

**SUSPENSÃO DE DECISÕES JUDICIAIS PROFERIDAS CONTRA
ENTES PÚBLICOS. ASPECTOS CONTRADITÓRIOS.**

por

JORGE ÁLVARO DA SILVA BRAGA JÚNIOR

**Artigo – Especialização em
Advocacia Pública.**

**Rio de Janeiro
2007**

SUMÁRIO

I – Introdução

II – Aspectos históricos da suspensão de execução de decisão judicial.

III – Das diversas espécies de tutela de urgência

III. 1 – Da tutela cautelar

III. 2 – Da tutela antecipada

IV – O Poder Público em Juízo

V – Suspensão da execução de decisão judicial

V.1 – Natureza jurídica

V.2 – Da legitimidade

V.3 – Procedimentos do incidente

V.4 – Recursos cabíveis

Vi – Temas controvertidos acerca do incidente.

VI 1– A questão da preponderância do interesse público. Aplicação no sistema normativo vigente

VI. 2 – Diferenciação entre Princípios e Regras. Interpretação Constitucional das viabilidades na aplicação deste incidente processual

VI. 3 – A extensão dos legitimados. Democratização da Jurisdição.
Controvérsias

VII – Conclusão

VIII – Referências Bibliográficas

I – INTRODUÇÃO

O tema neste trabalho proposto reflete a necessidade de suscitar a essência do interesse público e sua plena conjugação com a moderna concepção constitucional, que exsurge sobre o princípio da dignidade humana, como *mater* para as demais tutelas das relações jurídicas.

No aspecto processual infere nas distinções das diversas espécies de tutelas de urgência, suas naturezas jurídicas, com ênfase nas contrárias aos entes públicos, exemplificando, nos casos concretos, suas distintas possibilidades jurídicas e finalidades inerentes.

Na suspensão de segurança e demais liminares, induz uma maior reflexão no que diz respeito à legitimidade ativa do requerente, na melhor utilização da novel interpretação constitucional, priorizando uma maior democratização desta jurisdição .

Propõe uma maior participação da retórico-argumentativa nestas questões de relevância pública, alargando os legitimados na propositura da suspensão destas medidas de urgência, seja em desfavor dos entes públicos, seja em desfavor de particulares.

A importância da extensão do campo de eficácia desta suspensão, sem deixar de aduzir todos os aspectos processuais tais como competência, natureza jurídica das tutelas de urgência, legitimados, eficácia do provimento, predispõe um amplo debate, tanto no aspecto legislativo, quanto doutrinário, uma vez que, é inegável a influência deste instrumento processual, na autonomia e poder geral de tutela dos Magistrados.

O cerne é que, por envolver interesse público, sua utilização e alcance devem resguardar os parâmetros adotados nos princípios constitucionais, e este trabalho propõe esta temática à luz desta própria jurisdição constitucional, no confronto entre a dogmática legislativa e sua precípua finalidade social.

Enfoca, neste aspecto, a preponderância da atuação jurisdicional, em seu papel de mantenedor do Estado Democrático de Direito, e no enfrentamento das questões sob uma interpretação mais abrangente, refutando a dogmática literal, na aplicação do Direito.

No atual contexto histórico, as críticas à intervenção estatal e do ultrapassado princípio da preponderância do interesse público sobre o privado, revela a tônica desta dissertação, tanto no que diz respeito a atuação propriamente dita do ente público, quanto da correlação dos diversos direitos hoje tutelados, em especial os metaindividuais ou os interesses difusos.

Pretende também uma análise das disposições das normas formais específicas sobre o tema (Leis nºs 4348/64, 8038/90 e 8437/92) suas adequações com a atual hermenêutica, valorizando sempre os princípios constitucionais aplicáveis.

E dada a importância aos princípios que norteiam a Carta Política, em análise sucinta, distingue a natureza jurídica dos postulados, princípios e regras, fazendo uma correlação do campo de sua atuação, sua influência na exegese dos casos concretos, sua supremacia e verificação no processo legislativo.

II – ASPECTOS HISTÓRICOS DA SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DE DECISÃO JUDICIAL.

Com relação aos primórdios da origem do instituto da suspensão das decisões judiciais, constatamos sua incidência no direito processual romano, mais precisamente no ***intercessio***, que em conceito simples consistia na prerrogativa de veto de um Magistrado, com relação ao ato exarado por outro.

No que diz respeito ao Direito brasileiro propriamente dito, é uníssono na doutrina sua origem atrelada a própria instituição do mandado de segurança, na era Getúlio Vargas a que preconiza a Constituição de 1934, sendo posteriormente no ano de 1936, regulamentado os procedimentos do ***writ*** através da Lei nº 191, que em seu artigo 13 dispunha, ***verbis***:

Artigo 13 – Nos casos do artigo 8º, § 9º, e artigo 10º, poderá o Presidente da Corte Suprema, quando se tratar de decisão da Justiça Federal, ou da Corte de Apelação, quando se tratar de decisão da Justiça local, a requerimento do representante da pessoa jurídica de direito público interno interessada, para evitar grave lesão à ordem, à saúde ou à segurança pública, manter a execução do ato impugnado até o julgamento do feito, em primeira ou segunda instância... .

Importante ressaltar, no que concerne à natureza desta primeira suspensão prevista, seria justamente que ao prever também recurso contra a liminar em mandado de segurança, sem efeito suspensivo, bem como de sua decisão final, exsurge a interpretação de que desde a sua origem, possui caráter cautelar, com os requisitos inerentes.

Nesta fase conhecida como Estado liberal, em que se predomina a menor intervenção estatal sobre as garantias individuais, a utilização deste instituto era excepcionalíssima, sendo regulado o seu processamento pelo artigo 328 do Código de Processo Civil¹ de 1939, que a despeito do advento da Carta Política de 1946, restou inalterado em sua substância..

Com o surgimento no ordenamento jurídico pátrio da Lei n 1533/51, que inclusive quando de sua edição, revogou o citado artigo do CPC, o

¹ Artigo 328 do CPC/39: “A requerimento do representante da pessoa jurídica de direito público interessada e para evitar lesão grave à ordem à saúde ou à segurança pública, poderá o Presidente do Supremo Tribunal Federal ou do Tribunal de Apelação, conforme a competência, autorizar a execução do ato impugnado.”

tema da suspensão voltou a ser tratado, mais precisamente em seu artigo 13, que assim específica:

Artigo 13 – Quando o mandado for concedido e o Presidente do Supremo Tribunal Federal, do Tribunal de Recursos ou do Tribunal de Justiça ordenar ao juiz a suspensão da execução da sentença, desse seu ato caberá agravo de Petição para o Tribunal a que presida.

Apesar de, no tocante ao direito de ampla defesa, ainda mais em se tratando de remédio utilizado pelo ente público em desfavor do particular, com a expressa previsão de recurso, quando abusiva esta suspensão, o cerne é que quando não dispôs sobre as hipóteses em que se permitiria tal suspensão da liminar ou da sentença, induziu uma temerária discricionariedade dos Presidentes dos Tribunais ao apreciar os pedidos de suspensões destas decisões judiciais.

Na esteira do conceito liberal, mormente a conscientização das garantias individuais, popularizou-se o uso do mandado de segurança, e sob a égide de um regime militar, foram editadas Leis que mitigavam a concessão de liminares em writ, tais como a Lei nº 2770/56 e a Lei nº 4348/64, esta última em vigor até os dias de hoje, com relevo para o tema de seu artigo 4^o², que ampliou o rol das possibilidades do interesse público, na suspensão da execução.

A ocorrência de excessos por parte dos entes públicos se apresentou de presunção lógica, não somente pela ausência de previsão recursal específica, mas primordialmente, pela informalidade procedimental do incidente da suspensão.

Com o fenômeno da democratização da jurisdição constitucional, e o maior controle dos atos estatais, com as tutelas jurisdicionais previstas nas normas constitucionais e infraconstitucionais, a vontade política do legislador houve por bem em alargar o campo da eficácia deste incidente de suspensão, positivando-o em outras ações judiciais.

