



Instituto de Ensino Superior “Presidente Tancredo de Almeida Neves”

THAÍS MARLEY FERREIRA DA SILVEIRA

**A INCOMPATIBILIDADE DA SUSPENSÃO DE SEGURANÇA
FRENTE AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO
PROCESSO CIVIL**

São João del-Rei

2015

THAÍS MARLEY FERREIRA DA SILVEIRA

**A INCOMPATIBILIDADE DA SUSPENSÃO DE SEGURANÇA
FRENTE AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO
PROCESSO CIVIL**

Monografia apresentada ao curso de Direito do Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves – IPTAN – como requisito parcial à obtenção do título de graduada, sob a orientação da prof. Msc. Celimara de Almeida

São João del-Rei

2015

THAÍS MARLEY FERREIRA DA SILVEIRA

**A INCOMPATIBILIDADE DA SUSPENSÃO DE SEGURANÇA
FRENTE AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO
PROCESSO CIVIL**

Monografia apresentada ao curso de Direito do Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves – IPTAN – como requisito parcial à obtenção do título de graduada em Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Msc. Celimara de Almeida (Orientadora)

Prof. Dra. Carla Leila Oliveira Campos

Prof. Msc. Ciro Di Benatti Galvão

À Maria da Conceição Santos

AGRADECIMENTOS

Agradeço à professora Msc. Celimara de Almeida que com tanta paciência e atenção me orientou no decorrer desta pesquisa.

Agradeço aos meus pais, Osvaldo e Auxiliadora, por todo apoio e compreensão e por estarem sempre presentes.

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo realizar um estudo sobre o instituto da Suspensão de Segurança e sua incompatibilidade com alguns dos princípios do processo civil, de modo a demonstrar que tal instituto, criado com o objetivo de manter a supremacia do interesse público sobre o privado, permitiu que fossem criadas normas que desrespeitam princípios e garantias constitucionais. Concentrar-nos-emos na suspensão de liminares e sentenças nos mandados de segurança, por ser essa a primeira modalidade usada pelo Poder Público para suspender decisões favoráveis a particulares, que poderiam causar lesões à ordem, à saúde, à economia ou à segurança pública. Para tanto, realizamos uma pequena conceituação sobre os princípios constitucionais que são mais violados pela aplicação da suspensão, demonstrando os direitos e garantias que eles visam proteger. Assim, também traçamos um histórico da legislação que trata da Suspensão de Segurança, desde a sua criação, ainda no governo de Getúlio Vargas, até a promulgação da nova Lei de Mandado de Segurança. Após a análise de tais conceitos e das normas que regulam o tema filiamos-nos à corrente doutrinária que defende que o legislador brasileiro, em sua busca de proteger o Estado e o interesse público, criou regras desiguais que dificultam que a prestação jurisdicional seja realizada de forma justa. Porque, a legislação criou inúmeros benefícios para o ente público, enquanto que para o cidadão não foram concedidos meios que permitam que ele busque efetivamente a manutenção do seu direito.

Palavras-chave: Suspensão de segurança; princípios processuais; inconstitucionalidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO CIVIL	10
1.1 Conceito de princípio	10
1.2 Princípio do devido processo legal	12
1.3 Princípio do juiz natural	14
1.4 Princípio do contraditório	16
1.5 Princípio da isonomia	19
2. DA SUSPENSÃO DE SEGURANÇA	22
2.1 Histórico da suspensão de segurança no direito brasileiro	22
2.2 Natureza jurídica da suspensão de segurança	27
2.3 Cabimento da Suspensão de segurança	31
2.3.1 Grave lesão	31
2.3.2 Legitimidade ativa	33
2.3.3 Momento de interposição	34
2.4 A lei 12.016/09	35
3. A SUSPENSÃO DE SEGURANÇA E SUA INCOMPATIBILIDADE FRENTE AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO CIVIL	37
3.1 A inaplicabilidade dos princípios constitucionais quando da concessão da suspensão de segurança	37
CONSIDERAÇÕES FINAIS	46
REFERÊNCIAS	48

INTRODUÇÃO

O Estado Democrático de Direito tem a base de todo o seu ordenamento em sua Constituição Federal, que estabelece todas as diretrizes que o Estado deverá seguir, sendo ela a lei máxima de um país. Assim, a aplicação de todas as demais normas devem ter como pressuposto a Constituição. E, não havendo consonância entre elas, deve a lei infraconstitucional deixar de ser aplicada.

A Constituição é formada de regras e princípios que visam garantir que os interesses sociais sejam mantidos e cumpridos. O princípio, para Portanova (2001, p. 7), é uma diretriz, que rege todo o sistema e que deve sempre ser observado pelo intérprete na análise de um caso concreto.

Porém, apesar de toda essa proteção ao texto constitucional, há leis que violam as garantias por ele defendidas. É o caso da legislação que regula o Mandado de Segurança que, ao criar a suspensão de segurança, estipula que, apesar de o particular possuir o direito líquido e certo, o Poder Público pode suspender a decisão que lhe foi favorável no mandado de segurança, quando vislumbrado o risco ao interesse público.

Essa legislação mandamental, criou mecanismos que garantem que o Estado consiga ter a decisão suspensa, concedendo três tentativas para que o ente público peça pela suspensão, sendo a última dirigida diretamente ao presidente do STF ou STJ.

Assim, é objetivo desta pesquisa demonstrar como a legislação que regula a suspensão de segurança contraria os princípios elencados na Carta Magna como norteadores do Processo Civil. Tendo em vista que os mecanismos concedidos ao Estado são mais numerosos e eficientes em comparação aos garantidos ao particular, o que impossibilita muitas vezes que a decisão favorável ao particular seja mantida.

A presente monografia, através da vertente jurídica-dogmática, irá, portanto, buscar a interação de elementos internos do ordenamento jurídico, procurar apresentar o instituto da suspensão de segurança desde a sua criação, esclarecendo os fatores que contribuíram para o seu aparecimento e, ainda, o embate entre essa legislação e os princípios constitucionais analisados

através do método de pesquisa bibliográfica , utilizando como *corpus* metodológico fontes primárias, tais como a jurisprudência e obras de Direito.

Com o intuito de analisar se realmente há uma incompatibilidade entre o direito processual constitucional e a lei mandamental, no que tange à concessão de suspensão de segurança, dividimos esse trabalho em três capítulos.

No primeiro capítulo, será conceituado o termo princípio de acordo com a visão de vários teóricos, dando-se ênfase aos princípios da isonomia, do juiz natural, do contraditório e do devido processo legal. Por serem eles os mais ofendidos quando da aplicação da suspensão, em especial quando vislumbrada a hipótese de suspensão da suspensão de segurança.

No segundo capítulo, o foco será dado à legislação que regula esse instituto, traçando um histórico desde a sua criação na ditadura de Getúlio Vargas até a Lei Federal 12.106/09. Assim, analisaremos todas as mudanças ocorridas ao longo dos anos, bem como as condições para a concessão da suspensão e as discussões que a permeiam tanto na jurisprudência quanto na doutrina.

