Segurança, hipótese não prevista à época e hoje possível, já que a execução pode ou não ser imediata, nos termos da atual redação do parágrafo único do artigo 12.

Atualmente, resta mitigada essa função que deu origem ao pedido de suspensão em Mandado de Segurança, tendo em vista que o sistema recursal prevê mecanismos hábeis a suspensão de decisões interlocutórias, especialmente após a Lei nº 9.139/95, que reformou o Agravo em nosso Código de Processo Civil. CASSIO SCARPINELLA BUENO, em 1999, esperava que com essa possibilidade de suspensão pelo sistema recursal fosse diminuída a incidência da suspensão de segurança.<sup>212</sup> Conforme será retratado em momento oportuno, não foi isso o que aconteceu, pela previsão de pedidos de suspensão em todos os ritos processuais contra a Fazenda Pública e pela ampliação das hipóteses pela Medida Provisória nº 2.180.

Em 1992, com a promulgação da Lei nº 8.437, o artigo 4º assim dispõe sobre a suspensão:

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

Aqui, podem ser destacadas duas alterações em relação ao diploma anterior. A primeira é a legitimidade conferida ao Ministério Público para requerer a suspensão e a segunda é a ampliação das hipóteses, que passaram a conter outras duas expressões, também muito abertas, *manifesto interesse público* ou *flagrante ilegitimidade*.

A Lei nº 9.494/97, atendendo aos anseios da Fazenda Pública por meios céleres de impugnação, ampliou a possibilidade da suspensão também para o âmbito da tutela antecipada. Essa ampliação posterior se deu pelo fato de que a antecipação de tutela somente

<sup>211</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Apresentação e crítica** ... p. 43.

<sup>212</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. **Liminar em Mandado de Segurança**: Um tema com variações. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 212.



foi inserida em nosso ordenamento em 1994, com a edição da Lei nº 8.952, portanto, após a edição da Lei nº 8.437/92 que não abrangia o então novo instituto.

E por fim, a Medida “Provisória” <sup>213</sup> nº 2.180 que, após inúmeras reedições<sup>214</sup>, acrescentou diversos parágrafos aos artigos supratranscritos, sobre procedimento e novos pedidos de suspensão, na suspensão de segurança.

### 5.3 Competência para o julgamento

Conforme se extrai da simples leitura do artigo 4º da Lei nº 8.437/92, a competência para o julgamento do incidente de suspensão de segurança será do Presidente do Tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso que poderia ser interposto em contraposição à decisão cuja eficácia pretende seja suspensa.

Sendo assim, óbvia a competência do Presidente dos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, quando o deferimento da tutela antecipada se deu por Juiz de Direito ou Juiz Federal no exercício da jurisdição em primeira instância.

Pela confusa redação dos parágrafos do citado artigo 4º, vislumbra-se também a possibilidade de cabimento *do pedido de suspensão de segurança de acórdão*, quando não for favorável aos interesses da Fazenda Pública o agravo previsto no § 3º do referido artigo. Essa hipótese, tida pela Lei como um novo pedido de suspensão, encontra guarida no §4º do referido artigo, que assim dispõe: “*Se do julgamento do agravo de que trata o § 3º resultar a manutenção ou o restabelecimento da decisão que se pretende suspender, caberá novo pedido de suspensão ao Presidente do Tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário*”.

Nesse caso, de suspensão intentada contra Acórdão dos Tribunais, a competência será do Presidente do Superior Tribunal de Justiça ou do Presidente do Supremo Tribunal Federal, se matéria infraconstitucional ou constitucional, respectivamente.

Da mesma maneira ocorre com a previsão do §5º, do mesmo novo pedido de suspensão do parágrafo anterior, *supra*, quando negado o provimento contra agravo de instrumento interposto contra as liminares que não atendam aos interesses do Poder Público

<sup>213</sup> “Provisória” tendo em vista que foi mantida como permanente, com o advento do artigo 2º da Emenda Constitucional nº 32.

<sup>214</sup> Sobre as inúmeras reedições e alterações inexplicáveis na numeração, veja-se o Capítulo I da obra de Cássio Scarpinella Bueno, **O Poder Público em Juízo**. 4. ed. São Paulo, Saraiva, 2008, p. 1-14.

tratadas pelo artigo, sejam elas medidas antecipatórias, em ação civil pública ou ações cautelares. Pela mesma previsão, repete-se a competência para o julgamento dos Presidentes do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

Outra hipótese que fixa a competência para os Presidentes dos Tribunais Superiores é a tutela antecipada deferida em decisão final do Agravo de Instrumento ou por decisão monocrática do relator, com fundamento no artigo 527, II, do Código de Processo Civil, caso em que poderá ser realizado um pedido de suspensão originário, diretamente para o Presidente do Supremo Tribunal Federal ou para o Superior Tribunal de Justiça<sup>215</sup>.

E nessa participação do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal vislumbra-se uma *inconstitucionalidade* no instituto, já que a competência destes Tribunais é taxativa e prevista nos artigos 105 e 102 da Constituição Federal, respectivamente. Nesse sentido, MARCELO ABELHA aponta para a inconstitucionalidade do instituto, quando presentes o STJ e o STF:

Por falar em Constituição Federal, não poderíamos deixar de dizer que o incidente de suspensão de segurança no âmbito do STJ e do STF (seja como incidente processual ou recurso no incidente) não encontra no texto constitucional nenhuma regra que autorize a utilização deste remédio no âmbito desses Tribunais. Este argumento – ausência de competência constitucional para processar e julgar tal incidente perante os tribunais de cúpula – simplesmente não é nem sequer comentado pela doutrina e pela jurisprudência, talvez porque se fosse considerado, simplesmente tornaria impossível a utilização da suspensão de segurança no âmbito do STJ e do STF. Nem mesmo o fato de haver lei federal prevendo a competência (Lei 8.038/90, art. 25) destes órgãos para processar e julgar tal incidente, poder-se-ia remediar a regra insuperável de que a competência do STJ e do STF é ditada pela CF/88, que, repita-se, desconhece a existência do pedido de suspensão de segurança, seja ele com que natureza se pretenda dar (recurso, incidente ou ação incidental).<sup>216-217</sup>

Assim sendo, clara a inconstitucionalidade do instituto, quando o julgamento tiver que ser proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça, pela afronta ao rol taxativo de competências atribuído pela Constituição Federal de 1988.

<sup>215</sup> CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Op. cit. p. 478.

<sup>216</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Suspensão de Segurança...** p. 139.

<sup>217</sup> No mesmo sentido: BUENO, Cassio Scarpinella. **O Poder Público em Juízo...** p. 59.

#### 5.4 Legitimados

Ampliando o rol previsto para a suspensão em sede de Mandado de Segurança, a Lei nº 8.437/92 inclui o Ministério Público como legitimado, permanecendo intacta a locução quanto à pessoa jurídica de direito público interessada, unânime nas leis que trataram do tema<sup>218</sup>.

Por pessoa jurídica de direito público interessada amplia-se a legitimidade, passando a se entender, excepcionalmente, não somente a legitimidade da entidade que é ré na relação jurídico processual, restando possível o pedido de suspensão pela pessoa jurídica de direito público que demonstre interesse na contenda, excepcionalmente. Assim, o pedido de suspensão pode ser o primeiro ato da pessoa jurídica no processo, bastando que exista uma “suposta relação do ente público com o interesse público<sup>219</sup>”, ou seja, “uma pertinência com o interesse público em estado de ameaça e risco<sup>220</sup>”.

Também tem sido admitida a possibilidade de ingresso com o incidente por sociedades de economia mista ou empresas públicas, quando a medida tiver estreita correlação com aspectos públicos ligados a sua área de correlação que venham a sofrer os efeitos da liminar<sup>221</sup>. Nesse sentido o STJ já asseverou que “A Terracap, empresa pública, órgão da administração indireta do DF, legalmente incumbida de típico serviço público, tem legitimidade ativa para propor suspensão de segurança, dès que, presentes os pressupostos da medida drástica, tenham pertinência com sua área de atuação.”<sup>222</sup>

Em jurisprudência mais recente, asseverou-se que “a jurisprudência tem admitido também o ajuizamento da excepcional medida por sociedades de economia mista e concessionárias prestadoras de serviço público, quando na defesa do interesse público.”<sup>223</sup>

Até mesmo conferindo legitimidade para entidades despersonalizadas, como os Tribunais de Contas e as Câmaras Municipais, já existem precedentes, segundo nos demonstra

<sup>218</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Suspensão de Segurança ...** p. 147.

<sup>219</sup> Idem, **Apresentação e crítica...** p. 41.

<sup>220</sup> Ibidem, p. 42.

<sup>221</sup> Idem. **Suspensão de Segurança...** p. 148.

<sup>222</sup> EDcl no AgRg na SS 693 / DF

Embargos de Declaração no Agravo Regimental na Suspensão de Segurança 693 / DF. Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, julgamento pela corte especial em 17/12/1999. DJ 14/08/2000 p. 129.

<sup>223</sup> AgRg na Pet 1827 / RJ

Agravo Regimental na petição 1827 / RJ. Relator Ministro NILSON NAVES, julgamento pela corte especial em 16/06/2003. DJ 22/09/2003 p. 248.

ELLEN GRACIE NORTHFLEET<sup>224</sup>: a Suspensão de Segurança 1.197-9/PB, DJU de 22.09.1997 e a Suspensão de Segurança 954/PR, decisão proferida em 29.11.1995.

Vale destacar que o Poder Público somente poderá se utilizar do requerimento de suspensão quando figurar na qualidade de réu, em ação que lhe é movida pelo particular. Isso decorre da leitura do *caput* do artigo 4º, pelo uso da expressão “nas ações movidas contra o Poder Público” por parte do legislador.<sup>225</sup>

O Ministério Público, segundo preceitua o *caput* do artigo 4º da Lei nº 8.437/92 também é legitimado para o incidente, naqueles casos da lei. Contudo, apesar de inexistir previsão para a legitimidade ativa no incidente de suspensão de segurança propriamente dito, previsto na Lei nº 4.348/64, deve-se ampliar a possibilidade, dada a potencial lesão ao interesse público, que deve ser resguardado pelo *Parquet*, nos termos do artigo 127 da Constituição Federal

E em decorrência desse potencial interesse público no incidente, deve participar o Ministério Público, até mesmo quando não suscitá-lo, na qualidade de *custos legis*<sup>226</sup>, em obediência ao previsto no artigo 82 do Código de Processo Civil.

### 5.5 Objeto e prazo do pedido de suspensão

Em consonância com as suas origens, quando buscava tão somente conceder efeito suspensivo à decisão no Mandado de Segurança contrária aos interesses dos entes públicos, a decisão de suspensão não tem por objeto a revisão da decisão que antecipou os efeitos da tutela ou concedeu liminar contrária ao Poder Público, apenas *suspendendo a sua execução*.