²Artigo 4º da Lei nº 4348/64 – “Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada e para evitar grave lesão à ordem à saúde, à segurança e à economia pública, o Presidente do Tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso (vetado), suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar, e da sentença, e dessa decisão caberá agravo sem efeito suspensivo, no prazo de dez (10) dias, contados da publicação do ato”.

Foi o que ocorreu com a edição da Lei nº 7347/85 que institui a ação civil pública para a defesa dos direitos difusos e coletivos, que prevê em seu artigo 12, § 1º, a suspensão apenas de liminar concessiva.

Ainda na ordem histórico-cronológica, fora editada a Lei nº 8038/90 que a despeito de regulamentar os procedimentos perante o STJ e STF, expressamente estendeu as hipóteses de suspensão nas ações de competência originária dos Tribunais, portanto não somente de sentenças, como também de Acórdãos.

Visando não deixar lacunas, em face da possibilidade de intentar ações cautelares contra o ente público, muitas delas de caráter satisfatório ou que esgotem o objeto da lide, foi editado a Lei nº 8437/92, estendendo seu campo de atuação em todas as ações cautelares, sejam preventivas ou não, ações civis públicas e ações populares, conforme reza seu artigo 4º.

Como se não bastasse, nos idos de 1997, fora editada a Lei nº 9494/97 oriunda da conversão da medida provisória nº 1570-05 estendendo a possibilidade da suspensão também de liminares de natureza antecipatória contra entes públicos, e também neste mesmo ano sobreveio o advento da Lei nº 9507 que possibilitou a suspensão também na ação de habeas data.

Em resumo, o corolário legislativo estendeu o incidente a tal ponto que o mesmo incidiu em todas as liminares e decisões finais, sejam individuais ou coletivas, em desfavor dos entes públicos.

Mas o instituto e suas mutações não pararam por aí, face ao afã do poder público em não se sucumbir a um controle judicial.

Com mudanças profundas em sua essência, surgiram no contexto jurídico as absurdas edições de medidas provisórias, que visaram garantir as implementações políticas, dentre elas as privatizações de estatais, sendo este mecanismo excepcional de legislar, utilizado de forma arbitrária e abusiva pelo Poder Executivo Federal visando criar embargos nas proposituras de ações judiciais por parte dos interessados, cujo objeto era obstar estas pretensões das políticas públicas.

Neste diapasão, fora editada a medida provisória nº 1984 no final de 2000, que sofrera nada mais nada menos que 35 (trinta e cinco) reedições, culminando, como não poderia deixar de ser, com o congelamento da 35ª

edição, por força da nova disposição constitucional contida na EC nº 32/2001, trazendo mudanças significativas, como já dito, neste incidente de suspensão, sendo esta medida provisória congelada, a MP 2180-35, a última edição desta modalidade legislativa extravagante que impôs mudanças no cenário da suspensão.

E neste aspecto, tomou relevância não somente para o tema proposto, como para a prática processual, uma vez que, impedida sua reedição pelos comandos insculpidos na referida emenda constitucional, e como não há prazo previsto de sua vigência, persiste em nosso ordenamento jurídico esta mudança incorrida por esta última medida provisória, até ulterior deliberação definitiva do Congresso Nacional e sua conversão em Lei Ordinária.

A bem da verdade, a medida provisória ampliou e muito as hipóteses de incidência da suspensão, podendo em síntese, afirmar que com seu advento, além das mudanças já incorridas na Lei nº 4348/64 (suspensão em mandado de segurança) e Lei nº 8437/92 (suspensão de liminares e sentenças em ações cautelares, ação civil pública, ação popular, tutela antecipada, etc...), a inovação remonta que em ambos os casos de incidência, ou a suspensão possuirá natureza de recurso ou como incidente processual, denotando que se impôs novas hipóteses para propiciar ao Poder Público descaracterizar eventuais óbices a seus interesses políticos.

III – DAS DIVERSAS ESPÉCIES DE TUTELA DE URGÊNCIA

A busca da tutela jurisdicional e mais seu resultado eficaz, é matéria em que o Direito Processual se desdobra para alcançar a finalidade social da busca pela tutela dos direitos subjetivos.

Mantenedor do Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário não se contenta mais nos dias de hoje em interpretações rígidas dadas a pluralização dos direitos, a globalização, o maior acesso à informação, dentre outros fatores que inferem nas crescentes mutações das relações humanas e nestas as que possuem relevância jurídica.

Insta confirmar então que não basta tal prestação jurisdicional ser eficiente, mas sim efetiva, ou seja, que alcance o resultado almejado.

Dado a tais aspectos, e mais da valorização dos direitos fundamentais, como afã ao princípio da dignidade humana, não raras vezes tal tutela inclina para uma solução mais imediata, mesmo que em caráter provisório.

O dano de difícil reparação ou o irreparável, precisa de uma tutela mais expedita, visando também manter o resultado prático almejado. A sumarização da tutela cognitiva visando salvaguardar o próprio direito material, foi a solução dada para o processo judicial moderno.

Tornou-se então prejudicial à ampla cognição como o único procedimento para alcance do objeto tutelado, e tais tutelas de urgência, sob hipótese alguma afetou a segurança das relações jurídicas.

Segundo Bedaque³ “... as tutelas de urgência são destinadas a solucionar o litígio com maior rapidez, ainda que com limitações à atividade cognitiva do Juiz, ou apenas a assegurar condições favoráveis à obtenção desse resultado pelas vias normais”.

É uníssono na doutrina destacar que tais tutelas de urgência não são exaurientes, mas pautadas em um Juízo de plausibilidade, e não de certeza, próprios da formação da coisa julgada material, e a bem da verdade, com eficácia calcada na temporariedade, ou seja, consiste em um provimento provisório que deverá ser reconhecido de forma definitiva, porém naquele ato e em seu tempo, deve prevalecer para garantir tal resultado a que se pretende ao final da tutela jurisdicional.

Tal estudo toma relevância na medida em que o tema proposto diz respeito justamente a tais hipóteses de suspensão desta tutelas de urgência, bem como de suas sentenças, sendo necessário o seu pleno entendimento para posterior ponderação de valores ou bens jurídicos sopesados e sua real prevalência.

Passa-se a distinção das duas espécies de tutela de emergência.

³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos – **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada; Tutelas sumárias e de urgência** - 2ª ed. - São Paulo – Malheiros, 2001, p.28.

III.1 – DA TUTELA CAUTELAR

No que diz respeito a tutela cautelar, é uníssono na doutrina e na interpretação pretoriana que a mesma guarda restrita vinculação a direito formal, uma vez que se presta para garantia de outro provimento, este último principal.

Por justamente desvincular-se do direito material perseguido, não contempla sua decisão coisa julgada material e sim formal.

Tal aceção é defendida por André Luiz Vinhas da Cruz⁴ **verbis**:

Assim sendo, a medida cautelar é o provimento jurisdicional cujos efeitos asseguram a efetividade (i.e., a aptidão para alcançar os resultados práticos normalmente esperados) do processo principal. Possui, nesse passo, a medida cautelar um caráter instrumental (em seu sentido negativo, nos dizeres de Cândido Rangel Dinamarco) em relação ao processo principal.

Enquanto que o processo principal é instrumento de realização do direito material, o processo cautelar é instrumento de realização do processo principal. Daí a expressão “instrumento do instrumento” cair como uma luva ao processo cautelar.

A controvérsia com relação a tutela cautelar deveu-se, primordialmente, com o advento no ordenamento jurídico processual da tutela antecipada, o que na primeira análise, para muitos doutrinadores à época de seu advento, tornou obsoleto a tutela cautelar.

Com o melhor estudo e principalmente a clara distinção entre os mesmos institutos processuais, verificou que tal influência apenas operou-se nas denominadas cautelares satisfativas atípicas, neste contexto não se incluindo as denominadas cautelares típicas.

Segundo André Luiz Vinhas da Cruz⁵, **verbis**:

As cautelares atípicas satisfativas, antes conferidas (face à ausência legislativa, suprida em 1994), com base no poder geral de cautela, perderam seu sentido de existência, e passaram a ser, modus in rebus, persona non grata no moderno processo civil pátrio.