Por fim, no terceiro capítulo, analisaremos como a suspensão de segurança e, principalmente, como a suspensão da suspensão de segurança, elencada no art. 15, § 1º, da Lei 12.016/09, infringem os princípios constitucionais elencados anteriormente, não existindo compatibilidade entre o defendido no texto constitucional e o exposto na lei infraconstitucional. Isso porque, o ente público é dotado de “armas” que inibem a atuação do particular, que não tem meios para se proteger e manter a decisão que lhe foi favorável, não permitindo que ocorra um processo justo.

1. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO CIVIL

O sistema jurídico é descrito por Portanova (2001, p. 7) como uma ordem axiológica de princípios jurídicos gerais, que irão reger todas as demais normas. Desse modo, são o norte do sistema, estipulando diretrizes que devem ser seguidas, obedecidas por todos os demais ramos jurídicos.

Desse modo, concentrar-nos-emos em analisar, aqui, o que propriamente é princípio, baseando-nos em conceitos de alguns autores como Alexy. Deter-nos-emos no estudo de quatro princípios denominados por Portanova como princípios de primeiro grau, por deles derivarem diversos princípios secundários. São eles: princípio do devido processo legal, do juiz natural, do contraditório e da isonomia.

Esses princípios têm o objetivo de regular a prestação jurisdicional, permitindo uma homogeneidade na aplicação da norma processual, facilitando o acesso e a solução dos conflitos e ameaças a direitos.

1.1 Conceito de princípio

Após a promulgação da Constituição da República em 1988, passou a ocorrer no ordenamento jurídico brasileiro a constitucionalização do direito, fato já ocorrido em diversos países ocidentais após a 2ª Guerra Mundial, marcado pela supremacia do texto constitucional sobre os demais ramos do direito.

A Constituição Federal passa, então, a se balizar em princípios, que serão norteadores para a aplicação do direito pátrio. Esses princípios são a representação de valores da sociedade, positivados como meio de proteger os interesses sociais.

É então, o princípio, mandamento nuclear de um sistema, em que se pauta o alicerce de toda a legislação vigente, sendo o critério para a adequação das normas do ordenamento, posto ser ele o que define a lógica e a racionalidade de um sistema normativo, dando também a harmonia para esse sistema (MELLO, 1991, p. 230).

Para Vilas-Bôas (2003, p. 21),

Chegamos à concepção de que o princípio – sua ideia ou conceituação – vem a ser a fonte, o ponto de partida que devemos seguir em todo o percurso; ao mesmo tempo em que é o início, também é o meio a ser percorrido e o fim a ser atingido. Dessa forma,

todo o ordenamento jurídico deve estar de acordo com os princípios, pois só eles permitem que o próprio ordenamento jurídico se sustente, se mantenha e se desenvolva.

Quanto à supremacia dos princípios constitucionais sobre as demais normas, Bonavides (2001, p. 260) se posiciona da seguinte maneira:

Postos no ponto mais alto da escala normativa, eles mesmos, sendo normas, se tornam, doravante, as normas supremas do ordenamento. Servindo de pautas ou critérios por excelência para avaliação de todos os conteúdos normativos, os princípios, desde sua constitucionalização, que é ao mesmo passo, positivamente no mais alto grau, recebem como instância valorativa máxima categoria constitucional, rodeada do prestígio e da hegemonia que se confere às normas inseridas na Lei das Leis. Com esta relevância adicional, os princípios se convertem igualmente em *norma normarum*, ou seja, normas das normas.

Princípios, seguindo os ensinamentos de Dworkin (2003), possuem uma dimensão de peso, estabelecendo deveres provisórios, diretrizes que irão pautar a aplicação das normas, ao passo que as regras são aplicadas no modo tudo ou nada, ou seja, cria-se uma hipótese de incidência que deve ser preenchida, sob pena de a norma não ser considerada válida.

Robert Alexy (2001) defende que os princípios jurídicos constituem uma espécie de norma jurídica, na qual são estabelecidos deveres de otimização que são aplicáveis em diversos graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas. Assim, no caso de conflito entre os princípios, o que se busca é a ponderação e aplicação do princípio mais adequado para o caso concreto, não havendo a imediata prevalência de um princípio sobre o outro, pois ao contrário do que ocorre com as regras, em que é necessária a averiguação se elas estão dentro da ordem jurídica, o conflito de princípios já está no interior dessa ordem.

Vislumbra-se, então, em que ponto os princípios gerais do direito processual se distinguem das regras processuais, já que aqueles compõem o ordenamento jurídico, como já dito, impondo diretrizes que devem ser seguidas quando da aplicação e criação de institutos que regulamentam o processo de forma geral no Brasil.

Nessa vertente, Grinover, Dinamarco e Cintra (2010, p. 56-57) dispõem que:

A doutrina distingue os princípios gerais do direito processual daquelas normas ideais que representam uma aspiração de melhoria do aparelhamento processual; por esse ângulo, quatro regras foram

apontadas, sob o nome de “princípios informativos do processo: a) o princípio lógico (seleção dos meios mais eficazes e rápidos de procurar e descobrir a verdade e de evitar o erro; b) o princípio jurídico (igualdade no processo e justiça na decisão); c) o princípio político (o máximo de garantia social, com o mínimo de sacrifício individual da liberdade); d) o princípio econômico (processo acessível a todos, com vista ao seu custo e à sua duração).

A Carta Magna de 1988 elenca quais são os princípios fundamentais que irão reger o direito processual brasileiro, são eles: o devido processo legal, o princípio inquisitivo e dispositivo, o princípio do contraditório, princípio da ampla defesa, princípio do juiz natural, princípio da isonomia, princípio do duplo grau de jurisdição (este de maneira implícita) e o princípio da motivação das decisões judiciais.

Passaremos à análise pormenorizada de algumas desses princípios.

1.2 Princípio do devido processo legal

O princípio do devido processo legal é previsto no artigo 5º, LIV, da Constituição Federal, que determina:

Art.5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Também é previsto no pacto de São José da Costa Rica, tratado internacional, do qual o Brasil é signatário:

Art. 8º Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de 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 na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

A primeira vez que o devido processo legal foi positivado foi na Carta Magna de 1215, do rei inglês João Sem Terra, que em seu artigo 39 assegurou aos barões e

depois a todo o povo do Reino Unido, o direito a só ser julgado pelos seus pares e de acordo com as leis do seu país.

Em 1315, houve a efetiva implementação do *due process of law* (devido processo legal), pelo rei Eduardo III, que determinou de forma expressa a proteção a vida-liberdade-propriedade, sendo que nenhum cidadão poderia ter qualquer um desses direitos privados senão por força de um processo submetido a normas razoáveis. No decorrer dos séculos subsequentes esse princípio se firmou como pedra fundante da maioria dos ordenamentos jurídicos modernos, marcados pela garantia de razoabilidade das leis.

O devido processo legal é princípio irradiador, interferindo nos demais princípios processuais, estando alguns nele implícitos, pois princípios como o da isonomia e do contraditório existiriam mesmo sem expressa disposição legal, já que o devido processo legal garante a existência do processo justo, além de visar o livre acesso à justiça para todos que a buscam.