Assim sendo, o objeto da suspensão é “apenas sustar a eficácia social de uma decisão judicial, ou seja, amordaçar a sua produção de efeitos no mundo fático, impedindo que desta forma o interesse público fique sob o risco de grave lesão que resultaria da execução da referida decisão”<sup>227</sup>.

---

<sup>224</sup> NORTHFLEET, Ellen Gracie. Suspensão de Sentença e de Liminar. In: **Revista de Processo**. São Paulo, v. 97, 2000 (Estudos em homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira), p. 183-184.

<sup>225</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Apresentação e crítica...** p. 44

<sup>226</sup> Idem. **Suspensão de Segurança...** p. 151-152

<sup>227</sup> Idem, **Apresentação e crítica...** p. 45.

Trata-se, assim, de um “incidente processual, com uma finalidade de contracautela, voltado a subtrair da decisão a sua eficácia”<sup>228</sup>.

Dito isto, pode-se concluir que o objeto de eventual decisão favorável no pleito de suspensão de segurança não tem o condão de substituir o ato impugnado, tal qual faria um recurso ordinário ou extraordinário provido, já que para estes a característica é a da substitutividade recursal.

Assim, não se trata de decisão apta a anular uma decisão por *error in procedendo* ou de reformá-la por um *error in iudicando*, mas sim de impedir a produção dos efeitos da decisão atacada. Em consequência disso, MARCELO ABELHA RODRIGUES pondera que:

Não se toca, pois, por via da suspensão de segurança no conteúdo do que foi decidido, senão apenas os seus efeitos. Com isso se quer dizer que o mérito deste incidente processual não é revisar ou reexaminar decisões judiciais, mas tão somente impedir a produção dos seus efeitos. Por isso, o Presidente do Tribunal não poderá, em hipótese alguma, exceder aos limites do mérito no pedido de suspensão de segurança, devendo cingir-se à análise da existência ou não do risco de grave lesão ao alegado interesse público. Qualquer desbordamento ou análise sobre o teor da decisão judicial é mais do que o ferimento à regra dispositiva da adstrição ao pedido ao julgado, mas uma forma absurda de usurpar a competência recursal para análise dos *errores in procedendo e in iudicando* da referida decisão judicial.<sup>229</sup>

Para que se possam sustar os efeitos de uma decisão judicial, o mesmo autor vislumbra dois pressupostos ou requisitos que lhe são inerentes: a existência de um pronunciamento decisório proferido contra o Poder Público e que esta mesma decisão seja passível de uma execução imediata. Assim sendo, pode ser objeto do incidente, decisões constitutivas, declaratórias ou condenatórias – pelo entendimento do termo execução de maneira lata -, em sede de cognição sumária por decisão interlocutória ou por meio de sentença, desde que *passível de produzir efeitos imediatamente*.<sup>230</sup>

Nesse ínterim, outro aspecto ainda merece destaque. Conforme se depreende da leitura do artigo que trata do pedido de suspensão, este não possui qualquer prazo determinado para o Poder Público, podendo ser requerido perante o Presidente do Tribunal sem ter como termo *a quo* a decisão desfavorável aos seus interesses.

Contudo, certamente não pode o Poder Público questionar *ad eternum* decisões que lhe foram contrárias e que estão acobertadas pelo manto da coisa julgada. Logo, entende-se que a suspensão apenas pode ser requerida enquanto não houver trânsito em julgado da decisão que se busca impugnar. Após o término do exercício da prestação jurisdicional, se o

<sup>228</sup> CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Op. cit. p. 470.

<sup>229</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Apresentação e crítica...** p. 46

<sup>230</sup> Idem. **Suspensão de Segurança...** p. 157-166.

pleito for favorável ao cidadão, este interesse estaria consubstanciado em um direito já assegurado, razão pela qual não seria mais cabível o incidente.<sup>231</sup>

O termo *ad quem* para o requerimento da suspensão da medida seria, para MARCELO ABELHA RODRIGUES, o início da efetiva execução do ato, quando a execução for imediata e sua eficácia irreversível, podendo o incidente ser suscitado também quando a execução já esteja em curso, mas nem todos os efeitos já tenham sido produzidos, ou seja, desde que a execução não tenha alcançado o fim de seu curso.

Apesar da longa tramitação dos processos no Poder Judiciário brasileiro – e considerando também a maior demora atinente aos processos em que figure a Fazenda Pública pelos seus prazos dilatados – não é de bom alvitre, caso em jogo um interesse público indisponível, o demasiado retardamento na realização do pedido, haja vista a urgência inerente ao instituto.<sup>232</sup>

## **5.6 A relação da suspensão com a supremacia do interesse público por meio das hipóteses previstas**

Até mesmo por uma análise superficial do incidente de suspensão de segurança, pode-se constatar que o mesmo possui uma intrínseca relação com a proteção de um interesse público e com o já aludido princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

Antes de analisar a constitucionalidade do incidente, MARCELO ABELHA RODRIGUES fez uma consideração que deixou explícita sua posição quanto ao que seria a “razão de ser do instituto”:

Destarte, antes ainda de nos adentrarmos no tema do incidente de suspensão de execução sobre um enfoque constitucional, pensamos ser necessário abrir um pequeno parêntese para explicar o que, a nosso ver, constitui a razão de ser do instituto em tela: o princípio constitucional da supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

No incidente de suspensão de execução de decisão judicial, pelo que se percebe, há nítido colorido de opção legislativa pela proteção imediata do interesse público em “sacrifício” de outro interesse de uma dimensão mais restrita. Tal opção legislativa constitui clara manifestação do poder de supremacia dos interesses diretamente tutelados pela administração em prol do seu titular que é a coletividade, no exato sentido de que o Estado

---

<sup>231</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Suspensão de Segurança ...** p. 166.

<sup>232</sup> *Ibidem*, p. 167

Democrático deve tanto quanto possível servir a todos, ainda que para isso faça limitações a outro interesse.<sup>233</sup>

E essa supremacia do interesse público também pode ser facilmente constatada pelo teor do *caput* do art. 4º da Lei nº 8.437/92, ao prever as hipóteses em que deve ser concedida a contracautela em favor do Poder Público, quais sejam, *em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas*.

Aqui, algumas ponderações podem ser feitas. Primeiro, rememorando aquilo que foi amplamente debatido no capítulo 2, e que parece ser ignorado no Direito Processual, de que a supremacia do interesse público *não é um princípio*, pelo absoluto descompasso com os postulados da proporcionalidade e da concordância prática, pela falta de previsão constitucional e pela total contrariedade ao amplo sistema de direitos fundamentais previsto em nossa Constituição Federal, calcado na dignidade da pessoa humana e não na supremacia do interesse público, que não pode ser tratada como regra e muito menos como um princípio.

O interesse de um particular, se estiver alçado ao espectro mais importante de nosso sistema constitucional, que são os direitos fundamentais, merece ser protegido e não descartado, tendo em vista a prevalência da proteção constitucional, calcada exatamente na proteção do indivíduo perante os desmandos, após um Estado de exceção em nosso país. Interesse público, desta maneira, se confunde com o respeito aos direitos fundamentais.

Nesse contexto, um outro ponto merece destaque, apesar de não parecer relevante para a doutrina, quanto à competência dos Presidentes dos Tribunais. Porque o julgamento diretamente pelos Presidentes dos Tribunais e não por seus pares, escolhidos por antiguidade, merecimento ou pelo quinto constitucional do Ministério Público e dos advogados para os cargos de Desembargadores?

Trata-se de uma indevida supressão do Poder conferido aos Juízes em segundo grau de jurisdição, principalmente, mas até mesmo nos Tribunais Superiores, que não encontra qualquer justificativa plausível. E tudo fica ainda mais perigoso com a pulverização do instituto a que me referi no início do capítulo, que passou a abranger praticamente todas as ações contrárias ao Poder Público *concentrando um enorme poder* somente para os Presidentes dos Tribunais.

Nesse diapasão, outro aspecto, que retrata bem a absoluta supremacia do interesse público sobre o privado no instituto, merece algumas considerações. Considerando que se trata de um incidente de contracautela ao Estado, mediante requerimento ao Presidente do

<sup>233</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. Op. cit. p. 127.

Tribunal e com um contraditório que não é o ideal<sup>234</sup>, ainda se pode destacar que o incidente de suspensão tem por objetivo *analisar tão somente a potencial lesão ao interesse público*, calcado no *caput* do §4º, em caso de *grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas*.

Aqui, cumpre o destaque para um aspecto importante: sequer é cogitada a análise do direito contra o qual o interesse público duela, sua boa ou má qualidade, ou se está protegido por algum direito fundamental previsto constitucionalmente. O perigo de uma lesão ao interesse público é analisado *unilateralmente* face o chamado interesse público.

Nesse sentido, pontua MARCELO ABELHA RODRIGUES que:

Aliás, reside exatamente aí o ponto nodal da questão: ao se pretender suspender a execução de uma decisão, não se verifica o acerto ou desacerto do convencimento do magistrado, qual seja, a legalidade ou ilegalidade da referida decisão, nem, muito menos, significa “sacrificar” o interesse individual, apesar de esta ser a expressão rotineiramente utilizada, mas, *contrario sensu*, quer-se apenas evitar que o interesse coletivo possa ser prejudicado ou lesionado enquanto não se tem a certeza definitiva da afirmação de direito daquele em favor de quem foi concedida a decisão cuja eficácia pretende ser temporariamente suspensa.<sup>235</sup>

ELLEN GRACIE NORTHFLEET, ressaltando o caráter político do instituto, também atesta tão somente a análise da potencial lesão ao interesse público, com o deferimento em bases extrajurídicas, sem se contrapor aos requisitos que ensejaram o deferimento da liminar.<sup>236</sup>

Nesse mesmo sentido, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO assevera que “Não vacilo, portanto, como aliás já ficou anunciado, em concluir que as decisões suspensivas de liminares não podem em hipótese alguma assentar no fundamento da complexidade da matéria, na discutibilidade da tese jurídica do impetrante, na falta do requisito de liquidez e certeza”.<sup>237</sup>

Contudo, apesar das renomadas posições que atestam a majoritariedade da tese da unilateralidade quanto ao incidente da suspensão, mais consentâneo com a ordem jurídica hodierna seria a ponderação entre os valores em jogo.

Essa unilateralidade não mais se coaduna com a ordem jurídica de um Estado Democrático de Direito, que pressupõe a primazia dos direitos fundamentais e a efetividade do processo civil. Do que adianta levar um direito ao Judiciário, que precisa ser tutelado de

<sup>234</sup> Na Lei nº 4.348/64 sequer existe a previsão de contraditório, ao passo que na Lei nº 8.437/92 ele é facultativo e no exíguo prazo de 72 horas, para a oitiva do Autor originário e do Ministério Público.