⁴ CRUZ, André Luiz Vinhas da – **As Tutelas de Urgência e a Fungibilidade de Meios no Sistema Processual Civil** – Editora Distribuidora – 2006 – pg. 75.

⁵ Obra citada: pg. 92 e 93.

E não é por menos, visto que a essência da tutela cautelar seria justamente a sua instrumentalidade, não engendrando no objeto tutelado ou o direito material perquirido, mas sim, visando sempre garantir o provimento principal, daí todo o seu corolário formal.

Deve-se frisar que a ação cautelar é um processo autônomo, podendo ser antecedente ou preventivo e incidental, qual seja no exemplo clássico o arresto, que visa garantir a execução do processo principal, tornando indisponíveis os bens do eventual devedor, ou o pólo passivo da relação processual.

Porém não se pode desprender da diferenciação da medida cautelar da ação cautelar, uma vez que para muitos juristas, dentre eles José Roberto dos Santos Bedaque⁶ “**não há necessidade de procedimento cautelar autônomo, sendo mais simples se determinar a previsão genérica de tutela cautelar no bojo do processo cognitivo, tal como ocorre hoje com a antecipação da tutela.**”

Não se pode deixar de elencar, por fim, as características das medidas cautelares, que compreendem, no assentamento doutrinário como a instrumentalidade hipotética, temporariedade ou provisoriedade, revogabilidade, modificabilidade e fungibilidade.

Com relação a instrumentalidade hipotética, consiste na própria dependência do processo cautelar a um processo principal, do qual garante a sua viabilidade, a sua proteção.

A temporariedade, adotada por Alexandre Freitas Câmara e para a grande maioria dos processualistas a provisoriedade, consiste justamente na duração ou existência da medida cautelar até que venha a ser substituída pelo provimento definitivo.

A revogabilidade diz estrito respeito ao próprio Juízo de probabilidade das cautelares, e não da verossimilhança, típica das antecipações de tutela. O requisito do **fumus boni iuris** é uma aceção incompleta do Juiz, não um Juízo seguro e sim superficial e calcado na probabilidade, daí ser mais flexível em sua revogabilidade.

⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos – **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada** – Ed. Malheiros – 2ª Edição – São Paulo – 2001 – pg. 191.

Quanto a modificabilidade, precede também dos mesmos fundamentos da revogabilidade, primordialmente quando incorre mudanças nas situações fáticas e de direito do caso concreto.

Por fim, a fungibilidade encontra respaldo na substituição da cautela requerida por uma menos gravosa ao demandado, mantendo, igualmente, a finalidade assecuratória, podendo ocorrer a requerimento das partes, ou até mesmo **ex officio**, vez que trata-se de norma cogente, e para grande maioria dos processualistas é um poder-dever do Magistrado.

Passaremos a abordagem do instituto da antecipação da tutela, com ênfase em suas características diferenciadas.

III.2 – DA TUTELA ANTECIPADA

A tutela antecipada, instituto processual novo no ordenamento jurídico, ainda mais se comparado a tutela cautelar, conhecido do período do Código Buzaid (1973), em sua edição, fora muito festejada em toda a comunidade jurídica que vislumbrou, enfim, a aplicação do princípio da efetivação do provimento judicial.

Do renomado jurista Luiz Guilherme Marinoni⁷, recebeu à seguinte citação, **verbis**:

A tutela antecipatória, expressamente prevista no Código de Processo Civil (artigo 273), é fruto da visão da doutrina processual moderníssima, que foi capaz de enxergar o equívoco de um procedimento destituído de uma técnica de distribuição de ônus do tempo do processo. A tutela antecipatória constitui instrumento da mais alta importância para a efetividade do processo, não só porque abre oportunidade para a realização urgente dos direitos em casos de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (artigo 273, I), mas também porque permite a antecipação da realização dos direitos nos casos de abuso de direito de defesa (artigo 273, II) e da parcela incontroversa da demanda (artigo 273, § 6º). Desta forma concretiza-se o princípio de que a demora do processo não pode prejudicar o autor que tem razão e, mais do que isso, restaura-se a idéia - que foi apagada pelo cientificismo de uma teoria distante do direito material - de que o tempo do processo não pode ser um ônus suportado unicamente pelo autor.

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt - **A Antecipação da Tutela** - 9ª Edição – São Paulo – Ed. Revista dos Tribunais – 2006 – pg. 31.

Neste prisma, constatamos a importância e a repercussão, de ordem pratico-processual, que este instituto trouxe ao ordenamento jurídico, uma vez que, sumariza o provimento final almejado e possui vinculação ao direito material perseguido.

Além da questão da ausência de instrumentalidade ou sua vocação de natureza formal assecuratória, na antecipação da tutela não há o Juízo de probabilidade próprio ao requisito do **fumus boni iuris**, mas sim da verossimilhança do direito alegado e por tais razões é considerada como uma tutela satisfativa.

E neste aspecto, resulta a essência da antecipação da tutela, calcada no princípio da necessidade, em exigir do Estado-Juiz a parcela da tutela jurisdicional, para evitar o exaurimento desta mesma prestação, primando, na antecipação, sua efetividade.

É Jurisdição de cognição sumária, emergencial, e com aspecto executivo, vez que o beneficiário goza do direito pleiteado, mesmo que provisoriamente.

É uma tutela diferenciada que visa antecipar um direito evidente ou um direito em receio de lesão, de dano irreparável ou de difícil reparação.

Vale o elenco, sem aprofundamento, vez que importaria em novo tema do trabalho, que consiste nas denominadas tutelas inibitórias, que visam justamente impedir a prática, a continuação ou a repetição do ato ilícito

Mister se faz destacar que tais tutelas inibitórias não se prestam as finalidades reparatórias, e porquanto não possuem caráter repressivo.

Visa como exemplo, inibir práticas de violação dos novos direitos, e é voltada para o público, em direitos considerados extra-patrimoniais, tais como o meio ambiente, saúde, à segurança, o direito do consumidor, dentre outros.

Dividem-se em tutela inibitória preventiva e específica, e em sendo antecipada, encontra escopo no artigo 461 do Código de Processo Civil, mais precisamente em seu parágrafo terceiro.

O presente tópico não possui o condão de exaurir tema de cunho processual que motivam ardentes teses dos mais renomados juristas, mas sim, apenas elencar suas diferenças para a adequação das suspensões de sua

eficácia, quando concedido em detrimento de entes públicos, sendo então necessário, o conhecimento de suas naturezas jurídicas.

IV – O PODER PÚBLICO EM JUÍZO

Não restam dúvidas que os entes públicos possuem um tratamento diferenciado, em se tratando de tutela jurisdicional, e tal situação remonta o direito romano, onde os mesmos eram comparados aos incapazes, em suas dificuldades em se defenderem, e perdura até os dias de hoje.

Por um lado, toda esta peculiaridade se justifica pelos próprios entraves a que se submetem os advogados públicos, podendo citar a robusta burocracia do tramite interno de documentos entre instituições públicas, sendo razoável, portanto, a previsão de um prazo dilatado para o exercício da ampla defesa e do contraditório.

E neste diapasão, por tratar-se de entes públicos cujas receitas são provenientes do Estado, não parece inconstitucional que o mesmo seja isento do adiantamento das custas (natureza jurídica de taxa) justamente por ter a compulsoriedade de previsão orçamentária, em respeito ao princípio da anualidade, própria da Lei orçamentária.

No tocante ao duplo grau obrigatório de jurisdição, o tema encontra inúmeras controvérsias, vez que a par de garantir os reexames das decisões judiciais, o mesmo opera em caráter não voluntário, próprio das interposições dos recursos, mas de forma obrigatória.

Importante destacar que tal duplo grau obrigatório de jurisdição, ocorrerá sempre nas sentenças desfavoráveis à Fazenda Pública cujo valor certo exceda 60 (sessenta) salários-mínimos, ou seja, nas sentenças que externam valores inferiores a este patamar, não há o duplo grau obrigatório, mas somente o voluntário, **ex vi** do artigo 475, § 1º, do CPC, e se justifica por ser o prejuízo de pequena monta.

Insta ainda consignar que nas hipóteses de sentença fundada em súmula ou jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal, independente do valor contido na causa, não incidirá o duplo grau obrigatório de jurisdição.