Todos os princípios constitucionais que regulam o processo brasileiro devem respeitar o devido processo legal, sendo que aqueles trabalham em função deste, garantindo sua eficácia, assim ele é: um “princípio fundamental, construído pela conjugação eficaz dos demais princípios”, constituindo assim o processo justo. (CARVALHO, 2008, p. 273)

Nesse diapasão, Theodoro Júnior (2014, p.86) ensina que por justo deve se entender:

Diante dessas ideias, o *processo justo*, em que se transformou o antigo *devido processo legal*, é o meio concreto de praticar o processo judicial delineado pela Constituição para assegurar o pleno acesso à Justiça e a realização das garantias fundamentais traduzidas nos princípios da legalidade, liberdade e igualdade. Nesta ordem de ideias, o processo, para ser *justo*, nos moldes constitucionais do Estado Democrático de Direito, terá de consagrar, no plano procedimental:

- a) o direito de acesso à Justiça;
- b) o direito de defesa;
- c) o contraditório e a paridade de armas (processuais) entre as partes;
- d) a independência e a imparcialidade do juiz;
- e) a obrigatoriedade da motivação dos provimentos judiciais decisórios;
- f) a garantia de uma duração razoável, que proporcione uma tempestiva tutela jurisdicional.

Atualmente, tem-se analisado o princípio do devido processo legal sob duas óticas: devido processo legal substancial e o devido processo legal formal. O primeiro diz respeito à elaboração e interpretação de normas jurídicas, funcionando como um controle ao poder de legislar e à aplicação da razoabilidade e proporcionalidade, evitando as arbitrariedades do Poder Público. Já o segundo corresponde à atuação dentro do processo, ou seja, a garantia de o magistrado aplicar na prestação jurisdicional todos os direitos garantidos aos jurisdicionados pela Constituição.

Porém, Theodoro Júnior (2014, p.88) impõe restrições quanto à análise dúplici desse princípio, estipulando que não há uma divisão, que a natureza substancial provém do próprio sistema constitucional, não sendo algo que deriva especialmente do devido processo legal.

O doutrinador citado faz ressalvas quanto à aplicação do princípio do devido processo legal, ao dizer que ele não pode ser utilizado de maneira isolada, que deve primeiro se aplicar a norma processual infraconstitucional, devendo o princípio ser usado somente de modo complementar. Já que a norma é destinada para um fim específico deve ser ela a aplicada ao caso concreto, devendo o princípio ser usado somente como complemento, como diretriz da aplicação do direito, a não ser nos casos em que se comprova a inaplicabilidade da regra prevista.

1.3 Princípio do juiz natural

A Constituição da República de 1988, também se preocupou em eleger o princípio do juiz natural como princípio fundamental, o elencando em seu art. 5º, incisos XXXVII e LIII, que dispõe:

Art.5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXVII- Não haverá juízo ou tribunal de exceção;

[...]

LIII- Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; [...].

Essa garantia constitucional tem como intuito resguardar o cidadão, estabelecendo que o processo seja instruído por juízo determinado e pré-constituído na própria Constituição, sendo o juiz imparcial. Tem-se então que esse princípio tem duas faces: uma ligada ao órgão jurisdicional e outra ligada a pessoa do juiz.

O fato é que a duas dimensões juntas significam a tutela constitucional da imparcialidade do juiz, elemento inafastável do devido processo legal. Pois bem, o que a constituição nesse passo proíbe, em primeiro lugar, é a instituição de um órgão judiciário *ex post facto*, isto é, a criação de um órgão judicante posterior ao fato apenas para o julgamento deste mesmo fato, penal ou civil. Fica vedado, em segundo lugar, o estabelecimento de juízo ou tribunal *ad personam*, vale dizer, a instituição de órgão jurisdicional para julgamento de determinada ou determinadas pessoas, ainda que a respeito de fatos ocorridos anteriormente à constituição do órgão. (MACHADO, 2006, p. 17).

No que tange ao órgão jurisdicional, o que se pretende é a vedação para a criação de tribunais *ad hoc* e de exceção, proíbe-se o julgamento por parte de órgão que não tenha sua competência expressa pela Constituição e que exista previamente ao ato a ser julgado

Sobre a matéria Pellegrini (2010, p. 58) explica que:

As modernas tendências sobre o princípio do juiz natural nele englobam a proibição de subtrair o juiz constitucionalmente competente. Desse modo, a garantia desdobra-se em três conceitos: a) só são órgãos jurisdicionais os instituídos pela constituição; b) ninguém pode ser julgado por órgão constituído após a ocorrência do fato; c) entre os juízes pré-constituídos vigora uma ordem taxativa de competências que exclui qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja.

A Constituição Federal é a responsável por delimitar quais serão as competências dos órgãos jurisdicionais por ela previstos, o que ocorre nos arts. 102,105,108 e 109, que preveem, respectivamente, as competências do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e dos juízes federais.

Para Frederico Marques (1997, p. 74), a jurisdição só poderá ser exercida pelos órgãos previstos no texto da Constituição Federal, estando investido de função jurisdicional, o juiz ou tribunal que esteja enquadrado nesses órgãos. A previsão pode se dar de maneira expressa ou implícita, tendo-se a primeira quando a enumeração de competência de um órgão é feita pela própria constituição, já a segunda ocorre

quando a Constituição permite que lei ordinária trate da estruturação de determinados órgãos.

Quanto à pessoa do juiz, o que o princípio em questão quer garantir é que a pessoa natural que exerce a função jurisdicional seja, no percurso do processo, imparcial, não dando a nenhuma das partes tratamento diferenciado. Por isso, o Código de Processo Civil estipula situações de suspeição ou impedimento, nas quais o juiz que se ver nelas inseridos não poderá atuar no processo sob pena de a decisão proferida perder a sua legitimidade.

Câmara (2013, p. 83) faz uma ressalva importante sobre a imparcialidade do juiz, defendendo que a necessidade de ser imparcial não o faz neutro, devendo o magistrado atuar dentro do processo de modo a garantir que a prestação jurisdicional seja feita da melhor forma possível, por isso se torna legítima a busca do juiz pela verdade real.

O juiz que, *ex officio*, determina a produção de certa prova não está sendo parcial, nem favorecendo alguma das partes, ainda que a prova, depois de produzida, seja favorável a uma das partes em detrimento da outra. Tal parcialidade inexistente até porque o juiz não sabia, ao determinar a produção da prova, qual seria a parte favorecida. Ao contrário, será parcial o juiz que deixar de determinar de ofício a produção de certa prova, pois nesse caso estará favorecendo a parte a quem tal prova seria prejudicial.

O juiz então deverá ser imparcial, sem, no entanto, ser neutro. Já que a imparcialidade deve estar na ausência de qualquer interesse do juiz naquela lide. Não podendo haver um processo julgado por um juiz que seja ligado a uma das partes, seja por amizade ou laços de parentesco, ou que ele tenha qualquer interesse na vitória de qualquer das partes (CÂMARA, 2013, p. 84).

Necessário se faz ainda ressaltar que o princípio do juiz natural foi incluído na Declaração Universal de Direitos do Homem, feita pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948.

1.4 Princípio do contraditório

O princípio do contraditório decorre diretamente do devido processo legal, sendo, para muitos doutrinadores, elemento componente do conceito de processo, não podendo existir processo sem haver contraditório.

O art. 5.º, LV, da CR/88 estipula “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, como os meios e recursos a ela inerentes”.