<sup>235</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Suspensão de Segurança ...** p. 134.

<sup>236</sup> NORTHFLEET, Ellen Gracie. Op. cit. p. 184.

<sup>237</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit. p. 198.



maneira urgente, se, além dos inúmeros percalços que atravancam os processos contra a Fazenda Pública, este poderá ser suspenso se lesar um interesse público, sem se levar em consideração o direito do Autor. O processo deve tutelar o direito daquele que tem razão e não postergá-lo, independente de quem o seja.

Falar que Estado Democrático de Direito deve pressupor a análise tão somente de um potencial interesse público diante de um direito individual é subverter a ótica do sistema, que visa sobremaneira proteger justamente os direitos assegurados constitucionalmente, com a previsão de efetividade imediata inscrita no artigo 5º, §1º, de nossa Carta Constitucional. Assim, o entendimento, de absoluta unilateralidade, não é condizente com o Estado de Direito do nosso tempo.

Comungando dessas idéias e visando uma *interpretação conforme a Constituição* para o instituto, após o advento da Constituição de 1988, CASSIO SCARPINELLA BUENO realiza algumas ponderações interessantes, ressaltando a necessidade de uma confrontação entre o pretense interesse público e o direito alegado e tutelado do autor. Pela linha de raciocínio do autor, pode-se perceber que o mesmo tangencia uma questão levantada no capítulo 2 do presente trabalho, de que não se pode raciocinar em um interesse particular totalmente dissociado do interesse público. Assim ponderou o autor:

É de se destacar que, não havendo qualquer grau de injuridicidade no direito assegurado ao particular pela concessão da liminar ou do próprio mandado de segurança a final, não podemos entender como inconvivíveis, simultaneamente, o interesse particular e o interesse público. Em última análise, se inexistente qualquer grau de antijuridicidade na decisão cuja eficácia se pretende suspender, não há como se cogitar, in concreto, da aplicação do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado por uma razão simples: inexistente, na hipótese, “interesse público” a se sobrepor ao interesse privado. Eis aí a explicitação que entendemos necessária na hipótese.<sup>238</sup>

Segundo o aludido autor, essa idéia foi inclusive recebida pela Lei nº 8.437/92, ao indicar a flagrante ilegitimidade como requisito para a suspensão das decisões judiciais, o que ensejaria a análise jurídica dessas decisões e não somente aspectos metajurídicos. Além disso ressalta um outro aspecto importantíssimo, oriundo da divisão realizada pela Lei nº 8.038/90 em matérias constitucionais e infraconstitucionais no pedido de suspensão, que acarretaria em competência do STF ou do STJ. Ora, se está prevista essa fundamentação jurídica do pedido na própria lei, não há que se falar na ausência de análise contraposta ao direito daquele que postula em Juízo contra a Fazenda Pública.<sup>239</sup>

---

<sup>238</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. **Liminar em Mandado de Segurança...** p. 222.

<sup>239</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit. p. 224-225.

E, por fim, arremata o autor, concluindo com idéias totalmente pertinentes ao presente trabalho, e atestando a necessidade de um processo efetivo, que:

Considerando que o requisito da antijuridicidade da decisão é exigido para fins de legitimar a suspensão de liminar ou da sentença concessiva da segurança, é forçoso concluir que a hipótese não pode comportar, meramente, solução em prol da prevalência do “interesse público” sobre o interesse particular, resultando a situação em verdadeira desapropriação de direitos, eis que o objeto desta expropriação – a par da difícil concretização prática desta medida: seria o presidente do tribunal competente para o conhecimento do pedido de suspensão, que declararia a expropriação de direitos e, necessariamente, seu refazimento pelo equivalente em dinheiro? – é inviável juridicamente: não se pode, deveras, expropriar-se direito constitucionalmente garantido de ver tutelado eficazmente pelo Poder Judiciário afirmação de lesão a direito.<sup>240</sup>

Em outras palavras, a suspensão da segurança não pode ter o condão de afastar a tutela jurisdicional adequada e de urgência, se as características do direito assim o forem, sob pena de total desvirtuamento dos fins colimados pelo processo civil, que é o de tutelar o direito a quem seja o seu titular, em um tempo razoável para o seu gozo e fruição.

Pensar que a supremacia do interesse público pode sobrepor-se aos direitos constitucionalmente garantidos, de modo a afastá-los no caso concreto com vistas a uma possível reparação de danos ao final, nada mais é do que a tutela de um direito vazio, já que não foi aquele ao qual o titular postulava, e o que é pior, fazia jus.

Em que pese o valor das ponderações acima referidas, que tentam balancear interesses públicos e privados, essa tese é minoritária, não encontrando reflexos expressivos na doutrina e na jurisprudência, segundo o próprio autor.

Apesar dos pesares, a Lei nº 8.437/92 trouxe uma pequena inovação ao instituto, ao prever ao menos um contraditório facultativo, conferindo a chance ao cidadão jurisdicionado de influir o Presidente do Tribunal em sua decisão, se este optar pela observância à regra do contraditório. Desta maneira, aumentariam as chances de uma análise acerca do direito que o autor busca em Juízo – e que já demonstrou plausibilidade perante o Juiz competente para o deferimento de tutela de urgência – perante a alegada lesão à ordem, saúde, à segurança ou à economia pública.

E também se pode destacar aqui mais um problema ao instituto da suspensão de segurança, no tocante ao próprio conceito de interesse público. Conforme já foi dito em momento oportuno, interesse público – e seus derivados no pedido de suspensão: ordem,

---

<sup>240</sup> Ibidem, p. 226.

economia, saúde e segurança – são conceitos jurídicos indeterminados, abertos e de difícil conceituação.

Somado a esse fato, no direito brasileiro pode-se verificar uma ampliação dos direitos coletivos, com o importante papel das ações civis públicas, por exemplo, para a tutela do meio ambiente, dos direitos consumeristas, do patrimônio público, que podem ser intentadas pelo *Parquet* e também por associações constituídas. Nesses casos, torna-se clara a conceituação desses interesses coletivos em públicos, estando em jogo mais de um interesse público, com o sopesamento de valores por meio do princípio da proporcionalidade.

E a pergunta que se faz é a seguinte: já que iremos sopesar com base na proporcionalidade nesses casos, porque esta não pode ser feita pelo legítimo juiz da causa, com o amplo contraditório que lhe é inerente, seja em que rito for? Porque a ponderação deve ser feita pelo Presidente do Tribunal, muitas vezes distante dos fatos e até mesmo sem levar em consideração os interesses do autor? Mesmo após o deferimento da urgência, o contraditório será realizado ou até mesmo já o foi, e a Fazenda Pública possui também o recurso de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo, igualmente idôneo para suspender a execução da decisão que lhe foi desfavorável.

E por muitas vezes, o juiz da causa é o que terá amplo material probatório, produzido em contraditório para proferir uma decisão logicamente razoável e com fundamentação mais precisa, exatamente por estar em posição mais vantajosa para decidir a lide, próximo a ela.

A título exemplificativo, pode-se imaginar a situação de um município no interior do Estado do Rio de Janeiro, sem potencial turístico e que seja quase desconhecido pela maioria de sua população. Lá, uma obra pública está em curso, causando prejuízos ambientais e o Ministério Público propõe uma ação civil pública, com pedido de liminar. Acolhido o pleito de urgência pelo Juiz, a Fazenda Pública requer a suspensão porque a decisão estaria configurando uma lesão ao interesse público. Será que o juiz de primeiro grau, que deveria viver naquela pequena cidade, não está em melhores condições de decidir sobre qual o interesse público que deve prevalecer, do que o Presidente do Tribunal que sequer conhece a cidade e suas peculiaridades, além de possivelmente não ouvir o Ministério Público, Autor da ação?

A chance de uma ponderação mais justa e de uma decisão efetiva, na minha opinião, se dá com a decisão de quem está mais próximo a causa.

Vale mencionar ainda, uma outra crítica feita quanto aos conceitos indeterminados constantes da suspensão de segurança por ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO, para quem, sempre devem ser tidos como relevantes os argumentos jurídicos ligados diretamente

ao texto da regra, que devem prevalecer perante argumentos metajurídicos e subjetivos, tais como o interesse público e seus derivativos.<sup>241</sup> Com efeito, deve-se evitar argumentações em bases extrajurídicas e políticas, sob pena de deturpação dos interesses tutelados.

Objetivando ao menos delimitar esses conceitos amplos, ELLEN GRACIE NORTHFLEET, ao tratar do instituto, ressalta o descabimento do conceito de ordem jurídica dentro do que seria a ordem pública, já que, se assim o fosse, o pedido de suspensão seria uma sede revisional ampla, podendo reavaliar tudo quanto fosse contrário a ordem jurídica, o que contrariaria, de certa forma, a unilateralidade a que me referi há pouco. Destaca a hoje Ministra do Supremo Tribunal Federal, ainda, a interpretação excepcional que o Supremo Tribunal Federal realiza quanto aos casos teratológicos.<sup>242</sup>

Com a visão aguçada que lhe é peculiar, o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, ao menos, delimita o que não se pode suceder, em tese, em sede de suspensão de segurança, apesar desse conceito aberto e de difícil consideração, que é o interesse público.

Verdadeiramente inconciliável com o Estado de Direito e a garantia constitucional da jurisdição seria impedir a concessão ou permitir a cassação da segurança concedida, com base em motivos de conveniência política ou administrativa, ou seja, a superposição do direito do cidadão das “razões de Estado”; não é o que sucede na suspensão de segurança.<sup>243</sup>

Além disso, na mesma ementa, o Ministro também asseverou a possibilidade de análise do direito material de fundo da matéria, sobre o teor da decisão que foi suspensa, com o que se alinha ao pensamento exposto no presente item: “Suspensão de segurança; deliberação cabível e necessária do mérito do processo principal: precedente (AgSS 846, Pertence, DF 8.11.96). Sendo medida de natureza cautelar, não há regra nem princípio segundo os quais a suspensão da segurança devesse dispensar o pressuposto do *fumus boni juris* que, no particular, se substantiva na probabilidade de que, mediante o futuro provimento do recurso, venha a prevalecer a resistência oposta pela entidade estatal à pretensão do impetrante”.

Objetivando ao menos delimitar esses conceitos amplos, ELLEN GRACIE NORTHFLEET, ao tratar do instituto, ressalta o descabimento do conceito de ordem jurídica dentro do que seria a ordem pública, já que, se assim o fosse, o pedido de suspensão seria uma sede revisional ampla, podendo reavaliar tudo quanto fosse contrário a ordem jurídica, o que contrariaria, de certa forma, a unilateralidade a que me referi há pouco. Destaca a hoje

<sup>241</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. A Supremacia do Interesse Público no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do Direito Público Contemporâneo. In SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 10.