A bem da verdade, a finalidade do duplo grau obrigatório de jurisdição, é não permitir o prejuízo do erário, apenas por uma decisão monocrática, sendo considerado como condição de eficácia da sentença proferida.

Outro ponto controvertido com relação aos privilégios em Juízo da Fazenda Pública seriam os relacionados com o instituto da antecipação da tutela em seu desfavor, e as previsões em normas formais de sua vedação.

A Lei nº 9494/97 cria justamente limites à concessão de tutela antecipada em face da Fazenda Pública, sendo alvo de duras críticas, principalmente por ferir o livre exercício da função jurisdicional.

Há poucos que defende tal vedação, justamente calcado no prejuízo do erário, vez que se a sentença esta sujeita ao duplo grau de jurisdição, o que se dirá da antecipação da tutela, baseada em uma cognição sumária e um Juízo de verossimilhança, e primordialmente pelo bem jurídico posto em questão, e lançado pela Fazenda Pública, possui irrefutável natureza pública.

Os adeptos desta concepção sustentam também a impossibilidade de execução provisória em face da Fazenda Pública, permitindo-se somente a execução definitiva, no trânsito em julgado da sentença exequenda.

Porém, a maioria dos doutrinadores sustenta a possibilidade de tal concessão, sendo Luiz Guilherme Marinoni⁸ um deles, ao comentar, ***litteris***:

Na verdade, pelas razões já alinhadas, o artigo 475 não pode impedir a tutela antecipatória contra a Fazenda Pública, pena de inconstitucionalidade. Nos casos de “fundado receio de dano”, de “abuso de direito de defesa” e de “direito evidente” é possível a produção antecipada dos efeitos da tutela final, já que o autor que tem razão não só pode ter direito lesado (direito a efetividade da tutela jurisdicional) como também não pode ser obrigado a suportar o tempo do processo nos casos em que há “abuso do direito de defesa” ou o seu é evidente (direito a tempestividade da tutela jurisdicional.)”

Não se deve deixar de notar que nenhum fundamento tem a vedação da concessão da tutela em desfavor da Fazenda Pública, haja vista que, como já dito, há a dispensa do duplo grau obrigatório de jurisdição nas causas que não excedam 60 (sessenta) salários-mínimos, e é este mesmo patamar utilizado para o pagamento de créditos em seu desfavor, dispensando o precatório judicial.

⁸ Obra citada, pg. 331.

Se o legislador foi sensível a esta efetividade do provimento judicial, muito mais se apresenta adequado na antecipação dos efeitos da tutela, vez que calcados na verossimilhança e no perigo de dano irreparável ou de difícil reparação.

Importa então dizer que tal análise, caberá ao Estado-Juiz na apresentação de cada caso concreto, utilizando o princípio da proporcionalidade, e sopesando os bens jurídicos envolvidos na questão.

A questão voltará à tona quando da abordagem da suspensão de decisões provisórias e sentenças em desfavor da Fazenda Pública.

V – SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DE DECISÃO JUDICIAL

As questões da suspensão de decisões judiciais sejam em liminares sejam em sentenças não teve ou tem a devida atenção prestada pela doutrina do direito público, em face da escassez de material neste sentido, que por sua vez, ao mencionarem, apenas o fazem de forma expositiva-didática, sem nenhum cunho argumentativo ou crítico.

Portanto, não pretende este trabalho a ousadia de impor uma nova concepção jurídica acerca do instituto, mas sim elencar os temas controvertidos para incitar a argumentação e reflexão para o aprimoramento, de acordo com as tendências modernas processualistas, e primordialmente com o fenômeno da constitucionalização do direito, em elevação de seus princípios norteadores.

Visa também descaracterizar o absolutismo da intervenção estatal na eficácia do provimento judicial calcado tão-somente em regras e brocardos já ultrapassados, como por exemplo, da preponderância do interesse público, em desprezo muitas das vezes das garantias fundamentais.

Para tanto, se torna necessário o conhecimento da natureza jurídica do instituto da suspensão, as condições, tais como a pertinência subjetiva, os procedimentos e o reexame, que propiciarão uma visão mais ampla e própria da pretensão argumentativa.

V.1 – DA NATUREZA JURÍDICA

A questão da natureza jurídica toma real importância na medida em que a definição do instituto, como já relatado, encontra-se controversa na doutrina brasileira, principalmente devido a ausência de estudos científicos seguros.

A par disto, inúmeras são suas definições que colaboram com suas distorções e o uso arbitrário e indiscriminado por parte dos entes públicos, visando a suspensão das eficácias de liminares e sentenças desfavoráveis.

Para citar e será objeto de análise, há quem entenda ser a natureza do instituto, político-administrativa, recursal, exceção em sentido e estrito, ação incidental autônoma impugnativa ou medida cautelar.

Quanto aos que defendem a natureza recursal, vimos que, somente pela análise da teoria geral dos recursos, não há como encontrar qualquer subsunção com tais requisitos, principalmente a devolução da matéria impugnada ao órgão revisor.

É de sabença que a suspensão de decisão judicial, trata-se única e exclusivamente com relação a sua finalidade, a suspender a eficácia de tais decisões, apenas, não tendo nenhuma gerência sobre o mérito da questão, mesmo que se tenha que analisar de forma superficial a questão.

Outra assertiva de relevância seria a vedação ao ***bis in idem***, vez que não se permite no ordenamento jurídico processual, recursos da mesma natureza e idêntica finalidade.

No entendimento de serem tais suspensões medida político-administrativa, ou seja, de discricionariedade do Magistrado competente, em análise de conveniência e oportunidade, também não possui sustento jurídico.

A bem da verdade não se trata de análise de requisitos extrajudiciais, tais como grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia, vez que são também critérios jurídicos, na adequação da exposição fática e jurídica de cada caso concreto.

Tal assertiva de ser político-administrativo, além de não se coadunar com o princípio da inafastabilidade da jurisdição, encerra verdadeira burla do Estado Democrático de Direito e a separação de poderes, vez que infere em análise administrativa em face de ato administrativo, sem falar que tal medida, na acepção de cunho político-administrativo induziria a uma maior arbitrariedade, não respeitando o devido processo legal.

Justamente por se tratar, tais requisitos, de relevantíssima supremacia de bens jurídicos tutelados, consistindo em direitos metaindividuais, a eventual violação enseja uma análise mais apurada, sobre critérios objetivos que realçam a segurança jurídica das decisões.

Não se permite a supressão, ou melhor, **rectius** revisão de ato de natureza administrativa em face de ato jurisdicional, e mais, mantendo esta teoria, estaria prejudicado também o direito de ampla defesa e contraditório extensivo aos graus superiores de jurisdição.

Com relação a sua natureza incidental, muitos doutrinadores assentam tal entendimento, divergindo apenas na questão de sua essência cautelar.

Como bem orienta Marcelo Abelha Rodrigues⁹, **verbis**:

Assim, para concluir, ratificamos que o pedido de suspensão de execução de decisão é figura própria, sendo típico incidente processual voluntário, não suspensivo do processo que se manifesta por intermédio de uma questão que surge sobre o processo em curso. Questão esta que se manifesta por uma defesa impeditiva (exceção em sentido estrito) que o Poder Público dirige ao Presidente do Tribunal competente visando obter a suspensão da eficácia de uma decisão para evitar risco de grave lesão a um interesse público. E pois, um incidente processual, que tem por conteúdo uma defesa impeditiva levada pela Fazenda Pública a órgão do Tribunal com competência absoluta para tanto. Pelo fato de ser acessório e secundário, depende da existência do processo principal, e, como já ressaltado alhures, possui indubitosa natureza preventiva.

A única controvérsia estaria no fato de ter ou não finalidade cautelar, o incidente de suspensão, pois é assente de que se trata de um incidente no curso de um processo principal.

A instrumentalidade, ou seja, a finalidade assecuratória de um provimento principal, é que para o citado jurista capixaba não se encontra no

⁹ RODRIGUES, Marcelo Abelha – **Suspensão de Segurança** – Ed. Revista dos Tribunais – 2ª Edição – São Paulo – 2005 - pg.103/104.

pedido de suspensão, e sendo assim há distinção entre o bem jurídico perquirido pela medida suspensiva e o bem objeto da lide.