Aqui se vislumbra a garantia de as partes terem ciência e poderem se pronunciar sobre os atos e provas do processo, além de conceder o pleno direito de defesa e pronunciamento a todas as partes, indistintamente.

O princípio do contraditório, para Theodoro Júnior (2014), é absoluto, não podendo existir processo que não o observe, sendo nesses casos nulo.

Para o autor, tal princípio

se desdobra nos seguintes direitos assegurados às partes: (i) *direito de informação*, que obriga o julgador a informar a parte contrária todo o ato praticado no processo, com explicitação dos seus elementos; (ii) *direito de manifestação*, que assegura ao litigante a possibilidade de manifestar-se sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo; (iii) *direito de ver seus argumentos considerados*, que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo para contemplar as razões apresentadas. (THEODORO JÚNIOR, 2013, p. 94).

Já Gonçalves (2012, p.103) conceitua o princípio do contraditório nos seguintes termos:

O contraditório não é apenas "a participação dos sujeitos do processo". Sujeitos do processo são: o juiz, seus auxiliares, o Ministério Público, quando a lei o exige, e as partes (autor, réu, intervenientes). O contraditório é a garantia de participação, em simétrica paridade, das partes, daqueles a quem se destinam os efeitos da sentença, daqueles que são os “interessados”, ou seja, aqueles sujeitos do processo que suportarão os efeitos do provimento e da medida jurisdicional que ele vier a impor.

Para o autor, é necessário salientar que o contraditório é uma garantia que possibilita à parte se pronunciar no processo, não sendo obrigatória a sua participação, o que o Estado deve garantir é que a parte será informada, mas cabe a ela decidir se irá pronunciar-se ou não.

O juiz tem o dever de informar e de garantir que a informação seja dada, para que a parte, querendo, possa intervir. E quando se diz querendo, pretende-se realçar que a parte jamais poderia ser obrigada a vir praticar os atos processuais que lhe são destinados, podendo optar por suportar os eventuais ônus de sua omissão. Não se pode perder de vista que o contraditório é a garantia, a possibilidade

assegurada da participação das partes em simétrica paridade, e uma garantia, considerada do ângulo do Estado, é um dever, mas do ângulo do jurisdicionado jamais pode ser identificada a uma coação, porque sempre será proteção assegurada pelo Direito. (GONÇALVES, 2012, p. 108).

Porém, quando se tratarem de direitos indisponíveis, mesmo se a parte permanecer silente depois de ser citada ou intimada, cabe ao Estado fornecer meios de garantir que ela seja “protegida” naquele processo, criando uma “ficção jurídica de que houve a reação” (NEVES, 2014, p. 106).

O novo Código de Processo Civil, sancionado em março de 2015, garante, nos arts. 7º, 9º e 10, o princípio do contraditório ao dispor que:

Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

A nova lei processual visa impedir que o pronunciamento jurisdicional “pegue de surpresa” a parte interessada, tendo em vista que essa não foi chamada no decorrer do processo e não pode se pronunciar quanto aos atos produzidos naquele.

O professor Neves (2014, p.106) faz ressalvas quanto a nova legislação processual:

Não é feliz a redação do art. 9.º, caput, do PLNCPC, ao prever que o juiz não proferirá decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida. Na realidade, não há qualquer ofensa em decidir sem que a outra parte tenha sido ouvida, já que a manifestação dela é um ônus processual. A única compreensão possível do dispositivo legal é de que a decisão não será proferida antes de intimada a parte contrária e concedida a ela uma oportunidade de manifestação. Afinal, a circunstância de poder ser ouvida, que não se confunde com efetivamente ser ouvida, já é o suficiente para se respeitar o princípio do contraditório.

Impende destacar a existência do contraditório diferido ou postecipado, no qual, em decorrência de situações em que não se pode esperar o andamento processual

“normal”, sob pena de perda do direito ou lesão de difícil reparação, o juiz confere a antecipação da tutela antes de citar a parte contrária. Porém, o contraditório não deixará de ocorrer, ele só será feito em uma fase posterior do processo.

O contraditório diferido também pode ser aplicado na tutela de evidência quando fundada “na grande probabilidade da parte ter o direito que alega, não sendo crível que, à luz do princípio do acesso à ordem jurídica justa, tenha que esperar o final do processo para que seja a tutela concedida” (NEVES, 2014, p. 109).

O novo Código de Processo Civil, tal como a legislação de 1973, permite o contraditório postecipado, elencando, no parágrafo único, do art. 9º, as hipóteses em que poderá haver a decisão judicial antes que as partes sejam ouvidas:

Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:

I - à tutela provisória de urgência;

II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;

III - à decisão prevista no art. 701.

Desse modo, a legislação permite somente que o contraditório seja exercido em um momento diverso, não permitindo, entretanto, que ele deixe de ser realizado, pois, após a concessão da liminar, deve ser a parte chamada no processo para apresentar a sua defesa.

1.5 Princípio da isonomia

O Estado Democrático de Direito tem como uma de suas premissas básicas a igualdade, sendo dever do Estado tratar a todos de maneira igual. Para tanto, a Constituição brasileira traz no *caput* do seu artigo 5º que:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

A igualdade perante a lei se estende para a igualdade dentro do processo, todas as partes devem ser tratadas de maneira igual, possibilitando que tenham a

chamada “paridade de armas”, ou seja, oportunidade igual de falar e se defender dentro do processo, que tenham condições equilibradas.

A igualdade perante a lei é premissa para a afirmação da igualdade perante o juiz: da norma inscrita no art. 5º, caput, da Constituição, brota o princípio da igualdade processual. As partes e os procuradores devem merecer tratamento igualitário, para que tenham as mesmas oportunidades de fazer valer em juízo as suas razões. (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2010, p. 59).

A igualdade jurídica, não pode, entretanto, fazer com que as partes sejam realmente iguais, já que cada um tem características que os distinguem, e as diferenças tem que ser consideradas no decorrer do processo.

Assim, a igualdade prevista na Carta Magna é aquela na qual busca-se tratar com igualdade os iguais e desigualdade os desiguais, na medida de sua desigualdade. É através do tratamento distinto que se consegue a, já mencionada, paridade de armas, já que possibilita que as duas partes integrem o processo com todas as condições possíveis para buscar a decisão jurisdicional.

Neves (2014, p. 114) defende que o objetivo do princípio da isonomia é possibilitar que de maneira concreta as partes participem do processo, dentro de um limite possível, em igualdade. Para isso que dependendo da qualidade do sujeito, ou da matéria que está sendo discutida em juízo, são concedidas algumas prerrogativas, que tem o objetivo de equilibrar a disputa processual.

Alguns exemplos de prerrogativas conferidas as partes são: a) o benefício da justiça gratuita para aqueles que se declaram pobres; b) prioridade, nos juízos inferiores e nos tribunais, às causas de interesse de pessoas com 60 anos ou mais; c) a inversão do ônus da prova nos processos que discutam direito do consumidor; d) o incapaz, que terá direito a representante processual, presença do Ministério Público como fiscal da lei e não operará com relação a ele o efeito da presunção de veracidade na revelia, nem contra ele correrá prazo prescricional.