<sup>242</sup> NORTHFLEET, Ellen Gracie. Op. cit. p. 192-193.

<sup>243</sup> Agravo Regimental em suspensão de segurança 1149/PE

Ministra do Supremo Tribunal Federal, ainda, a exceção que o Supremo Tribunal Federal defende quanto aos casos teratológicos.<sup>244</sup>

Por todo o acima exposto, pode-se concluir que o interesse público não deve ser visto como dotado de absoluta supremacia diante do interesse de um particular, especialmente se ele for protegido por uma cláusula de direito fundamental. Não se pode mais pensar, em pleno Estado Democrático de Direito, que um direito reconhecido – mesmo que a título precário, diga-se – seja totalmente desconsiderado em prol de cláusulas abertas ou - razões de Estado - que conferem enorme grau de discricionariedade ao Presidente do Tribunal.

Se existe uma interpretação conforme para a suspensão de segurança, ela nos indica o caminho do contraditório, além de uma análise do direito material de fundo da questão.

### 5.7 O pedido de suspensão da não suspensão

O §4º do artigo 4º da Lei nº 8.437/92, incluído pela Medida Provisória nº 2.180 após as suas inúmeras alterações, trata da curiosa possibilidade de suspensão da não suspensão: *Se do julgamento do agravo de que trata o § 3º resultar a manutenção ou o restabelecimento da decisão que se pretende suspender, caberá novo pedido de suspensão ao Presidente do Tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário.*

O agravo de que trata o parágrafo é aquele interposto contra a decisão que negou a concessão da suspensão, mas que também não foi provido, mantendo-se intacta a decisão originária. Assim, abriu-se uma terceira via, além do pedido de suspensão e do agravo, inevitavelmente para o Superior Tribunal de Justiça e/ou Supremo Tribunal Federal.

Interessante observar que o direcionamento desse novo incidente respeita exatamente a previsão dos recursos especial e extraordinário, ou seja, matéria constitucional é direcionada ao Presidente do Supremo Tribunal Federal ao passo que a matéria infraconstitucional deve ser levada ao Presidente do Superior Tribunal de Justiça. Nota-se, que em caso de veiculação das duas matérias, a matéria constitucional absorve a infraconstitucional, atribuindo-se competência ao Presidente do STF, com fundamento no artigo 25 da Lei nº 8.038/90<sup>245-246</sup>.

---

<sup>244</sup> NORTHFLEET, Ellen Gracie. Op. cit. p. 192-193.

<sup>245</sup> CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Op. cit. p. 477.

<sup>246</sup> CASSIO SCARPINELLA discorda, não descartando a aplicação analógica do artigo 543 do CPC para a hipótese. **O Poder Público em Juízo** ... p. 54.

Sobre essa inovação pela MP nº 2.180, alguns autores entendem que esse novo pedido de suspensão não mais possui a natureza de um incidente, mas sim de recurso dentro de um originário incidente de suspensão de segurança, com uma típica situação de reexame por um tribunal *ad quem* de uma decisão proferida por um tribunal *a quo*.<sup>247</sup>

Desta maneira, clara a inconstitucionalidade por violação as competências estatuídas para os Tribunais de cúpula na Carta Magna, além de evidente violação ao princípio da isonomia, ao criar verdadeiro recurso para apenas uma das partes, em que pese o nome de novo pedido de suspensão pela legislação.<sup>248</sup>

Continuando as críticas ao instituto, MARCELO ABELHA RODRIGUES ressalta a absoluta violação à isonomia por parte desse novo parágrafo, conferindo demasiadas chances ao Poder Público, em total detrimento aos interesses do autor. Utilizando-se como base um exemplo no qual um cidadão tenha interesses tutelados por uma tutela de urgência, em primeira instância, em mandado de segurança ou tutela antecipada, pode-se constatar a existência de várias tentativas para o Poder Público, em total detrimento do autor. Explica-se.

Deferida a medida de urgência em primeiro grau de jurisdição, a Fazenda Pública possui os seguintes meios: 1) agravo de instrumento para o Tribunal, com pedido de efeito suspensivo; 2) Caso negado esse pedido de número 1, caberá um pedido de Suspensão de segurança desse acórdão que denegou o Agravo de Instrumento; 3) Suspensão de Segurança direcionada diretamente ao Presidente do Tribunal; e 4) Negado o pedido de número 3, caberá novo pedido, de suspensão da não suspensão, ao Presidente do STJ ou do STF.

E além desses, ainda poderá interpor eventual recurso extraordinário ou especial contra a decisão colegiada que indeferiu (número 1 acima), com eventual pedido cautelar com pedido suspensivo.<sup>249</sup>

Em suma, a paridade de armas e a igualdade material passaram longe do instituto e desses novos pedidos de suspensão. São no mínimo *5 chances*, sem contar eventuais agravos internos e regimentais no âmbito dos Tribunais.

Enquanto para os particulares estão se fechando, sobremaneira, as portas para os tribunais de cúpula, com idéias como o prequestionamento para a interposição dos recursos extraordinário e especial, repercussão geral, súmulas vinculantes e até mesmo com a limitação imposta pelo novo artigo 543-C do Código de Processo Civil quanto aos recursos especiais, incluída pela recente Lei nº 11.672, de 2008, o caminho está escancarado pela via da suspensão de segurança para o Poder Público.

<sup>247</sup> Ibidem, p. 37-38

<sup>248</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Suspensão de Segurança**, p. 109.

<sup>249</sup> Idem, **Apresentação e crítica...** p. 54.

Considerando esse atalho para os Tribunais Superiores, CASSIO SCARPINELLA BUENO fez algumas ponderações:

De qualquer sorte, não há como deixar de perceber que o tempo de processamento do novo pedido de suspensão é bastante mais reduzido que o tempo de processamento de um recurso especial ou extraordinário, e, ainda por cima, dispensa maiores divagações quanto à configuração do “prequestionamento” e todas as questões que assombram o acesso ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal por meio desses recursos. Por isso é que, para mim, está claro que o objetivo desse novo pedido de suspensão foi o de criar um verdadeiro “atalho” para os Tribunais Superiores.<sup>250</sup>

Em síntese, mais uma vez em nome de uma supremacia do interesse público, violando frontalmente qualquer tentativa de isonomia, o Poder Público tem um verdadeiro atalho para os Tribunais Superiores, com natureza jurídica recursal, ignorando as competências previstas constitucionalmente para o Supremo Tribunal Federal e para o Superior Tribunal de Justiça.

### 5.8 A suspensão coletiva

O pedido de suspensão coletiva é a hipótese do artigo 4º, §8º, da Lei nº 8.437/92, *in verbis*: *As liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o Presidente do Tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original.*

Desta maneira, após a decisão de suspender a liminar em um Tribunal, pode o Presidente do Tribunal estender os efeitos daquela decisão, proferida em um processo que passou pelo seu crivo, a todas as outras supervenientes, no âmbito de competência que lhe for atribuída, por meio de um aditamento à suspensão originária.

Daí pode-se atentar para um fato, atinente à participação dos Tribunais Superiores no incidente – cuja competência não está prevista na *Lex mater*, sendo, portanto inconstitucional. O Presidente do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal podem, com uma só decisão, afetar um sem número de processos, *no País inteiro*, se os objetos forem idênticos, haja vista a competência territorial desses tribunais de âmbito nacional.

CASSIO SCARPINELLA BUENO, ao analisar o instituto, ressalta duas características importantes. Por certo ângulo, pode-se argumentar que essa previsão normativa

<sup>250</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. **O Poder Público em Juízo...** p. 42.

teve como pressuposto a economia processual, diminuindo a quantidade de decisões contraditórias e, assim, atendendo ao princípio da isonomia.

Por outro lado, nesses casos de suspensão coletiva existe também uma grande probabilidade de se tratarem dos chamados direitos individuais homogêneos, previstos no Código de Defesa do Consumidor, o que reclamaria uma atenção redobrada aos princípios do contraditório, pelo conflito entre o *interesse público* consubstanciado no pedido de suspensão coletiva da Fazenda Pública e um outro *interesse público*, calcado nos direitos homogeneamente protegidos que se traduziriam em um direito coletivo.<sup>251</sup>

Dentro dessa ótica de interesses individuais homogêneos apresentada pelo autor, poder-se-iam fazer mais algumas ponderações. Em se tratando de direitos individuais homogêneos, que podem ser individualmente definidos mas alcançam um número relevante de jurisdicionados, teríamos a presença de um interesse coletivo, que poderia perfeitamente se alinhar como um interesse público.

Excluindo-se a hipótese em que o Ministério Público atua em causas de direito individual homogêneo – já que o mesmo é legitimado para requerer a suspensão –, porque só o interesse público do Poder Público pode requerer a suspensão, se os direitos coletivos também não podem ser desprezados?

A resposta é simples. Não se trata tão somente da defesa de um interesse público, mas só daqueles que interessarem ao Estado, é o Poder Público que, tal qual Midas, transforma o que toca em interesse público. A argumentação que fundamenta o instituto com base no interesse público é falha nesse aspecto, já que interesse público não é tão somente aquilo que o Estado afirma que é.

Vislumbra-se aqui, uma flagrante violação à isonomia processual, já que somente o interesse público do Estado possui a prerrogativa – inclusive com as inúmeras tentativas do pedido de suspensão retratadas no item anterior. O interesse dos cidadãos, de maneira individualizada, também é um interesse público, mas se não for defendido pelo Estado, sofre com todas as restrições e prerrogativas possíveis e imagináveis.

Em suma, se dois interesses potencialmente públicos estão protegidos, sendo a supremacia do interesse público a razão de ser do instituto para os que o defendem, porque só o interesse público do Estado deve possuir a prerrogativa e não o dos cidadãos?

O objetivo do legislador, na verdade, não é defender o interesse público, mas sim os interesses que melhor aproveitarem os interesses do Estado. Por esse motivo, MARCELO ABELHA RODRIGUES aponta um desvirtuamento do pedido de suspensão de segurança,

---

<sup>251</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit. p. 77.



para uma conotação política como um todo, mas nesse pedido de suspensão coletiva restou ainda mais evidente a tentativa de “resolver logo” o problema das liminares contra o Poder Público, nas palavras do próprio autor.<sup>252</sup>

O dispositivo também não conta com uma redação precisa, sendo criticado pela doutrina no que diz respeito aos aspectos formais, razão pela qual CASSIO SCARPINELLA BUENO entende que o mesmo deve ser interpretado e aplicado mais do ponto de vista substancial.

E não apenas essas ressalvas são feitas pela doutrina. O dispositivo foi uma clara antecipação do legislador quanto à questão das súmulas vinculantes, de modo a permitir uma abrangência *erga omnes* dessa decisão do Presidente do Tribunal, por aditamento.