Porém, a natureza cautelar deste incidente também é adotada por grande parte da doutrina, vez que para os mesmos tratam as suspensões de verdadeira ação cautelar incidental, com a necessária intimação de todos os interessados para o exercício do contraditório, com a integração de todos os requisitos do devido processo legal, e dentro da concepção constitucional da tutela cautelar.

Como se extrai da interpretação de Elton Venturi¹⁰:

Aí reside, a nosso ver, a principal relevância da análise científica da natureza jurídica dos pedidos de suspensão: assegurar-lhes, a partir da afirmação de sua natureza jurisdicional cautelar, um processamento vinculado à garantias constitucionais do processo única forma de salvaguardar-lhes a legitimidade como instituto jurídico dentro do sistema processual e constitucional brasileiro, fora do que transparecem o arbítrio, o abuso e a negação do Estado Democrático de Direito.

O presente trabalho e toda a sua proposta se coadunam com a teoria de ser a natureza jurídica da suspensão de ação cautelar incidental, pois se coaduna com os princípios constitucionais, bem como, dada a sua amplitude na análise, permite uma maior mitigação da facilidade do ente público em criar óbices para a efetivação das decisões judiciais em favor dos particulares.

V.2 – DA LEGITIMIDADE

A questão relativa aos legitimados para a suspensão, em se tratando de decisões judiciais contrárias aos entes públicos, não mereceria maiores considerações, face a ausência de controvérsias sobre o tema.

Porém, o alargamento do conceito de pessoa jurídica de direito público, tal qual como ocorre na autoridade coatora do mandado de segurança, enseja esclarecimentos, bem como a inclusão da pertinência subjetiva.

Como já consignado no início, a origem da questão remonta as legislações embrionárias sobre a suspensão de segurança, porém com o

¹⁰ VENTURI, Elton – **Suspensão de Liminares e Sentenças Contrárias ao Poder Público** – Editora Revista dos Tribunais – São Paulo – 2005 – pg. 72.

conceito imposto no artigo 37, caput e § 6º da CF/88, que abrange os agentes públicos delegados, os prestadores de serviços públicos, os concessionários e permissionários, a distinção entre Administração Pública direta e indireta não mais se tornava relevante.

As Cortes Superiores já assentaram a interpretação da ausência de tal distinção, apenas asseverando a exceção, quando os entes da Administração Pública indireta exercerem atividade econômica, **ex vi** do artigo 173 da Carta Política.

Deve-se acrescentar que na própria literalidade das normas formais adstritas à matéria, vimos que não somente os entes públicos que fazem parte da relação processual são os chamados legitimados ativos para a propositura da suspensão das liminares e sentenças, posto também que as pessoas jurídicas de direito público interessadas também os são.

Justamente pela salvaguarda de interesses públicos essenciais ou primários, tal discussão enseja a maior ampliação dos destinatários de tais decisões suspensas, ou resguardadas, como é o caso dos direito metaindividuais.

Desde que se comprove a pertinência subjetiva, que significa justamente esta aptidão para ser alcançado com a suspensão pretendida ou a violação imposta na decisão judicial, será então, esta pessoa jurídica de direito público legitimada para a propositura da suspensão.

Como também nesta extensão dos legitimados, iremos encontrar os que entendem na participação de pessoas físicas e jurídicas aptas à postulação de tal incidente cautelar, se reservando um tópico distinto para os esclarecimentos de toda a controvérsia.

Em análise meramente expositiva, ultrapassado a questão das pessoas jurídicas de direito público interessadas, temos a legitimação do Ministério Público, que possui assentamento uníssono quanto a sua inclusão nos legitimados para a propositura da suspensão.

As disposições constitucionais, constantes de suas próprias atribuições, encerram tal interpretação, principalmente porque, tais matérias adstritas as decisões objeto de suspensão dizem respeito a direitos indisponíveis, de **múnus** público, denotando a compulsoriedade da intervenção como **custos legis**.

V.3 – PROCEDIMENTOS DO INCIDENTE

Os procedimentos adotados com relação ao incidente de suspensão, justamente por não ter uma norma formal específica que estabelecesse todos os seus aspectos formais, enseja inúmeras interpretações divergentes e permite sua utilização arbitrária e inconstitucional pelos entes públicos, vez que por ser uma norma sem exatidão e propiciadora de lacunas, viola a garantia do devido processo legal pela ausência de procedimentos que preservem a ampla defesa e o contraditório, por exemplo.

Fica, portanto, a cargo dos regimentos internos dos Tribunais, a iniciativa normativa de dispor sobre tais procedimentos afetos aos incidentes, sendo certo porém, que tais regimentos somente terão competência com relação a procedimentos, nunca a questão iminente processual, haja vista ser tal competência legislativa exclusiva da União, **ex vi** do artigo 22, I, c/c artigo 24, XI, da Constituição Federal.

Retomando o tema, necessário se faz uma breve análise da competência para o julgamento deste incidente.

Quando se trata da competência dos Tribunais locais, a norma indica os Presidentes dos Tribunais ao qual couber o recurso, e caso haja, rejeição, a interposição de recurso do Tribunal Pleno ou Órgão Especial, conforme o caso. Vemos então que o critério adotado é o hierárquico-funcional e para muitos doutrinadores, tal hipótese viola o princípio do Juiz natural, vez que, face ao sistema jurídico vigente, não permite o Juízo de retratação do Juiz responsável pela decisão a que se pretende suspender, ou o próprio reexame, pelo órgão de 2ª Instância responsável para a apreciação do recurso.

Quanto a competência do STF e do STJ, antes das últimas legislações insertas sobre a suspensão, derivava da competência originária dos Tribunais, portanto 2ª Instância na apreciação de ações e não recursos, sendo o caso do mandado de segurança.

Mais a maior controvérsia com relação as Cortes Superiores, estaria ligada a edição da já citada Medida Provisória 2180-35, que permitiu a renovação de novo pedido de suspensão ao STF e STJ, quando indeferida a pretensão da suspensão pelos Tribunais dos Estados.

Resta claríssimo que tal medida sobreveio no mundo jurídico motivada por anseios políticos do próprio Executivo Federal, na já propagada privatização de empresas públicas, engrenando nestas hipóteses de suspensão uma verdadeira multiplicidade de opções, o que gera todo o infortúnio de incertezas e interpretações pretorianas divergentes, maculando sobremaneira a segurança jurídica.

A mais controvertida seria a espera ou não do julgamento de eventual agravo interno, para poder apreciar o pedido de suspensão pelas Cortes Superiores, prevalecendo o entendimento de sua não apreciação até que se esgote todo o reexame pelos Tribunais a quo, em face da vedação da supressão de Instâncias, e primordialmente pelo caráter excepcionalíssimo desta contracautela.

As críticas a sua inconstitucionalidade são inúmeras que vão desde o aspecto formal de deliberação de matéria processual por medida provisória, como também no ressuscitamento da refutada avocação das causas, encenando verdadeiro bis in idem, na renovação dos pedidos de suspensão pelos mesmos fundamentos, sem falar na falta de previsão expressa que se coadune com as garantias constitucionais de índole processual.

Retornando as questões procedimentais, as legislações que tratam do incidente são congruentes em afirmar que é necessário um requerimento inicial, sendo imprescindível, como peça obrigatória, cópia da decisão liminar ou de mérito a que se pretenda a suspensão pelos relevantes motivos esposados.

Neste prisma, nos confrontamos com a questão do lapso temporal para a interposição do incidente, vez que nas normas não se encontra previsão expressa sobre tais prazos, que acarretariam assim uma preclusão temporal.

Chegou-se a entender, mesmo que isoladamente, desta limitação temporal ser concorrente com o prazo decadencial da impetração de mandado de segurança, porém hoje já se encontra assente de que, por se tratar de sustação de finalidade de contracautela, fundado em receio de dano a bens jurídicos de relevância, a questão encontra subsunção no poder geral de cautela dos Magistrados, a que prioriza o artigo 798 do **Codex** Processual Civil, denotando então que, sempre que houver o perigo de violação a estes bens jurídicos de relevância,

calçados no interesse público, incorrerá o permissivo para o requerimento incidental cautelar de suspensão, porém, desde que também a decisão não esteja sob o manto da coisa julgada.