A Fazenda Pública como atua em defesa do interesse público e por seu grande volume de processos tem assegurada algumas prerrogativas, quais sejam:

- o prazo em quádruplo para responder – que abrange todas as espécies de resposta, e não só a contestação como consta do art. 188 do CPC – e em dobro para recorrer;
- isenção do recolhimento de preparo e do adiantamento de quaisquer custas judiciais;

- dispensa da caução prévia para a propositura da ação rescisória;
- dispensa do depósito da multa para continuar recorrendo na hipótese do art. 557 do CPC;
- possibilidade de ser condenado a pagar honorários em valor inferior a 10% sobre o valor da condenação (art. 20, § 4.º, do CPC);
- reexame necessário nos termos do art. 475 do CPC.

Existem algumas divergências doutrinárias no sentido de que essas prerrogativas conferidas à Fazenda Pública seriam inconstitucionais. Pois transformam o ente em uma *superparte* no processo que tudo pode e contra ela nada se pode. Para os defensores dessa corrente há o uso do termo privilégios da Fazenda Pública ao invés de prerrogativas.

A autora Ada Pellegrini defende que são necessárias as prerrogativas conferidas às partes consideradas desiguais. As oportunidades diferentes no processo, para ela trata-se de igualdade substancial, na qual se realça o conceito realista, em que se busca a igualdade proporcional, tendo em vista que a igualdade real não é possível de ser alcançada.

Mas a autora ainda dispõe que apesar de necessárias tais prerrogativas devem ser concedidas de maneira cuidadosa, evitando-se que na ânsia de garantir oportunidade a todos não se legitime a desigualdade dentro do processo.

No processo civil legitimam-se normas e medidas destinadas a reequilibrar as partes e permitir que litiguem em paridade de armas, sempre que alguma causa ou circunstância exterior ao processo ponha uma delas em condições de superioridade ou de inferioridade em face da outra. Mas é muito delicada essa tarefa de reequilíbrio substancial, a qual não deve criar desequilíbrios privilegiados a pretexto de remover desigualdades. (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2010, p.60)

Princípios são, como já dito anteriormente, a força irradiadora dentro do ordenamento jurídico, não podendo prosperar legislação que a eles desrespeite, já que ao se desrespeitar essas normas tem-se descumprido o preceito em que se funda o Estado Democrático de Direito.

2. DA SUSPENSÃO DE SEGURANÇA

Para efetivar a proteção do interesse público, o qual leva em consideração o interesse de toda a coletividade em detrimento do interesse individual, e do princípio da isonomia, foi criado no ordenamento brasileiro o instituto da Suspensão de Segurança.

Esse instituto tem como objetivo permitir que, quando vislumbrados o risco à saúde, à segurança, à ordem ou à economia pública, o poder público possa retardar o cumprimento de decisões ou sentenças que lhe são desfavoráveis.

A suspensão de segurança passou por diversas mudanças desde a sua implementação, sendo que este capítulo tratará dessas mudanças, bem como da natureza jurídica desse instituto e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.

2.1 Histórico da suspensão de segurança no direito brasileiro

Para falar sobre o surgimento do instituto da suspensão de segurança, antes é necessário abordar o surgimento do mandado de segurança, já que aquele foi criado, inicialmente, como mecanismo a ser aplicado neste.

A Constituição Federal de 1934 estabeleceu em seu art. 113, item 33, a hipótese de cabimento de mandado de segurança pela primeira vez no ordenamento jurídico, dispondo que: “dar-se-á mandado de segurança para defesa de direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade.”

O mandado de segurança é definido por Meirelles (2010, p. 25-26) como o meio constitucional colocado à disposição de toda pessoa física ou jurídica, para a proteção de direito individual ou coletivo, devendo esse ser líquido e certo e que tenha sido ameaçado ou lesado por ato de autoridade, não podendo esse direito ser amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*.

Tal instituto visa à proteção, principalmente do particular, contra atos abusivos do Poder Público, garantindo que se proteja os seus direitos anteriormente concedidos. Por isso, é necessário que para que o Mandado de Segurança seja concedido o direito alegado seja líquido e certo, ou seja, um direito para o qual não é necessária a produção de provas para ser comprovada a sua existência.

Assim, direito líquido e certo pode ser definido como:

o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais. (MEIRELLES, 2010, p. 38)

O mandado de segurança, para que possa ser impetrado, necessita que um ato cometido por uma autoridade ameace ou viole um direito líquido e certo, que se comprove de plano, sendo essas condições da ação. Essas são impostas em razão do próprio objetivo do *writ* que é a proteção contra o abuso de autoridade, resguardando, assim, um direito que já foi concedido de maneira inequívoca pelo legislador.

A legislação que trata do mandado de segurança foi sendo ampliada e modificada no decorrer do tempo, incluindo institutos e novas regras que regulamentam a sua aplicação.

Em 1936, foi promulgada a Lei 191, que tinha como um de seus objetivos regular o mandado de segurança, instituído na Constituição. O art. 11 da referida lei concedia a possibilidade de se interpor recurso no prazo de 5 dias, da decisão que conceder ou denegar a segurança, não tendo esse recurso efeito suspensivo.

O art. 13 da Lei 191/36 é o responsável por inserir em nosso ordenamento o instituto da suspensão de segurança para as ações de mandado de segurança pela primeira vez, estipulando:

nos casos do art. 8º, § 9º e art. 10, 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 lesão grave à ordem, à saúde, ou à segurança pública, manter a execução do ato impugnado até o julgamento do feito, em primeira ou segunda instância.

A criação do instituto em questão foi justificada pelo relator do projeto de lei Alcântara Machado da seguinte forma:

O que nos impressiona é a possibilidade de concessão do mandado, por um juiz faccioso ou mal esclarecido, em circunstâncias em que podem sacrificar de modo irreparável a saúde ou a ordem pública ou a segurança nacional. (CASTRO NUNES apud Venturi, 2010, p. 36).

Impende destacar que a suspensão de segurança foi criada durante um período de exceção, em que o país vivia a ditadura instaurada por Getúlio Vargas, sendo que em períodos como esses o governo tem como necessidade a criação de mecanismos que permitam que ele se mantenha no poder por mais tempo.

Durante esse período, foi promulgada a Constituição de 1937, na qual o Mandado de Segurança não figurava como garantia constitucional, sendo regulado somente pela legislação infraconstitucional. O *writ* só voltou ao status de remédio constitucional com a Constituição Federal de 1946.

O Código de Processo Civil de 1939, no art. 328, contemplou o instituto sem grandes modificações do disposto na Lei 191/36. Foi a Lei 1533 de 31 de dezembro de 1951, que trouxe inovações para a suspensão de segurança. Tal lei foi promulgada com base no disposto na Constituição de 1946, que revogou todas as disposições do CPC de 1939 que tratavam do mandado de segurança.

O art. 13 da Lei 1533/51 estipulava que “quando o mandado for concedido e o Presidente do Tribunal, ao qual competir o conhecimento do recurso, ordenar ao juiz a suspensão de execução da sentença, desse seu ato caberá agravo para o tribunal a que presida”. Esse dispositivo possibilitou ao particular que teve a segurança do seu pedido suspensa interpor agravo da decisão que concedeu a suspensão.