Evidente ainda a afronta ao devido processo legal substancial, por que:

Se cada liminar diz respeito a um determinado processo, é óbvio que o pedido de suspensão formulado pela pessoa jurídica de direito público interessada deve ser feito para cada um dos processos existentes. Não existe um pedido de suspensão que, coletivamente, suspenda toda e qualquer liminar que cuide da mesma situação jurídica. Por se tratar de um incidente do processo e no processo, a decisão proferida no pedido de suspensão só atinge as pessoas que do processo que fazem parte. Qualquer extensão da decisão para fora dos limites da relação jurídica processual em que foi requerido o pedido de suspensão é medida arbitrária e írrita as regras mais comezinhas do direito processual e de eficácia das decisões judiciais.<sup>253</sup>

E é evidente também a afronta ao princípio do contraditório, já que, sem ter qualquer chance de influir na decisão do Presidente do Tribunal, o jurisdicionado vê uma decisão que lhe é favorável ser suspensa. Também restam dúvidas quanto ao processamento do recurso de agravo.<sup>254</sup>

Passados esses vícios, podemos ressaltar ainda o duro golpe contra a efetividade das decisões judiciais proferidas nas instâncias inferiores, conforme citado na locução acima transcrita, já que essas decisões estão sujeitas a revisões nem sempre calcadas em argumentos jurídicos, por simples aditamento. Se deferido o pedido de suspensão, o Juízo subordinado não mais poderá conferir a necessária efetividade às suas decisões por meio da tutela de urgência, mesmo que entenda presentes o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, por razões de interesse público que muitas vezes não se afiguram claras.

## 5.9 Vigência da decisão que defere a suspensão das tutelas de urgência

<sup>252</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Apresentação e crítica...* p. 56.

<sup>253</sup> *Idem*, *Suspensão de Segurança...*, p. 114.

<sup>254</sup> *Ibidem*, p. 115

Questão que sempre foi alvo de intensas controvérsias, a duração da suspensão de segurança é um problema que vem sendo debatido desde os tempos em que esse instituto era aplicável tão somente no mandado de segurança, especialmente antes do advento da Lei nº 8.437/92 e da Medida Provisória 2.180, definitiva pelo advento da Emenda Constitucional nº 32.

Naquele momento, já se afiguravam algumas divergências doutrinárias. De um lado, alguns autores posicionavam-se pela plena eficácia da suspensão de liminar deferida no curso do mandado de segurança, mesmo após a concessão do *writ*, ao final do processamento do remédio heróico.<sup>255</sup> Essa posição tinha como fundamento o artigo 12, parágrafo único da Lei nº 1.533/51, que, ao prever o reexame necessário independente do recurso, também estaria prevendo o efeito suspensivo em caso de deferimento da suspensão. Outro fundamento era o previsto no artigo 25, §3º, da Lei nº 8.038/90, que assim preceitua: “*A suspensão de segurança vigorará enquanto pender o recurso, ficando sem efeito, se a decisão concessiva for mantida pelo Superior Tribunal de Justiça ou transitar em julgado*”.

Como a Lei em comento se referia tão somente aos processos nos Tribunais Superiores, e falava em suspensão de segurança – excluindo-se a liminar – alguns optaram por não incluir as suspensões de liminares nesse entendimento, aplicando o referido parágrafo tão somente às hipóteses de suspensão do acórdão concessivo da ordem, nos Tribunais Regionais e de Justiça.<sup>256</sup>

Já naquele momento, muito antes das modificações trazidas pela Medida Provisória nº 2.180, e considerando que a função primordial do instituto era tão somente atribuir efeito suspensivo às decisões contrárias ao Poder Público (paralisação da eficácia), já se vislumbrava que as suspensões de liminares deferidas somente poderiam vigorar até o julgamento final do mandado de segurança. Nesse sentido, e ponderando quanto à efetividade do processo mandamental, Cassio Scarpinella Bueno assim se manifestou: “Pensamento diverso (mesmo antes das recentes reformas do Código de Processo Civil) seria tornar todo o segmento processual após a concessão de liminar (...) inócuo para o impetrante (isto é, totalmente desprovido de eficácia) o que não podemos admitir”.<sup>257</sup>

---

<sup>255</sup> Essa visão nos é mostrada por CASSIO SCARPINELLA, mas o mesmo não a acolhe. BUENO, Cassio Scarpinella. **Liminar em Mandado de Segurança ...** p. 245.

<sup>256</sup> Ibidem, p. 244-245.

<sup>257</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit. p. 242. As suspensões de segurança propriamente ditas (de sentença) deveriam perdurar até o julgamento final do recurso dela interposto.

Desta maneira, caso deferida uma suspensão de liminar, por ocasião de uma sentença concessiva da segurança a decisão do Presidente do Tribunal não mais persistiria, até mesmo em homenagem à natureza constitucional do mandado de segurança. A saída para o Poder Público seria, então, a obtenção de um efeito suspensivo para a apelação ou um novo pedido de suspensão, agora de sentença.

Todavia, a situação se agravou sobremaneira com as inovações trazidas pela Medida Provisória nº 2.180 e a já aludida “pulverização” do incidente para outras ações em que o Poder Público figure como réu, especialmente pela inserção do §9º ao artigo 4º da Lei nº 8.437/92, que assim preceitua: *A suspensão deferida pelo Presidente do Tribunal vigorará até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal.*

Pela redação deste parágrafo, somado ao previsto no artigo 25, §3º da Lei nº 8.038/90, poder-se-ia entender que a suspensão de segurança, em qualquer das suas hipóteses vigoraria até o trânsito em julgado da decisão no processo.

E apesar de a referida Lei nº 8.437/92 não tratar do Mandado de Segurança nesse aspecto<sup>258</sup>, esse entendimento também parece ser o adotado pelo Supremo Tribunal Federal para os casos de liminares no remédio heróico<sup>259</sup>, tendo em vista o verbete de nº 626, editada no ano de 2003:

A suspensão da liminar em mandado de segurança, salvo determinação em contrário da decisão que a deferir, vigorará até o trânsito em julgado da decisão definitiva de concessão da segurança ou, havendo recurso, até a sua manutenção pelo Supremo Tribunal Federal, desde que o objeto da liminar deferida coincida, total ou parcialmente, com o da impetração.<sup>260</sup>

Antes mesmo da edição dessa súmula, EDUARDO ARRUDA ALVIM já se posicionava pela manutenção dos efeitos da suspensão deferida, dado os motivos políticos invocados, mesmo após a prolação de sentença:

No caso do pedido de suspensão, o que se verifica é que, se os motivos políticos que podem conduzir a suspensão da liminar foram reputados

<sup>258</sup> A extensão levada a cabo pelo artigo 4º, §2º, da Lei nº 8.437/92 dizia respeito tão somente aos parágrafos 4º a 8º, razão pela qual, se fosse interpretado restritivamente, não incluiria a regra da ultra-atividade.

<sup>259</sup> Cassio Scarpinella Bueno entende diferente, já que se trata de norma restritiva, deveria ser interpretada da mesma maneira, ou seja, na ausência de previsão expressa, o parágrafo 9º não se aplicaria ao Mandado de Segurança. **O Poder Público em Juízo...** p. 84.

<sup>260</sup> A edição dessa súmula, inclusive, foi alvo de críticas pelo Professor LEONARDO GRECO, primeiro no que diz respeito ao teor dos precedentes citados: três são relativos à suspensão de execução de sentença em mandado de segurança, não existindo, portanto, pertinência com as liminares, somado ao fato de que são precedentes antigos, anteriores ao ano de 1998, sendo que o leading case é de 1993. GRECO, Leonardo. *Novas súmulas do STF e alguns reflexos sobre o mandado de segurança*. In: **Estudos de Direito Processual**. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 417.

presentes, não é o fato de ser proferida sentença que deve alterar a eficácia da decisão suspensa pelo tribunal. Ademais, disso, tenha-se presente que a decisão concessiva da segurança, ainda que não possa ser executada definitivamente, está sujeita (a sua eficácia) ao reexame pelo Tribunal (art. 12, par. ún., da Lei 1.533/51).<sup>261</sup>

MARCELO ABELHA RODRIGUES entende que essa não pode ser a posição que deve ser adotada, com alguns fundamentos lógicos.

Assim como já ressaltado acima, a primeira observação que se impõe é que no caso específico tratado aqui, as decisões que concedem um provimento de urgência, seja por meio de uma liminar em mandado de segurança ou pelo deferimento de tutela antecipada, são decisões interlocutórias, no âmbito do próprio processo.

Ao serem suspensas pelo Presidente do Tribunal, o objeto dessa suspensão é tão somente uma decisão interlocutória, que deferiu um provimento de urgência em desfavor do interesse público.

Ocorre que, com a prolação da sentença ou do acórdão, a referida decisão interlocutória não mais existe, sendo substituída pela decisão de mérito, que analisou, por meio de uma cognição exauriente, o direito postulado pelo autor, concluindo pela sua procedência total ou parcial.

E sendo aquela decisão substituída, não mais existe um objeto para o incidente da suspensão da tutela de urgência, razão pela qual a decisão do Presidente do Tribunal perdeu seu objeto.<sup>262-263</sup>

Nesse diapasão, vale destacar algumas lições processuais de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO sobre a suspensão de liminares em mandado de segurança, mas que podem, sem qualquer ressalva, ser aplicadas às demais tutelas de urgência passíveis de suspensão:

A teor do exposto nos itens que antecedem, jamais poderá a suspensão de uma liminar concedida em processo de mandado de segurança propagar-se à sentença concessiva do writ, sem que haja pedido expresso da pessoa jurídica de direito público a que pertence o impetrado. (...) A sentença concessiva da segurança, sendo precedida de muito mais cuidados que a mera liminar, é ato jurisdicional que invariavelmente substitui a decisão interlocutória concessiva desta. Essa substituição chega a ser uma verdade elemental em direito processual.<sup>264</sup>

<sup>261</sup> ALVIM, Eduardo Arruda. Suspensão da eficácia da decisão liminar ou da sentença em mandado de segurança - aspectos controvertidos do art. 4º da Lei 4.384/64. In: BUENO, Cassio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (orgs.). **Aspectos Polêmicos e Atuais do Mandado de Segurança** – 51 anos depois. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 276.

<sup>262</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Suspensão de Segurança...** p. 203-204.

<sup>263</sup> Nesse mesmo sentido, BUENO, Cassio Scarpinella. **O Poder Público em Juízo...** p. 80-82.

<sup>264</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit. p. 205-206.