Voltando ao requerimento inicial, poderá o mesmo sucumbir a sua emenda, se assim entender o órgão julgador para cumprimento de requisitos formais, na aplicação subsidiária do Artigo 284 do Diploma Processual, ou até mesmo ser indeferido de plano, se não preenche os requisitos de admissibilidade ou até mesmo na verificação da inexistência de risco ou grave lesão a interesse público previsto na Lei.

Na hipótese do deferimento de plano, vale elencar que tal medida deve ser excepcionalíssima, pois deve assegurar o contraditório a todos os interessados, em especial o Ministério Público, sendo caso em que haja a patente inserção dos requisitos de dano irreparável, devidamente expostos e fundamentados na inicial.

Após ultrapassada a apreciação da admissibilidade, e como já dito anteriormente, na ausência de norma específica que dispõe sobre os procedimentos a serem adotados, a aplicação uníssona está a salvaguardar as garantias constitucionais do devido processo legal, com o corolário da ampla defesa e contraditório intrínsecos, devendo o órgão responsável promover a intimação do requerido, ***in casu***, a autoridade judiciária responsável pela decisão que se pretende suspender, bem como do membro do ***parquet***, por imperativo legal.

Neste contexto também devem ser intimados, o autor da ação originária, ou todas as partes integrantes na relação processual, em louvor a garantia de sua ampla defesa e contraditório, sendo esta concepção albergada por Elton Venturi¹¹ quando leciona:

Frisa-se que a efetiva oportunidade de participação da parte diretamente afetada pela suspensão, no intuito de que tenha a chance de comparecer e apresentar suas razões em Juízo, não constitui nenhuma concessão ou favor do órgão judiciário encarregado do julgamento, senão dever-poder, na medida em que representa notória garantia constitucional do jurisdicionado que não pode ser olvidada sob nenhuma premissa de supremacia do interesse público sobre o privado.

Aqui, aliás, resta claro ser desnecessária qualquer expressa previsão legal, devendo incidir concretamente a interpretação conforme a Constituição a que nos referimos inicialmente, sob pena de flagrante

¹¹ Obra citada – pg. 179.

inconstitucionalidade do procedimento dos pedidos de suspensão por violação da garantia do devido processo legal.

Neste diapasão, deve ser inserida a possibilidade de audiência de justificação prévia, para o pleno convencimento do órgão judiciário de eventual concessão de liminar suspensiva, ou até mesmo o mérito do pedido de suspensão, na reiterada aplicação subsidiária do CPC, no tocante as medidas cautelares.

Passamos então, a previsão de sua recorribilidade.

V.4 – RECURSOS CABÍVEIS

Quanto aos reexames das decisões dos órgãos judiciários com relação ao incidente cautelar de suspensão, deve-se levar em conta as regras gerais dos recursos, e principalmente a distinção do agravo inominado ou interno como é comumente conhecido.

De plano vale a distinção em não ser o mesmo de instrumento, vez que procede no próprio incidente cautelar de suspensão, e mais, também não poderia ser da modalidade retida, pois não enseja reexame futuro tal qual ocorre com a previsão no recurso de apelação que enfrenta a sentença terminativa ou definitiva da jurisdição.

Sua inserção nos incidentes de suspensão veio muito bem explanado pelo já citado jurista Marcelo Abelha Rodrigues¹² quando em excursão às normas, afirma:

Essa terceira modalidade de agravo, pouco comum e talvez por isso pouco estudada, tem recebido várias denominações na doutrina e na Lei: agravo interno, inominado, regimental e até mesmo “agravinho”, como é chamado no dia-a-dia forense de algumas capitais brasileiras. Exemplos no CPC deste recurso encontram-se nos artigos 557, § 1º, e 532. Fora do CPC temos o artigo 39 da Lei 8038/90, além do que se comenta neste tópico, qual seja, o previsto no pedido ou suspensão de execução de decisão judicial requerido ao Presidente do Tribunal (art. 25 da Lei 8038/90 art. 4º da Lei 4348/64, art. 12, § 1º, da Lei 7347/85 etc).

Não há mais controvérsias nas interpretações pretorianas acerca de sua admissibilidade (**rectius** = interposição) tanto quando a

¹² Obra citada – pg. 225/226.

decisão é denegatória, quando de seu deferimento, sendo em ambos os casos, interponível o agravo inominado.

Com relação especificamente ao mandado de segurança, em se tratando de competência dos Juízos de 1º Grau de Jurisdição, o agravo será interposto perante o Presidente dos Tribunais dos Estados, responsável para apreciação do incidente de suspensão.

Como dito anteriormente, tal hipótese comporta tanto a interposição do indeferimento como também pelo deferimento, o que resultou no cancelamento dos verbetes das súmulas 506 do STF e 217 do STJ que previa apenas a hipótese de interposição de agravo quando da decisão positiva dos Presidentes dos Estados, sendo superada tal matéria com os posteriores legislações sobre o tema, em especial a Lei nº 8437/92.

Quanto dos demais processos (ação civil pública, ação popular, ação cautelar, tutela antecipada) tal agravo regimental encontra prévia e expressa disposição. Em se tratando de ação civil pública seu prazo é de 5 (cinco) dias ex vi do artigo 12, § 1º, da Lei 7347/85, quando de decisão liminar, e em sentença aplica a regra geral insculpida na Lei nº 8437/92, procedimento também adotado nas demais ações.

Mister se faz destacar, que priorizando sempre as garantias constitucionais, se torna necessária a intimação do agravado, in casu, os interessados (partes na relação processual, MP e informação do Presidente do Tribunal responsável pela decisão no incidente e de suspensão) para cumprimento das prerrogativas da ampla defesa e do contraditório.

Insta destacar que da mesma forma que o próprio requerimento do incidente cautelar de suspensão, o agravo com relação aos seus procedimentos, também não possui norma formal específica, sendo portanto, matéria prevista a cabo dos regimentos internos dos Tribunais usando como parâmetros os ritos adotados pelos regimentos das Cortes Superiores, neles previstos, inclusive, o Juízo de retratação do Presidente do Tribunal, da qual é encaminhado a petição do dito recurso.

VI – TEMAS CONTROVERTIDOS ACERCA DO INCIDENTE

Pela própria análise dos temas já propostos, ínsitos na apresentação do instituto, sua forma procedimental e substancial, já se vislumbra diversas hipóteses em que se suscitam controvérsias, dado ao pouco caso legislativo a que se submete este incidente cautelar, aliado a ausência de estudos científicos sérios sobre sua perpetuação.

Justamente por este alargamento no campo da hermenêutica, que diversas discussões poderiam ser propostas no presente tópico, porém primando pela melhor síntese, buscamos elencar o que em nosso entendimento se apresentam mais relevantes, não se distanciando do foco constitucional a que se pretende o trabalho.

VI.1 – A QUESTÃO DA PREPONDERÂNCIA DO INTERESSE PÚBLICO. APLICAÇÃO NO SISTEMA NORMATIVO VIGENTE

Há muitos que a supremacia do interesse público sobre o privado, não encontra guarida entre a ciência jurídica moderna, principalmente pela tardia, mas sempre bem vinda ocorrência do fenômeno da constitucionalização dos direitos a ter seu epicentro calcado no princípio da dignidade da pessoa humana.

O absolutismo da Administração Pública de origens históricas não mais se sustenta aos princípios constitucionais que norteiam a exegese de seus atos, criando parâmetros de sua eficácia, e excursionando nos seus requisitos de existência e validade.

Não mais se verifica o Direito Administrativo, como compilação de normas específicas e múltiplas, que satisfazem o processo volitivo de seus gestores.

Nos sempre bem expostos ensinamentos de Gustavo Binenbojm¹³:

¹³ BINENBOJM, Gustavo – **Da Supremacia do Interesse Público** – Quaestio Júris - 1807-8389 – (2005/09) – n 2:27-64 – UERJ.