Venturi (2010, p. 37) chama atenção para o fato de que a nova legislação (Lei 1533/51) não impôs vinculação do pedido de suspensão às razões de interesse público que antes condicionavam o pedido, havendo, então na vigência dessa lei, uma discricionariedade dos presidentes dos tribunais para a concessão da suspensão. Também foi através da interpretação da lei por parte dos presidentes dos tribunais que se começou a concessão da suspensão das liminares, através de uma interpretação extensiva do dispositivo legal.

Em 1964, foi promulgada a Lei 4.348, que tinha o objetivo de estabelecer normas processuais relativas a mandado de segurança. A nova lei manteve a previsão do recurso de agravo da decisão que concedia a suspensão e implementou mais uma possibilidade para a concessão da suspensão de segurança que é a grave lesão à economia pública.

A partir de então, pouca coisa foi modificada pela legislação em relação à suspensão de segurança, havendo leis que tinham o objetivo de complementar a lei de 1964, como a Lei 8038/90 que regulava a possibilidade de haver suspensão de segurança em decisões proferidas em acórdãos.

Com o passar do tempo e, vislumbrando-se a eficácia que a suspensão de segurança promovia na preservação do interesse público, estendeu-se esse instituto para outros tipos de ação. Passa-se, então, a haver a possibilidade de interpor a suspensão de segurança em ações civis públicas, ações populares e *habeas data*.

Como previsto na Lei 8.437/92, art. 4º

Compete ao Presidente do Tribunal, ao qual couber o conhecimento do de 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.

§1º. Aplica-se o disposto nesse artigo à sentença proferida em processo de ação cautelar inominada, no processo de ação popular e na ação civil pública, enquanto não transitada em julgado.

§2º. O Presidente do Tribunal poderá ouvir o autor e o Ministério Público em setenta e duas horas.

As mudanças na regulamentação da suspensão de segurança, em sua grande maioria, ocorriam por meio de medidas provisórias que iam alterando a legislação que já estava em vigor. A medida provisória 1984 de 11 de janeiro de 2000, implementou dois novos parágrafos à Lei 8347/1992, possibilitando um novo pedido de suspensão ao STF ou STJ quando o primeiro pedido for negado ou quando tendo interposto agravo esse for julgado improcedente. Tais mudanças foram objetos da ADIn 2251 que pedia a inconstitucionalidades de tais artigo. A ação foi julgada improcedente e os artigos constitucionais.

A MP 2180-35 de 24 de agosto de 2001, também trazia várias mudanças para a legislação da suspensão de segurança, porém, a edição da Emenda Constitucional nº 32/2001, que previa que as medidas provisórias passariam a ter validade de 60 dias prorrogáveis por igual período, e que as medidas provisórias editadas antes da promulgação dessa emenda, continuariam a valer até que outra MP as revogasse ou até que o congresso deliberasse sobre elas, fez com que a Medida provisória acima

referida fosse congelada, ou seja, ela continuará a valer até que o congresso delibere definitivamente sobre a sua vigência.

Rodrigues (2010, p. 85) define as modificações introduzidas pelas medidas provisórias como:

As modificações feitas no pedido de suspensão de segurança não foram cirurgias meramente plásticas ou estéticas, mas verdadeiras “mutações genéticas” que chegaram ao ponto de desnaturar o próprio instituto originalmente concebido. O aumento da variabilidade das hipóteses de cabimento desde instituto foram tantas que, não fosse o nome e a identificação do instituto pela própria medida provisória, estaríamos diante da suspensão de segurança. Em alguns casos tem-se a sensação que estamos diante de uma outra espécie inventada pelo “falso legislador”.

Por fim, foi promulgada a lei 12.016/2009 que regulou o mandado de segurança, revogando as leis infraconstitucionais que até então tratavam da matéria. Tal lei reservou um artigo, art. 15,¹ para disciplinar a suspensão de segurança, não havendo muitas mudanças das legislações anteriores, mas, sim, uma reunião de todos os dispositivos que já haviam tratado da matéria.

A possibilidade da concessão de suspensão de segurança em liminares foi se adequando às alterações legislativas, já que a possibilidade de liminares no mandado de segurança foi sendo modificada com o passar dos anos. A primeira lei a tratar do

¹ Art. 15. Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público 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 suspender, em decisão fundamentada, a execução da liminar e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 5 (cinco) dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição.

§ 1o Indeferido o pedido de suspensão ou provido o agravo a que se refere o caput deste artigo, caberá novo pedido de suspensão ao presidente do tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário.

§ 2o É cabível também o pedido de suspensão a que se refere o § 1o deste artigo, quando negado provimento a agravo de instrumento interposto contra a liminar a que se refere este artigo.

§ 3o A interposição de 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.

§ 4o O presidente do tribunal poderá conferir ao pedido efeito suspensivo liminar se constatar, em juízo prévio, a plausibilidade do direito invocado e a urgência na concessão da medida.

§ 5o 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.

tema foi a Lei 1533/51 que estipulou que a concessão de liminar se basearia na interpretação do magistrado que determinaria se seria necessária ou não a prestação de caução do autor para que ela fosse efetivada, apesar de estarem comprovados o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, já que a lei não especificava se tal imposição era proibida.

O STJ chegou a decidir que, se fosse comprovado o risco de perecimento do direito, o juiz seria obrigado a conceder a liminar independente da prestação de caução, pois a imposição da caução seria uma negativa da liminar. O STF ao contrário defendia que tal medida deveria ser avaliada pelo magistrado que teria discricionariedade para decidir.

A Lei 12.016/09 em seu artigo 7º, inciso III, determinou, expressamente, que há a possibilidade de condicionamento da liminar à prestação de garantia, ao facultar ao juiz exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica interessada.

Depois de concedida, a liminar terá vigência até que seja prolatada a sentença, ou até que o magistrado, achando que ela não é mais necessária ou em razão de justificativa superveniente, a casse. Se a liminar é cassada, a situação jurídica volta ao início, ficando o Poder Público restituído de seu poder, continuando a execução do ato. No caso de a liminar perder seus efeitos a suspensão de segurança que tentava suspendê-la perde seu objeto, se tornando ineficaz.

2.2 Natureza jurídica da suspensão de segurança

A suspensão de segurança pode ser, então, definida como o mecanismo criado para evitar que uma decisão judicial surta efeitos imediatos, quando o seu cumprimento ponha em risco e cause graves danos aos interesses públicos. Consegue então a Administração Pública retardar o cumprimento das determinações judiciais que lhe prejudique, sejam essas sentenças, liminares ou acórdãos.

A suspensão de segurança é uma técnica processual cuja finalidade é suspender a eficácia de uma decisão contrária ao Poder Público nas hipóteses em que a manutenção dos efeitos da decisão possa gerar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas. Suspender os efeitos da decisão significa impedir que a mesma seja um fator de transformação da realidade; impedir que modifique o mundo do ser; obstar que seja cumprido o teor do pronunciamento. (KLIPPEL e NEFFA JÚNIOR, 2010, p. 249)

Apesar de a finalidade da suspensão de segurança, ser definida de maneira clara, sem divergências, o mesmo não ocorre quanto a definição de sua natureza jurídica, afinal, existem posições divergentes sobre como esse instituto pode ser definido. Existem três posicionamentos quanto a sua natureza jurídica, que são a de natureza de ação cautelar, de recurso e de incidente processual.