E esse mesmo efeito substitutivo também ocorre, segundo TEORI ALBINO ZAVASCKI, nos casos de interposição de agravo da decisão que concedeu antecipação de tutela simultaneamente ao pedido de suspensão ao Presidente do Tribunal. Nesse caso, dado o efeito substitutivo dos recursos (artigo 512 do Código de Processo Civil), quando do julgamento do agravo pelo colegiado do Tribunal, a decisão interlocutória eventualmente suspensa deixa de existir, razão pela qual a suspensão deve perder sua eficácia. Se a Fazenda Pública assim desejar, caberia a renovação do pedido de suspensão, contra o acórdão proferido, mas os efeitos não se estendem ao acórdão do agravo de instrumento, até mesmo porque o Presidente do Tribunal não tem competência para suspender atos dos membros do próprio Tribunal.<sup>265</sup>

Sendo assim, o entendimento que defende que a suspensão das tutelas de urgência pode ser levado desta maneira, até o trânsito em julgado da ação, não encontra meios de subsistência dentro da própria lógica processual, pela evidente perda superveniente de interesse de agir no incidente de suspensão. Não se pode pretender que a suspensão de liminar se perpetue por mais tempo do que a própria liminar.

E um outro aspecto processual também merece guarida, também referente ao próprio objeto do incidente. Imaginemos um caso em que o Juiz de primeiro grau defira o pedido de antecipação de tutela do Autor, *parcialmente*, e que, após o requerimento da Fazenda Pública, é suspensa pelo Presidente do Tribunal. Todavia, na prolação da sentença, o pleito autoral é acatado em sua integralidade, sendo que o Presidente do Tribunal somente havia analisado a decisão que havia deferido a antecipação parcial dos efeitos da tutela.

Seria um contra senso enorme afirmar que essa decisão que não enfrentou todas as questões atinentes à sentença pudesse obstar os efeitos da mesma, em se tratando de decisões e realidades distintas.<sup>266</sup>

Ao retratar o supratranscrito parágrafo 9º, MARCELO ABELHA assim se posicionou:

Como se disse, tal interpretação é absurda e contraria as regras mais comezinhas de direito processual. Uma interpretação diversa dessa, no sentido de que teria vigência eterna (até o trânsito em julgado da decisão de mérito da causa) seria transformar a suspensão de segurança em um remédio acima do bem e do mal, demonstrando que o Poder do Presidente do Tribunal de suspender a eficácia de uma decisão permanece de pé, intacto, mesmo que a antiga decisão já tivesse sido substituída por outras, até mesmo colegiadas, do tribunal *a quo*.<sup>267</sup>

---

<sup>265</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. Op. cit. p. 214.

<sup>266</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Suspensão de Segurança**, p. 203.

<sup>267</sup> Ibidem, p. 207.

E essa constatação de vigência eterna do autor, em nosso sentir, acabaria por limitar sobremaneira a efetividade do processo, já que o mesmo deveria esperar todo um imenso lapso temporal para sua concretização, apesar de deferida a medida de urgência, face os pressupostos autorizadores das medidas.

Exemplo dessa vigência eterna aludida acima poderia ser constatada em uma ação que tramitasse em primeiro grau de jurisdição. Após o deferimento da liminar ou da tutela antecipada, o Tribunal Estadual/Regional não suspendeu a medida. Após o requerimento do novo pedido de suspensão, diretamente no Supremo Tribunal Federal, o mesmo defere a suspensão da tutela de urgência concedida. A questão agora é: Por quantos anos perdurará o processo, sem qualquer traço de efetividade, até que o mesmo chegue ao Supremo e o mesmo decida a questão definitivamente? Quantos Juízes, Desembargadores e talvez até mesmo por Ministros do Superior Tribunal de Justiça se debruçarão sobre aquele processo, fadado a mais ampla inefetividade por aquela decisão do Supremo? Um enorme dispêndio com Juízes que não podem tomar qualquer atitude prática, por mais relevante que seja o direito do autor.

Dessa maneira, MARCELO ABELHA RODRIGUES entende que não se poderia atribuir esse sentido ao §9º do artigo 4º da Lei em debate, preferindo um outro entendimento.

Para o autor, o objetivo desse parágrafo foi o de evitar que decisões proferidas por Tribunais Superiores fossem cassadas por Juízes e Desembargadores, em respeito à hierarquia das decisões jurisdicionais. Sendo assim, com a prolação da sentença, deveria ser o Presidente do Tribunal Superior provocado e informado da sentença, sobre a perda do objeto do incidente de suspensão. Dessa maneira, o Presidente do Tribunal deveria revogar a eficácia do incidente de suspensão, tendo em vista essa alteração da base jurídica da suspensão, com a perda superveniente do interesse de agir. Assim, estaria sendo respeitada a ultra-atividade do pedido de suspensão, sem enormes sacrifícios quanto à efetividade do processo.

Contudo, não parece ser essa a visão dos Tribunais Superiores. O Supremo Tribunal Federal, em sede de agravo regimental em suspensão de tutela antecipada, reafirmou o teor do parágrafo 9º do artigo 4º da Lei nº 8.437/92 para esses casos.<sup>268</sup>

Aqui, vislumbra-se mais um viés da força que a Fazenda Pública possui em juízo. Através de um instrumento, que apenas existe para o Poder Público, com um contraditório facultativo e podendo sequer analisar o direito contra o qual se postula a medida, com base na absoluta supremacia do interesse público, opera-se a absoluta mitigação da efetividade do

---

<sup>268</sup> STA/Agr 23 / PR, Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada, Relatora Ministra ELLEN GRACIE, julgamento em 27/09/2006, Tribunal Pleno. Publicação: DJ 20/10/2006, p. 049.

processo civil, pressuposto máximo quando em jogo valores que necessitam de urgência para a adequada tutela.

Nesse contexto, CASSIO SCARPINELLA BUENO retrata o real – e diga-se, triste - objetivo dessa norma: “aniquilar, vez por todas, o que a tutela de urgência tem de mais importante: produzir efeitos úteis, necessários e imediatos àquele que se apresenta munido de maior probabilidade de êxito no desfecho da ação”<sup>269</sup> e, ainda, após o deferimento do pedido de suspensão, “a ‘ineficácia total e completa’ de tudo quanto for decidido em primeira e em segunda instâncias até ulterior e final deliberação em sede de recurso extraordinário ou especial pelo mesmo Tribunal”.<sup>270</sup>

Ao realizar comentários a sumula 626, transcrita acima, LEONARDO GRECO demonstra a insatisfação com a chamada ultra-atividade da decisão que suspende a execução das liminares em mandado de segurança, mas com entendimento que pode perfeitamente ser ampliado às demais tutelas de urgência:

Essa súmula regula um dos mais autoritários instrumentos de centralização do poder jurisdicional na presidência dos tribunais superiores, com flagrante violação ao princípio do juiz natural, componente da garantia constitucional do devido processo legal, de acordo com o inciso LIV do art. 5º da Carta Magna. Sem maiores delongas, considero equivocada a matéria sumulada, que viola a garantia da tutela jurisdicional efetiva inscrita no inciso XXXV do art. 5º, porque sob o prisma unilateral e retrógrado do absoluto primado do interesse público sobre o interesse individual e sem qualquer ponderação dos interesses em jogo, a suspensão denega o acesso à Justiça em favor daquele que litiga com o Poder Público, mesmo depois de o seu direito ter sido reconhecido por decisão definitiva resultante de cognição exauriente. Ademais, essa prevalência sistemática do interesse público aniquila a tutela da urgência do interesse particular.<sup>271</sup>

Observa-se aqui, ao interpretar as lições do autor, mais uma vez a supremacia do interesse público restringindo direitos fundamentais, ao invés de protegê-los, mitigando completamente a garantia constitucional da efetividade, por meio da malsinada ultra-atividade do pedido de suspensão, numa odiosa limitação à tutela de urgência.

Apesar dessas inúmeras críticas, que envolvem tanto a natureza do instituto da suspensão, quanto aos problemas processuais que essa ultra-atividade da decisão acarreta o entendimento dos Tribunais Superiores vem acolhendo a tese exposta na Súmula 626 do Supremo Tribunal Federal, sem maiores objeções.

A esse respeito, veja-se o seguinte aresto, julgado de maneira unânime pelo Supremo:

<sup>269</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. **O Poder Público em Juízo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 79.

<sup>270</sup> Ibidem, p. 83.

<sup>271</sup> GRECO, Leonardo. Op. cit. p. 417-418.

AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. EXONERAÇÃO DE SERVIDORES. LESÃO À ORDEM E À ECONOMIA PÚBLICAS. 1. Inexistindo o trânsito em julgado do processo principal, a suspensão de segurança vige enquanto pender recurso, nos termos do art. 297, § 3º, do RISTF e da Súmula STF nº 626. 2. O agravante não logrou infirmar ou mesmo elidir o fundamento precípua para o deferimento do pedido de suspensão da execução de liminar em mandado de segurança com fundamento nos arts. 4º da Lei 4.348/64 e 297 do RISTF. 3. Ausência de legitimidade do agravante para defender a ocorrência de lesão à ordem pública inversa, tendo em vista o disposto nos arts. 4º da Lei 4.348/64 e 297 do RISTF. 4. Agravo regimental improvido.<sup>272</sup>

Nesse mesmo sentido é o precedente do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO INTERNO. SUSPENSÃO DE LIMINAR. DECISÃO PROFERIDA PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE CONTRARIA O DECIDIDO PELA PRESIDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NA SLS N. 222-DF. INADMISSIBILIDADE.– Não subsiste a decisão proferida em agravo de instrumento pelo TJDF que contraria o decidido pela Presidência do STJ em pedido de suspensão de liminar de sentença. – Os efeitos da suspensão da liminar vigoram até o trânsito em julgado do mérito da ação principal (art. 4º, § 9º, da Lei n. 8.437, de 30.6.1992, com a redação dada pela Medida Provisória n. 2.180-35, de 24.8.2001). Agravo improvido.<sup>273</sup>

Assim sendo, evidente a subordinação das tutelas de urgência ao interesse público, sem que seja analisado o direito material da parte, numa clara supremacia dos interesses públicos sobre os privados, que deveria ser repelida nos dias de hoje, em respeito aos direitos fundamentais. A decisão da Presidência, em tese, possui a “vigência eterna” quando suspende a tutela de urgência, por mais que o direito esteja claro e a situação demande rapidez.

---

<sup>272</sup> SS-AgR 2906 / PA - Agravo Regimental na suspensão de segurança, Relatora Ministra ELLEN GRACIE. Julgamento em 16/11/2006 pelo Tribunal Pleno. DJ 01-12-2006, p. 00065.

<sup>273</sup> AgRg na Pet 4487 / DF. AGRAVO REGIMENTAL NA PETIÇÃO, Relator Ministro BARROS MONTEIRO. Julgamento pela corte especial em 06/09/2006. DJ 07/05/2007 p. 238.



### 5.10 Estudo de caso: o “efeito multiplicador”

Reiteradas vezes, nos últimos meses, o Supremo Tribunal Federal tem se manifestado em sede de suspensão, deferindo a medida com base no efeito potencialmente multiplicador da contenda.