Como agente condutor básico da suspensão dogmática de tais categorias jurídicas, erige-se hodiernamente a idéia de constitucionalização do direito administrativo como alternativa do déficit teórico apontado no capítulo anterior, pela adoção dos sistemas de direitos fundamentais e de democracia, tal como instituídos na Constituição como vetores axiológicos – traduzidos em parâmetros jurídicos – a pautar a atuação da Administração Pública – tais vetores convergem no princípio maior da dignidade humana e, (i) ao se situarem acima e para além da Lei, (ii) vincularem juridicamente o conceito de interesse público e (iii) estabelecem balizas principiológicas para o exercício da discricionariedade administrativa, fazem ruir o arcabouço dogmático do velho direito administrativo.

Assim tem-se que:

(i) a Constituição, e não a Lei passa a se situar no cerne da vinculação administrativa à juridicidade;

(ii) a detenção do que é interesse público, e de sua propalada supremacia sobre os interesses particulares, deixa de estar do inteiro arbítrio do administrador, passando a defender de Juízos de ponderação proporcional entre os direitos fundamentais e outros valores e interesses metaindividuais constitucionalmente consagrados;

(iii) a discricionariedade deixa de ser um espaço de livre escolha do administrador para convolar-se em um resíduo de legitimidade, a ser preenchido por procedimentos técnicos e jurídicos prescritos pela Constituição e pela Lei com vistas à otimização do grau de legitimidade da decisão administrativa. Por sua importância no contexto democrático e de implementação dos direitos fundamentais, tem-se dado ênfase à participação e à eficiência como mecanismos de legitimação das escolhas discricionárias da Administração Pública.

Depois da amplitude de tal conceito acerca da mitigação da preponderância do interesse público sobre o privado, trazemos tais acepções ao tema proposto no trabalho.

É inegável que incorreu, durante muito tempo, a concepção de ser a análise do incidente cautelar de suspensão de decisões contrárias aos entes públicos, de natureza política dos Presidentes dos Tribunais, porquanto afetos a discricionariedade inerente a sua convicção.

No bojo do trabalho constatamos o total descabimento de tal pretensão, haja vista que a atividade ali havida é de estrita natureza jurisdicional, na análise da juridicidade ou não da decisão em face de grave lesão à interesse público.

Não há espaço no atual abrangência dos direitos constitucionais fundamentais, um poder estatal absoluto que em critério político de conveniência e oportunidade, afaste direitos de particulares, sem se coadunar com a ordem constitucional e infraconstitucional vigente.

Vale dizer que há então, pelos órgãos jurisdicionados, um Juízo de valor ativo de proporcionalidade, razoabilidade e oportunidade, na análise se há fundamentos jurídicos fortes que sustentem uma suspensão, mesmo que temporária, de decisão perseguidas em interesses individuais ou privados. Acrescenta-se também que as normas, mesmo que em interpretação ditas abertas, externam requisitos formais como grave lesão à ordem, à saúde, à segurança, à economia pública e manifesto interesse público.

Apesar de serem denominados conceitos indeterminados, na livre apreciação do Magistrado, e na primazia de seu poder geral de cautela, a análise se apresenta em um Juízo de plausibilidade, nos fundamentos invocados pelo ente público, vez que é irrefutável a natureza cautelar do incidente de suspensão.

VI.2 – DIFERENCIAÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS. INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DAS VIABILIDADES NA APLICAÇÃO DESTE INCIDENTE PROCESSUAL

Como inserido no contexto do trabalho, a valoração dos princípios sobre a dogmática literal das regras se apresenta um fenômeno jurídico cuja causa deveu-se a constitucionalização de todos os ramos do Direito, priorizando a **ratio** constitucional.

Neste diapasão, imperioso se tornou a diferenciação entre princípios e regras para sua melhor compreensão e adequação do tema do incidente cautelar de suspensão.

O jurista Humberto Ávila¹⁴ (2004), em uma proposta conceitual, assim assevera:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhe axiologicamente subjacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

¹⁴ ÁVILA, Humberto – **Teoria dos Princípios** – 4ª Edição – Ed. Malheiros – 2004.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Vimos, portanto que os princípios são mais amplos, enquanto que as regras são mais descritivas e envoltas em uma hipótese fática de incidência, sendo emoldurada naquela questão fática a que se pretende tutelar, no instituto conhecido como subsunção perfeita do fato a norma descritiva.

Por si só constata a imutabilidade e a mitigação em suas possibilidades interpretativas, e muita das vezes, face a esta mesma rigidez, não se compatibiliza com as mudanças ocorridas do próprio desenvolvimento das relações humanas, ainda mais nos dias atuais, dado a alta tecnologia das comunicações, a globalização, os novos direitos, dentre outros.

Com relação aos princípios, seus efeitos são contrários aos que ocorre com a dogmática literal da regra. Calcado em valores que externa o senso comum da sociedade, adequa-se a nossa realidade em face destas configurações de valores, que são a essência do justo conscientizado pela maioria, servindo de parâmetro para as interpretações das demais normas, impondo um balizamento do seu campo de incidência, justamente por tutelar a **ratio essenci** do bem jurídico a que se pretende tutelar.

Inserido no tema do trabalho, maior relevância se alcança na medida em que a própria ausência de norma descritiva sobre o incidente cautelar de suspensão nas hipóteses claras de seu cabimento faz urgir um balizamento, um parâmetro justamente para que os mesmos não se afastem dos valores havidos pela sociedade, e cuja essência comporta os princípios.

Como já dito a ausência de norma específica e as condutas indeterminadas dos requisitos da suspensão de grave lesão à ordem pública, induzem a uma temerária discricionariedade e não raras vezes arbitrariedades dos fundamentos e das concessões desta suspensão em desfavor de interesses individuais ou particulares, que se submetem a uma suspensão da eficácia de uma decisão judicial perquirida, gerando, por conseguinte, a insegurança.

Neste contexto é necessário o socorro a este instrumento hermenêutico fincado nos princípios constitucionais, justamente para que, utilizando o postulado da proporcionalidade ou da ponderação de valores subjacentes, possa o Magistrado alcançar um maior campo de valoração de sua convicção, espelhado em princípios constitucionais, dentre eles o princípio da dignidade humana, *mater* dos demais princípios.

Muitas das vezes, as pretensões dos entes públicos não visam alcançar um valor uníssono da sociedade, mas sim fazer cumprir a manifestação volitiva e política de seus gestores públicos.

Nem de perto alcança o interesse público, e vem inserido em conceitos indeterminados, vagos justamente para um errôneo enquadramento e um claro desvio de finalidade e motivo determinante, se afastando assim de sua finalidade social.

Os princípios constitucionais funcionam no caso concreto como o condutor do desenvolvimento interpretativo do Magistrado, que na ponderação dos valores envolvidos, sopesa o mais relevante ou o mais afetado com a suspensão, e encerra uma análise do prejuízo havido com a superação de um bem em detrimento do outro, alcançando assim o maior equilíbrio e equidade inerente.

Note-se que todo este processo argumentativo-interpretativo não fere a segurança jurídica justamente porque tem aplicação na ponderação de bens e valores envolvidos, não se consistindo em abstração de conceitos e livres manifestações de pensamentos, mas sim na verificação de superação de um valor, em detrimento do outro, dentro do contexto apresentado no caso concreto.

Portanto, partindo da premissa de que o intérprete possui papel de preponderância no desenvolvimento e assentamento das relações jurídicas, maior ênfase se dá, como já vimos, quando direcionados sob a ótica constitucional.

Fruto de um pluralismo em sua instituição, a Constituição Federal de 1988 consagrou princípios e regras que refletem a valorização do homem e de seus próprios atos, ensejando do seu intérprete o acompanhamento destas mutações, refutando qualquer dogmática jurídica para o alcance da finalidade social da decisão.

O Jurista Luis Roberto Barroso¹⁵ (2004), já enfatizava que:

A nova interpretação constitucional assenta-se em um modelo de princípios aplicáveis mediante ponderação, cabendo ao intérprete proceder à interação entre fato e norma e realizar escolhas fundamentadas, dentro das possibilidades e limites oferecidos pelo sistema jurídico, visando a solução justa para o caso concreto. Nessa perspectiva pós-positivismo do Direito, são idéias essenciais a normatividade dos princípios, a ponderação de valores e a teoria da argumentação.