Para os que entendem que o instituto da suspensão de segurança possui natureza de recurso, a justificativa recai na própria origem do instituto, já que foi criado para suprir a falta de efeito suspensivo no recurso cabível contra as decisões que concediam a segurança nos mandados de segurança, pois se tem o uso de tal mecanismo para evitar que a grave lesão vislumbrada não se efetive, condicionando a aplicação da suspensão, como defende Barbi (2001, p. 149):

Se este for a necessidade de evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança, e à economia popular, o recurso será o pedido de suspensão de execução previsto no art. 4º da Lei 4348, de 26.06.1964, para o Presidente do Tribunal a que caiba julgar o futuro recurso contra o julgamento de mandado. Mas, se o fundamento for outro, v.g., a falta do *fumus boni juris*, ou do *periculum in mora*, o recurso será o de agravo de instrumento, caso a decisão seja de juiz singular; e de agravo regimental, caso a decisão seja a de relator de mandado de competência originária do tribunal.

Esse posicionamento é muito criticado por parte da doutrina que entende que não há meios de reconhecer a suspensão como recurso, porque na análise do pedido de suspensão o presidente do tribunal não analisa o mérito do processo, ele não revisa o tema, não há a devolução do tema como salienta o ministro Edson Vidigal no AgRg 39-SC (2003/018807-1)

O pedido de suspensão de liminar não possui natureza jurídica de recurso, ou seja, não propicia a devolução do conhecimento da matéria para eventual reforma. Trata-se de instrumento processual de cunho eminentemente cautelar, que tem por finalidade a obtenção de providência absolutamente drástica, excepcional e provisória. (...) Daí não ser admitida a sua utilização como simples mecanismo processual para modificar sentença desfavorável ao ente público.

O mesmo embasamento é utilizado pelo ministro Cesar Asfor Rocha:

Na linha da orientação firme desta Corte Especial, não cabe enfrentar, na via estreita da suspensão de liminar e de sentença ou de

segurança, questão de mérito objeto do processo principal, porque tal instituto não possui natureza jurídica de recurso. (AgRg na SS 1865, Corte Especial, DJe 04.08.2009)

Tal posicionamento é corroborado pelo doutrinador Jorge (2003, p. 247) que entende que o efeito suspensivo não é efeito do recurso, mas somente uma situação jurídica que ocorre no momento da interposição do recurso. O único efeito do recurso é o devolutivo, que implica em um reexame da matéria, tendo o efeito suspensivo sido criado como uma técnica de segurança que retira a eficácia de uma decisão impugnável por recurso.

Para os que defendem tratar-se de instituto com natureza de ação cautelar, como Venturi (2010, p. 66), deve-se analisar se realmente ocorreu a grave lesão, ainda que essa seja potencial, ao interesse público pelo cumprimento da sentença ou decisão proferida contra o ente público. Assim, vislumbra-se duas características da medida cautelar, a situação material, jurídica (a preservação da ordem, saúde, segurança e economia pública) e a necessidade da tutela de urgência, pelo risco de ocorrer grave lesão.

Sobre a questão, o ex ministro do STF, Sepúlveda Pertence dispõe que:

A suspensão de segurança, concedida liminar ou definitivamente, é contracautela que visa à salvaguarda da eficácia plena do recurso que contra ela se possa manifestar, quando a execução imediata da decisão, posto que provisória, sujeita a riscos graves de lesão a interesses públicos privilegiados – à ordem, à saúde, à segurança e à economia: sendo medida cautelar, não há regra nem princípio segundo os quais a suspensão de segurança devesse dispensar o pressuposto do *fumus boni juris* que, no particular, se substanciava na probabilidade de que, mediante o futuro provimento do recurso, venha a prevalecer à resistência oposta pela entidade estatal à pretensão do impetrante. (STF, SS 1287)

Para os autores que defendem a natureza cautelar, a suspensão de segurança é ação genuinamente cautelar, por poder ter partes diferentes das que figuram no processo principal, ter causa de pedir própria e um pedido específico, nesse caso a suspensão do provimento judicial.

Ainda nessa seara, Cunha (1992, p. 122) diferencia a suspensão da ação principal da seguinte maneira:

Conquanto a relação jurídica de mera segurança, em que está situada a pretensão cautelar, fundada em direito de cautela, é acessória da

relação jurídica principal, em que está situada a pretensão ideal, fundada em outro direito ou suposto direito (*fumus*), as pretensões exercem-se de modo independente, porque possuem objetos diferentes e porque se fundam em direitos (ou supostos direitos) que não são coincidentes quanto aos seus fundamentos, objetos, fins e efeitos.

Há, então, estudiosos, como Rodrigues, que defendem que a suspensão de segurança possui natureza jurídica de incidente processual, por não permitir que se tenha uma revisão da decisão, nem a análise do mérito da causa principal.

Defende Rodrigues (2010, p. 95) que:

O pedido de suspensão de execução de decisão judicial é figura própria, sendo típico incidente processual voluntário, não suspensivo de processo que se manifesta por intermédio de uma questão que surge sobre o processo em curso. Questão essa 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. É, pois, um incidente processual, que tem por conteúdo uma defesa impeditiva levada pela Fazenda Pública a órgão do Tribunal com competência para tanto. Pelo fato de ser acessório e secundário, depende da existência do processo principal, e, como já ressaltado alhures, possui indubitosa finalidade preventiva.

Assim, a suspensão de segurança sempre dependeria do processo principal, posto ser a decisão ou sentença proferida nesse que ensejaria o risco de lesão ao interesse público. Tem-se delineado para as características do incidente processual que ele poderá ser necessário ou não no decorrer do processo principal, ocorrendo ou não, sendo uma situação que surge sobre algo que preexiste.

Outra corrente sobre a natureza jurídica da suspensão, denominada de política administrativa, em que se defende que não se trata de procedimento judicial, mas, sim, administrativo, no qual deve se aplicar o poder de polícia do Presidente do Tribunal.

Como defende Sidou (1959, p. 452-453) *apud* Rodrigues (2010, p. 92):

O sentido exato do art. 13 da Lei 1.533 não pode dirigir, em apreço a técnica jurídica, à medida liminar e muito menos à sentença. Vale por um incidente extraprocessual, e se traduz como uma ordem em que o presidente do tribunal previne ao juiz da causa que tal ato tem sua autorização para executar-se ou deixar de executar-se, autorização que a lei lhe confere e até que sobre o ato duvidoso decida ordinariamente o corpo judiciário a que preside ou até que sobre a autorização, incidentemente, decida o mesmo tribunal, por ser o

competente para conhecer do eventual recurso. A ordem portanto, não se atém à relação nem ao normal andamento do feito.

Tal teoria é baseada no fato que o instituto não analisa nem o mérito, nem a juridicidade da medida que está sendo discutida, agindo o presidente do tribunal com discricionariedade, analisando o pedido através do juízo de conveniência e oportunidade, sendo uma medida política.

Vários juristas criticam essa teoria alegando que não poderia uma decisão administrativa ser atacada por meio de recurso judicial, como é o caso, já que da decisão que defere a suspensão cabe agravo no prazo de 10 dias. Além de defenderem que não se poderia deixar o controle da eficácia do ato jurisdicional sob a “guarda” de um ato administrativo.