O mais novo impasse, conforme se verifica ao consultar a jurisprudência recente do Supremo, diz respeito ao teto estabelecido pelo artigo 37, XI, da Constituição Federal, alvo de decisões em controle difuso de constitucionalidade pelo pretório excelso, que referendou a necessidade de observância do teto remuneratório inscrito.

A questão de fundo, a título ilustrativo, diz respeito à argüição, pelos servidores públicos, de violação ao direito adquirido, pela situação pretérita que possibilitava os altos salários, e que, portanto, não poderia ser alvo de dispositivo que foi incluído pela Emenda Constitucional nº 41.

Deixando de lado a questão material – tendo em vista a convicção pessoal de que os vencimentos dos servidores públicos devem, sim, ter um limite, seja pelo estado econômico lamurioso de nosso entes federativos, seja pelas condições precárias em que vive a maioria da população – vale a análise de algumas questões processuais.

A Justiça de 1ª instância, assim como os Tribunais de Justiça, vem decidindo, reiteradas vezes, pela procedência dos pedidos dos servidores, fazendo prevalecer o direito adquirido, na espécie. Essas decisões vêm sofrendo inúmeros pedidos de suspensão no Supremo Tribunal Federal, com o deferimento dessas pretensões pela Presidência. Apenas a título ilustrativo, podem-se ressaltar as decisões no SS-AgR 2801 / AM, SS-AgR 2507 / AM, SS-AgR 2996 / SP, SL-AgR 102, SS-AgR 2446 / SP, SS-AgR 2563 / MT, SS-AgR 2584 / AM, SS-AgR 2660 / SP, sem contar inúmeras outras.

A título exemplificativo das razões de decidir, veja-se a seguinte ementa, que possui teor semelhante a todas as outras:

AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. OCORRÊNCIA DE GRAVE LESÃO À ORDEM PÚBLICA, CONSIDERADA EM TERMOS DE ORDEM JURÍDICO-CONSTITUCIONAL. TETO. SUBTETO. ART. 37, XI, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, REDAÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL 41/03. DECRETO MUNICIPAL 7.026/2005. 1. Os agravantes não lograram infirmar ou mesmo elidir os fundamentos adotados para o deferimento do pedido de suspensão. 2. No presente caso, a imediata execução do acórdão impugnado impede, em princípio, a aplicação da regra inserta no art. 37, XI, da Constituição da República, que integra o conjunto normativo estabelecido pela Emenda Constitucional 41/2003. 3. Na

suspensão de segurança não se aprecia o mérito do processo principal, mas tão-somente a ocorrência dos aspectos relacionados à potencialidade lesiva do ato decisório em face dos interesses públicos relevantes consagrados em lei, quais sejam, a ordem, a saúde, a segurança e a economia públicas. 4. Possibilidade de ocorrência do denominado "efeito multiplicador". 5. Precedentes do Plenário. 6. Agravo regimental improvido.<sup>274</sup>

Mas, e aqui é a pergunta que se quer fazer, o conceito de ordem pública engloba o conceito de ordem jurídico-constitucional, de modo que o Supremo possa decidir com base na Constituição Federal, somente em favor do interesse público? Não deveria, ao menos em tese, já que, sob essa ótica, a Presidência dos Tribunais poderia rever qualquer decisão contrária aos interesses da Fazenda, fundados em potencial afronta a Constituição.

E aqui, vale relembrar claramente um problema já falado anteriormente dos conceitos juridicamente indeterminados: são a discricionariedade disfarçada.

Qual ordem jurídica estaria sendo violada, se durante anos os servidores receberam valores absurdos, sem que ninguém levantasse uma só voz em contrariedade? Por meio da ordem jurídico-constitucional, está se avaliando o direito tão somente do Poder Público, mas ignorando a análise do direito material do cidadão em Juízo, violando frontalmente a isonomia.

E aqui, pode-se visualizar outro aspecto, processualmente relevante. Nos votos vencedores, sempre tivemos a seguinte assertiva, como uma das razões para negar o pleito dos agravantes, citando um precedente do Supremo Tribunal Federal:

Finalmente, é preciso que se esclareça que este Plenário, ao julgar o Mandado de Segurança 24.875/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 06.10.2006, deferiu a ordem apenas quanto ao acréscimo de vinte por cento sobre os proventos da aposentadoria (...) até que o seu montante fosse absorvido pelo subsídio fixado em lei para o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal, hipótese diversa daquela aqui veiculada.<sup>275</sup>

É de se esclarecer, ainda, que no MS 24.875, rel. Sepúlveda Pertence, DJ 06.10.06, o Tribunal apenas determinou a concessão da segurança para que os impetrantes percebessem o acréscimo previsto no art. 184, III, da Lei 1.711/52, de 20 % sobre os proventos da aposentadoria, até sua ulterior absorção pelo subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal determinado em lei.<sup>276</sup>

A questão que se afigura para o momento é a seguinte: Por meio do incidente de suspensão de segurança, com o requisito aberto da ordem pública somado ao “efeito

<sup>274</sup> SS-AgR 2773 / RJ, Relatora Ministra ELLEN GRACIE. Julgamento em 07/04/2008, pelo Tribunal Pleno. Publicação: 02-05-2008

<sup>275</sup> Voto da Relatora Ministra ELLEN GRACIE, na SS-AgR 2773 / RJ

<sup>276</sup> Voto do Relator Ministro GILMAR MENDES, na SS-AgR 2522 / MT

multiplicador”, não estariam os cultíssimos Ministros fazer prevalecer um julgado em mandado de segurança e que, portanto, não possui efeito vinculante? Essa hipótese se afigura clara na espécie, com o Supremo ditando o seu entendimento acerca da matéria em apreço, que já foi configurado no MS 24.875, acima citado.

Inexistindo a possibilidade de reclamação, a via da suspensão de segurança foi a alternativa encontrada para um efeito vinculante, onde o mesmo não deveria existir.

### 5.11 Uma breve síntese dos problemas enfrentados

Após todo o que foi exposto, vale destacar, de forma sucinta, alguns dos problemas que foram analisados: a inconstitucionalidade da competência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, pela ausência de sua previsão no texto constitucional; um contraditório facultativo; a ausência de análise da juridicidade da decisão atacada, aferindo-se somente o interesse público e não o interesse da outra parte na relação jurídico processual; a quebra da isonomia com os novos pedidos de suspensão pelos parágrafos do artigo 4º da Lei nº 8.437/92; a suspensão coletiva que afronta o devido processo legal substancial; e, por último, a ultra-atividade do pedido de suspensão que aniquila a efetividade do processo de urgência.

Por esses motivos assim expostos, aquele que mais desenvolveu o tema até hoje, MARCELO ABELHA RODRIGUES, em artigo publicado com o título auto-explicativo de “Apresentação e crítica de alguns aspectos que tornam a suspensão de segurança um remédio judicial execrável”, lembrando seu apreço pelo instituto em outros tempos, afirma que a suspensão de segurança torna hoje o Poder Público imbatível em juízo e por esses problemas, o autor passou a ter verdadeiro *asco* ao instituto processual, qualificando-o como um caminho de *opressão e ditadura*.<sup>277</sup>

Também vem se posicionando contra o instrumento, por diversas vezes, o Ministro MARCO AURÉLIO MELLO, como no seguinte voto, vencido pelos demais Ministros:

Faço-o considerando que esse mecanismo, sob a minha óptica, não é constitucional – no que inobservado o tratamento das partes envolvidas no processo, que se encontra na origem – e também enseja o crivo do Supremo sem que haja o contraditório, ou seja, sem que aquele beneficiado na origem com uma tutela antecipada, com uma liminar ou uma segurança tenha, antes da suspensão, conhecimento desse mecanismos que acaba por implicar –

<sup>277</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Apresentação e crítica** ... p. 39-40.

pelo menos é o meu convencimento, é a minha ciência e consciência – queima de etapas, quando, sabidamente, até o acesso hoje ao Supremo, na via da recorribilidade do extraordinário, está afunilado, levando em conta a repercussão geral.<sup>278</sup>

Concluindo, após esse triste panorama do instituto, tem-se a caótica situação da tutela de urgência contra a Fazenda Pública, que também enfrenta algumas outras limitações quanto à sua concessão e efetivação, que foram expostas no capítulo anterior.

---

<sup>278</sup> Voto vencido proferido na SS – AgR 2522/MT.

## 6 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como principal objetivo tratar de maneira crítica alguns aspectos relevantes para a tutela de urgência contra o Poder Público, com base nos ideais da efetividade e tendo em vista o aludido princípio da supremacia do interesse público, face às limitações que existem no ordenamento jurídico pátrio.

No caminho percorrido nesta monografia, foi necessária a abordagem de diversos aspectos, relativos à tutela de urgência e ao direito processual público, dadas as inúmeras prerrogativas da Fazenda em juízo.

Primeiramente, a título introdutório, estabeleceu-se a importância da efetividade, como um dos pilares para a instrumentalidade do processo, na sistemática processual das tutelas de urgência. Abordou-se alguns aspectos que evidenciaram a relevância do tempo para um processo efetivo, além da importância de uma tutela de urgência efetiva nas ações contra o Estado, conhecidamente lentas. Também ressaltamos, ainda, os fundamentos para a efetividade no processo civil, decorrentes da Constituição e da necessidade de uma tutela efetiva dos direitos fundamentais.

No segundo momento do trabalho tivemos a chance de abordar o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, naquele que é tido como um dos axiomas do direito público, fundamentando, dessa maneira, todas as prerrogativas processuais e materiais do interesse público.

Naquele momento, baseando-se em vasta pesquisa doutrinária, pudemos realizar algumas sucintas conclusões quanto à existência – ou não – desse princípio no ordenamento jurídico brasileiro.

O primeiro ponto relevante enfrentado foi quanto à própria conceituação de interesse público, conceito jurídico aberto e indeterminado, o que impossibilita a aferição de um critério que seja aceito univocamente e sem distorções, tornando-se muito mais fácil conceituar o que não é o interesse público, que não se confunde com os interesses estatais, tampouco do soberano.

E dessa difícil distinção, seguindo a doutrina italiana, vale o destaque para a diferenciação entre interesses públicos primários, que afetariam a sociedade como um todo, e os interesses públicos secundários, que seriam os interesses dos próprios entes da Administração Pública. Sobre esses interesses secundários não se poderia caracterizar

qualquer supremacia face os interesses privados, salvo quando condizentes com os interesses primários.

Ocorre que, por muitas vezes, essa distinção entre interesse público primário e secundário foi ignorada pelo direito processual, sendo conferidas ao Estado inúmeras prerrogativas processuais, em nome do interesse público.

Posteriormente, traçamos um breve panorama quanto ao princípio visto em sua maneira clássica pelos autores do Direito Administrativo e sua imposição axiomática, como necessidade de fundamentação aos fins estatais.