Não restam dúvidas da importância desta ponderação no corolário indeterminado da perspectiva do incidente cautelar de suspensão, afastando qualquer discricionariedade pura, e o absolutismo do já retrógrado conceito da preponderância do interesse público.

Para finalizar, no que diz respeito a própria teoria da argumentação consignada pelo festejado constitucionalista carioca, a mesma traz avanços pertinentes ao corolário da democratização jurisdicional, impondo um auditório heterogêneo para debates que afetam todos os seguimentos, ampliando os diversos tópicos e permitindo a racionalização da decisão sob a ótica de uma razão e consenso público.

VI.3 – A EXTENSÃO DOS LEGITIMADOS. DEMOCRATIZAÇÃO DA JURISDIÇÃO.

Na esteira das concepções impostas no tópico anterior, outro ponto de controvérsia, em face da ausência de normas específicas sobre o procedimento adotado nos incidentes cautelares de suspensão, seria justamente o rol dos legitimados em sua propositura.

A primeira vista, pode-se constatar que tal controvérsia inexistente vez que é patente ser os entes públicos em seu sentido ***lato sensu***, legitimados para a propositura do incidente, justamente por configurar como gestores, através de mandato, de outorga dos interesses públicos da qual compõe as atribuições de suas Administrações.

¹⁵ BARROSO, Luis Roberto – **Interpretação e Aplicação da Constituição** – 6ª Edição – Editora Saraiva – 2004 – pg. 384.

E muito menos há com relação a intervenção do Ministério Público, como já exposto neste trabalho, pelas próprias atribuições instituídas a estes membros do **parquet**, pelas disposições contidas no artigo 129 da Carta Política, seja como parte nas ações de direito público, seja como **custos legis**, perseverando o interesse público contido.

Também fora exposto no presente trabalho a extensão dos legitimados da Administração Pública indireta, sendo matéria assente na interpretação pretoriana de suas legitimidades para requerer o incidente cautelar de suspensão, pela própria extensão havida na dicção do artigo 37, § 6º da CF/88, acrescendo ao rol, os agentes delegados, prestadores de serviço público, concessionários e permissionários.

Antes mesmo da edição desta novel disposição constitucional, já se formava o entendimento da inclusão destes agentes da Administração Indireta, justamente por estes ocuparem o mesmo grau de afetação da Administração Pública, refutando assim a interpretação literal ou gramatical, antes empregada nos comandos das varias legislações sobre o tema da suspensão cautelar.

No judicioso entendimento da Juíza Cristina Gutierrez¹⁶, vemos:

Afigura-se razoável tal entendimento, que, no entanto, não pode dissociar-se da demonstração da ameaça de lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Vale dizer, todas elas prismas pelas quais se apresenta o interesse público, estuário teológico onde deságua a viabilidade da via excepcional da suspensão.

Portanto, dúvidas não há quanto a este alargamento dos legitimados quando se trata inclusive de pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, sendo portanto, tal rol previsto nas normas formais, meramente exemplificativo e não taxativo.

Porém a concepção deste trabalho sustenta, em conjunto com alguns doutrinadores e as mais recentes decisões das Cortes Superiores, de que tais legitimados compreendem as pessoas físicas e jurídicas de

¹⁶ GUTIERREZ, Cristina – **Legitimidade ativa na suspensão de Liminar e de Sentença** – Artigo no site www.cristinagutierrez.pro.br.

direito privado que fazem parte da relação processual ou até mesmo aqueles que tenham que suportar os efeitos da medida judicial.

Tal questão, no que diz respeito a extensão dos legitimados dos integrantes da relação processual originária se sustenta no princípio constitucional do devido processo legal, corolário da ampla defesa e do contraditório, e que não podem ser mitigados em nenhuma tutela jurisdicional.

A democratização da jurisdição, calcada nos princípios constitucionais e na melhor aplicação da novel teoria da democracia deliberativa, permite inclusive a legitimidade daqueles que, ao ser deferido *in limine*, a decisão provisória judicial, e desde que comprove sua pertinência temática, valendo dizer sua sucumbência nos efeitos da decisão judicial, se apresenta parte legítima ativa para requerimento do incidente cautelar de suspensão.

Por todos os fundamentos jurídicos esposados no decorrer de todo o trabalho, não mais se permite no sistema jurídico pátrio a interpretação literal ou gramatical, em se tratando de conceitos difusos ou indeterminados, que afetam diretamente direitos homogêneos ou metaindividuais, devendo ser sempre louvado uma maior participação deliberativa para o pleno alcance do justo social e extraído do senso comum coletivo.

VII – CONCLUSÃO

O trabalho chega a seu desfecho sem ter a pretensão, como já dito, de esgotar a matéria, até mesmo porque, a ausência legislativa encerra uma maior reflexão e solução que preservem o princípio da efetivação do provimento jurisdicional.

Restou claro em suas exposições que a denominada nova interpretação constitucional sobreveio para suprir lacunas oriundas de normas abertas como é o caso de incidente cautelar de suspensão, mas acima de tudo ser o postulado para a hermenêutica, ainda mais em se tratando de norma de natureza processual.

Os valores contidos são de indissociável interesse público, o que enseja uma maior valoração face ao alcance de sua eficácia, o que insta dizer que os efeitos danosos, sejam de difícil reparação ou os irreparáveis,

alcançam um maior número de lesados, importando em um Juízo mais seguro face do alargamento de sua finalidade social.

Deve ser adotado o refutamento à dogmática da norma, herança da já ultrapassada era positivista, e impor uma retórica em ampla discussão, ainda mais em se tratando de interesse público.

A participação de todos os envolvidos com o incidente é questão imperativa para apresentação de diversas argumentações, encontrando assim um consenso justo.

A ponderação de valores é critério de postulado do Estado-Juiz na interpretação que melhor preserve os bens jurídicos envolvidos, mesmo que contrários a manifestação volitiva dos entes públicos, em sua maioria, oriundos de interesses políticos.

O incidente cautelar de suspensão deve ser interpretado como medida processual de caráter excepcionalíssima, visando sempre preservar lesão aos interesses públicos, como se a evitar um mal maior, e neste aspecto, se sobrepondo a interesses individuais ou privados.

Os princípios constitucionais retomam ao panorama jurídico com eficácia, não mais se apresentando como valores quase metafísicos de ideal humano, mas sim de sua incidência plena na aplicação das regras, realçando os valores nelas contidos e com muito mais certeza, alcançando o caminho do equilíbrio, da segurança e da satisfação dos bens de relevância jurídica.

VIII – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto – **Teoria dos Princípios** – 4ª edição – São Paulo – Editora Malheiros – 2004

BARCELLOS, Ana Paula – **Ponderação, Racionalidade, e atividade jurisdicional**- Rio de Janeiro – Editora Renovar – 2005.

BARROSO, Luis Roberto – **Interpretação e Aplicação da Constituição** – 6ª Edição – São Paulo – Editora Saraiva – 2004.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos – **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência** – 2ª Edição – São Paulo – Editora Malheiros – 2004.

BINENBOJM, Gustavo – **Da Supremacia do Interesse Público**. Quaestio Júris – 1807-8389 – UERJ – 2005/09 – nº 2:27-64.

CITTADINO, Gisele – **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva** – 3ª Edição – Rio de Janeiro- Editora Lumen Juris – 2004.

CRUZ, André Luiz Vinhas da – **As Tutelas de Urgência e a Fungibilidade de meios no Sistema Processual Civil** – Editora Distribuidora – 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt – **A Antecipação da Tutela** – 9ª Edição – São Paulo – Editora Revista dos Tribunais – 2006.

NETO, Claudio Pereira de Souza – **Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa**- Rio de Janeiro – Editora Renovar- 2006.

RODRIGUES, Marcelo Abelha – **Suspensão de Segurança** – 2ª Edição – São Paulo – Editora Revista dos Tribunais – 2005.

VENTURI, Elton – **Suspensão de Liminares e Sentenças Contrárias ao Poder Público** – São Paulo – Editora Revista dos Tribunais – 2005.