Na parte final do capítulo, e aqui reside o ponto central a que se propôs o trabalho, temos uma exposição relativa a alguns problemas dessa conceituação do princípio da supremacia do interesse público. Pelas próprias características de nossa Constituição, seu foco na dignidade da pessoa humana, o aludido princípio já poderia ter sido relegado a um segundo plano. Em um Estado Democrático de Direito, não se pode mais ter uma concepção de supremacia do interesse público dissociada dos direitos fundamentais, já que esses é que legitimam a atuação estatal, sendo indissociáveis de um interesse público. Não há que se falar em supremacia do interesse público quando esse se contrapõe a um direito fundamental, já que estes são um legítimo interesse público.

Aqui, vige a *supremacia dos direitos fundamentais*, conforme lição de MARÇAL JUSTEN FILHO, e da Constituição Federal. A supremacia do interesse público, tratando-se de um conceito jurídico ou indeterminado não mais se coaduna com a ordem jurídica protetiva dos direitos fundamentais, não se podendo considerar como uma cláusula aberta e geral de restrição às garantias emanadas pela Lei Maior.

Ademais, o aludido princípio contraria o princípio da proporcionalidade, por já estabelecer o direcionamento na ponderação de interesses no sentido do interesse público. E o próprio princípio da proporcionalidade é o meio apto a ponderar os interesses em jogo, de acordo com os valores constitucionais e o ordenamento vigente, de modo a perquirir no conflito entre interesses qual deve prevalecer, independentemente se público ou privado.

No terceiro momento do trabalho, aludimos questões atinentes à tutela antecipada em face da Fazenda Pública. Lá, destacou-se a inexistência de óbices sistemáticos para a aplicação do instituto contra o Poder Público, seja pela remessa necessária— hoje bastante mitigada — seja pela necessidade dos precatórios.

Também foi necessária uma abordagem quanto às limitações impostas à antecipação de tutela por meio da Lei nº 9.494/97, momento no qual foram ressaltados aspectos quanto à constitucionalidade dessas normas. Essas limitações, estabelecidas especialmente para

matérias relativas a servidores públicos e visando a manutenção orçamentária dos entes, não encontram guarida em nosso sistema pela expressa preceituação de ameaça a direito na locução do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Ademais, apesar de um pretense interesse público orçamentário, em se tratando de valores alimentares, por muitas vezes estão presentes outros valores de elevado status humanitário e com previsão constitucional, como à proteção a vida, à saúde e a educação. Pensar que o interesse público pode indicar que quem deve não precisa pagar adequada e tempestivamente, com base em uma tutela de urgência chega a ser imoral. Assim sendo, tendo em vista que o Estado é um ótimo cobrador, também deve pagar o que deve e, quando necessário, de maneira açodada.

Por último, abordou-se o instituto da suspensão de segurança, mais especificamente sua aplicação às tutelas de urgência, ou seja, na suspensão de liminares e suspensão de tutela antecipada. O instituto, que se relaciona diretamente com a tutela de urgência, tem por fundamento maior, o princípio da supremacia do interesse público.

Em nome deste princípio, apenas é analisado o pretense interesse público, numa visão unilateral de apreciação das razões incompatível com os dias de hoje, uma frontal violação à isonomia e ao devido processo legal, pela previsão de um novo pedido de suspensão, conferindo inúmeras chances ao Poder Público de reverter à decisão, abreviando o árduo – para os cidadãos, somente – caminho aos tribunais superiores, além de se tratar de instituto com natureza meramente recursal.

Além desses problemas, vale ressaltar ainda a ultra-atividade do pedido de suspensão, um duro golpe na efetividade processual, já que após o deferimento da suspensão pelo Tribunal, nada mais do que o juiz decidir terá validade, salvo se favorecer a Fazenda Pública, perdurando a suspensão até o julgamento final do processo, o que pode custar anos ao cidadão jurisdicionado, fazendo com que talvez não mais possa o titular usufruir do direito, mas sim os seus herdeiros.

Aqui, no pedido de suspensão, analisou-se que, em nome da supremacia do interesse público – um princípio que não existe e não tem qualquer previsão constitucional, repita-se – existem severas limitações aos direitos fundamentais do processo, como o contraditório, a isonomia material, o devido processo legal e a efetividade, além de suprimir o direito à tutela de urgência.

Tenho, para mim, que o incidente de suspensão, na maneira como vem sendo delineado é inconstitucional. Não se pode mais, no Estado Democrático de Direito, argumentar no sentido de que a supremacia do interesse público pode esmagar outros direitos

verdadeiramente fundamentais, em total descompasso com os preceitos arrimados em nossa Constituição. As garantias fundamentais do processo são um direito para o cidadão e cabe ao Poder Público instrumentalizá-las para uma efetividade, de modo a compatibilizá-la com o primado dos direitos fundamentais em que vivemos, ao invés de suprimi-la, como é de praxe.

Assim sendo, a título de conclusão, pode-se asseverar que a supremacia do interesse público não mais pode justificar toda e qualquer prerrogativa do Estado, na medida em que isso vem sendo feito. Em que pese à isonomia material exigir algumas prerrogativas em nome da tutela do interesse público, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal, em nome da absoluta supremacia do interesse público não se pode relativizar a tal ponto a efetividade das tutelas de urgência contra o Poder Público.

A supremacia do interesse público não encontra pressuposto de validade em nossa Constituição, que trata detalhadamente de direitos individuais do cidadão, numa clara opção de prevalência dos direitos fundamentais.

No Estado Democrático de Direito, a única supremacia prevista é a da Constituição e dos direitos fundamentais e o maior de todos os interesses públicos é – ou deveria ser - o respeito aos direitos dos cidadãos, com um processo equânime e que ofereça oportunidades a ambas as partes.



## REFERÊNCIAS

ALVES, Francisco Glauber Pessoa. A tutela antecipada em face da Fazenda Pública, seu perfil contemporâneo (tendências jurisprudenciais) e a necessidade de uma hermenêutica que lhe atribua efetividade. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 110, p. 37-71, abr./jun. 2003.

ALVIM, Eduardo Arruda. Suspensão da eficácia da decisão liminar ou da sentença em mandado de segurança - aspectos controvertidos do art. 4º da Lei 4.384/64. In: BUENO, Cassio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (orgs.). **Aspectos Polêmicos e Atuais do Mandado de Segurança** – 51 anos depois. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 246-286.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006.

BENUCCI, Renato Luís. **Antecipação da tutela em face da Fazenda Pública**. São Paulo: Dialética, 2001.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Liminar em Mandado de Segurança**: Um tema com variações. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. **O poder público em juízo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. **Tutela antecipada**. São Paulo: Saraiva, 2004.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à Justiça, Juizados Especiais e Ação Civil Pública**: Uma nova sistematização da Teoria Geral do Processo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CARREIRA ALVIM, J. E. **Tutela antecipada**. 5. ed. 3. tir. Curitiba: Juruá, 2008.

CIANCI, Mirna; OLIVEIRA, Luiz Duarte de. A antecipação de tutela contra a Fazenda Pública. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 46, out. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=883>>. Acesso em: 27 out. 2008.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 6. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**, vol. 1. 10. ed. Salvador: Jus Podium, 2008.

DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael de; BRAGA, Paula Sarno. **Curso de Direito Processual Civil**, volume 2. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. O regime jurídico das medidas urgentes. In: **Nova era do Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 48-103.

\_\_\_\_\_. Suspensão do mandado de segurança pelo Presidente do Tribunal. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 105, p. 191-206, jan./mar. 2002.

GRECO, Leonardo. Função da Tutela Cautelar. In: ASSIS, Araken de et al. (Org.). **Direito Civil e Processo** - estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 829-843.

\_\_\_\_\_. **Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo**. Disponível em: <[www.mundojuridico.adv.br](http://www.mundojuridico.adv.br)>. Acesso em 29 de abril de 2008.

\_\_\_\_\_. Novas súmulas do STF e alguns reflexos sobre o mandado de segurança. In: **Estudos de Direito Processual**. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005.

\_\_\_\_\_. **O acesso ao Direito e à Justiça**. Disponível em: <[www.mundojuridico.adv.br](http://www.mundojuridico.adv.br)>. Acesso em 29 de abril de 2008.

\_\_\_\_\_. **O processo de execução**, volume II. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

LIMA NETO, Francisco Vieira; GUIMARÃES, Jader Ferreira. As tutelas de urgência contra a Fazenda Pública na jurisprudência do STF. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 143, p. 163-177, jan. 2007.

LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. 3. ed. ver, atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de tutela**. 10. ed. São Paulo: RT, 2008.

\_\_\_\_\_. **O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais**. Disponível em < [www.marinoni.com.br](http://www.marinoni.com.br) > Acesso em 09/07/2008.

MARTINS, Samir José Caetano. Um Panorama das Garantias Fundamentais do Processo. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, v. 61, p. 84-104, abril 2008.

MAYER, Giovanna. **Para uma nova interpretação do princípio da superioridade do interesse público sobre o privado**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 21, dez. 2007. Disponível em < [HTTP://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Gionavanna\\_Mayer.htm](http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Gionavanna_Mayer.htm) > Acesso em: 03/07/2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo: Parte Introdutória, Parte Geral, Parte Especial**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A tutela de urgência num episódio recente da história política brasileira. In: **Temas de Direito Processual sétima série**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 31/39.

\_\_\_\_\_. Tutela de urgência e efetividade do Direito. In: **Temas de Direito Processual oitava série**. São Paulo, Saraiva, 2004, p. 89-105.

NORTHFLEET, Ellen Gracie. Suspensão de Sentença e de Liminar. In: **Revista de Processo**. São Paulo, v. 97, p. 183-193, 2000 (Estudos em homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira).

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Apresentação e crítica de alguns aspectos que tornam e suspensão de segurança um remédio judicial execrável. In: **Interesse Público**, Belo Horizonte: Fórum, v. 45, p. 39-56, set./out. 2007.

\_\_\_\_\_. **Suspensão de Segurança**: Sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o Poder Público. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil** volume 1. 23. ed. São Paulo: Saraiva: 2004.

\_\_\_\_\_. **Primeiras linhas de direito processual civil**: volume 3. 21. ed. São Paulo: Saraiva: 2004.

SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil**: processo de conhecimento, volume 1, 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SOUZA, Luciane Moessa de. Liminares contra o Poder Público: breve análise crítica das peculiaridades e subsídios para uma aplicação isonômica. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte, v. 30, p. 153-171, out./dez. 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari e BUENO, Cássio Scarpinella (orgs.). **Direito Processual Público**: A Fazenda Pública em Juízo. São Paulo: Malheiros, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência e Fazenda Pública. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 152, p. 44/57, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, volume II. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Antecipação de tutela em face da Fazenda Pública. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 87, p. 32-36, 1997.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.