Diante dessas conceituações filiamo-nos a que determina que a suspensão de segurança tem natureza jurídica de incidente processual. Isso porque, o pedido de suspensão sempre estará vinculado ao processo principal, qual seja, o mandado de segurança, tratando-se de questão acessória do processo apesar de ter o seu procedimento descrito na lei.

2.3 Cabimento da Suspensão de segurança

Para que o incidente da suspensão de segurança seja processado e julgado, o presidente do tribunal, antes de fazê-lo, deverá averiguar se o pedido cumpriu todos os requisitos exigidos pela lei. Requisitos esses que serão analisados detalhadamente.

2.3.1 Grave lesão

Para que o pedido seja analisado deverá indicar de forma inequívoca a lesão que o cumprimento da decisão judicial provocará ao interesse público. O prejuízo indicado deverá ter magnitude expressiva, sendo capaz de causar lesão grave aos institutos prescritos na lei. Não basta a mera alegação do risco, este tem que ser demonstrado e comprovado pela parte.

Assim, tem-se que não é possível na análise da suspensão de segurança a presunção da potencialidade danosa, como assegura o ministro Celso de Mello: “A

existência de situação de grave risco ao interesse público, alegada para justificar a concessão da drástica medida de contracautela, há de resultar cumpridamente demonstrada pela entidade estatal” (STF, SS, 1.287, 30/03/1999).

Cumprido salientar que os direitos protegidos pela suspensão da segurança concedida, apesar de protegidos pela Constituição Federal, não possuem conceitos fechados, são conceitos jurídicos indeterminados, devendo o magistrado na análise do pedido observar se há enquadramento do fato narrado com que é considerado como segurança pública, saúde pública, economia pública e ordem pública, discernindo se no caso em questão o interesse público foi lesado ou não.

Para Carvalho Filho (2014, p.55-56) conceitos jurídicos indeterminados:

são termos ou expressões contidos em normas jurídicas, que, por não terem exatidão em seu sentido, permitem que o intérprete ou o aplicador possam atribuir certo significado, mutável em função da valoração que se proceda diante dos pressupostos da norma. É que sucede com expressões do tipo ‘ordem pública’, ‘bons costumes’, ‘interesse público’, ‘segurança nacional’.

Assim, não se consegue determinar todas as situações que se enquadram nesse conceito, cabendo ao magistrado na aplicação da lei determinar se o caso apresentado se molda ou não à determinação legal.

Essa imprecisão de conceitos permite que sejam proferidas decisões conflitantes, nas quais a mesma situação pode ser reconhecida ou não como uma ofensa à ordem pública, à economia pública, à saúde pública e à segurança pública.

Desse modo, a utilização de conceitos jurídicos indeterminados como condição para deferimento da suspensão de segurança causa insegurança jurídica no ordenamento jurídico. Já que se não sabe quais situações poderão ser enquadradas na lei ocasionando a suspensão, dependendo sempre do entendimento do magistrado sobre aquele caso concreto.

Também é necessário ressaltar que a lesão tem que advir de uma decisão proferida em processo em andamento, posto não poder ser intentada a suspensão de decisão proferida em processo que já transitou em julgado.

2.3.2 Legitimidade ativa

A legitimidade ativa, diz respeito a uma condição da ação em que se relaciona o direito material e o direito formal, é quando se analisa a legitimidade *ad causam*. No caso da suspensão, quando se analisa a legitimidade ativa, observa-se quem é competente para propor esse incidente processual.

Segundo a legislação que trata da questão quem tem legitimidade ativa para propor a suspensão de segurança é o ente público interessado, que sofrerá com a eficácia da decisão que lhe é desfavorável.

Porém, tal conceito causa dúvida, pois não se tem definido se o ente público se restringe ao que o mandado de segurança foi impetrado ou a qualquer um que possa sofrer com a decisão. Para Venturi (2010, p. 77): “o mero interesse na obtenção da suspensão do provimento judicial gravemente lesivo ao interesse público primário torna o agente automaticamente legitimado.”

Passa-se, então, a outro problema que surge para definirmos a legitimidade ativa da suspensão, que é a definição de ente público. Sobre a definição usamos os ensinamentos de Caetano utilizados por Scartezini (2010, p.107):

Entre as pessoas colectivas de direito público assim entendidas inclui-se o Estado. Mas importa esclarecer o sentido em que nesse caso se toma a palavra, visto que o termo Estado é usado em Direito em várias acepções, das quais duas consideramos agora principais: a acepção lata e a acepção restrita.

Na acepção lata o Estado é uma comunidade que em determinado território prossegue com independência e através de órgãos constituídos por sua vontade, a realização de ideais e interesses próprios, constituindo uma pessoa coletiva de direito internacional.

Na acepção restrita o Estado é apenas a pessoa coletiva de direito público interno que no seio da comunidade referida na primeira acepção e para efeitos internos tem o governo por órgão.

Na aplicação da suspensão de segurança adota-se o conceito na acepção lata, já que se tem aceitado tanto na doutrina quanto na jurisprudência que por entes públicos se entende todos aqueles que exercem a função pública e vislumbram a lesão grave ao interesse público.

Assim sendo, podem propor a suspensão de segurança os órgãos da Administração Pública direta e indireta, estendendo-se até os entes despersonalizados como os Tribunais de Contas. As pessoas jurídicas de direito

privado que desempenham função pública quando comprometidas ao interesse público primário também terão legitimidade ativa na suspensão.

Porém deve se ressaltar que nos casos das empresas privadas que podem intentar o incidente da suspensão, o magistrado deve analisar se a lesão mencionada não está mais relacionada com o interesse financeiro da empresa do que o interesse público ali protegido. Pois, se for analisado o interesse particular a suspensão deverá ser negada logo que vislumbrado aquele.

Apesar dos entendimentos doutrinários citados, acreditamos que no incidente processual da suspensão de segurança somente terá legitimidade ativa o ente público que figura como parte no mandado de segurança. Isso se justifica pela grande insegurança jurídica a que se submeteria o particular ao poder ter seu direito contestado por entes que nem mesmo fazem parte da relação processual.

A legitimidade do Ministério Público deve ser analisada frente ao disposto no artigo 127 da Constituição Federal que determina ser o Ministério Público instituição permanente, a qual incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Vislumbra-se no *caput* do artigo a legitimidade do *parquet* para propor a suspensão de segurança, já que ela tem como intuito a defesa do interesse coletivo que foi ameaçado pela decisão jurisdicional.

O Ministério Público tem o encargo de patrocinar os interesses públicos primários, que remontam à sociedade como tal e seus valores – e não os secundários, cujo o titular é o Estado *pro domo sua*, ou seja, como pessoa jurídica. Ao Ministério Público é categoricamente vedado o patrocínio de entidades estatais (art. 129, inc. IX). Constitui aberração a intervenção do Ministério Público em causas nas quais é parte uma entidade estatal, só pela presença destas no processo. (DINAMARCO, 2001, p. 679)

O Ministério Público, então, tentará a suspensão de segurança não para proteger o interesse do Estado, mas, sim, para preservar os interesses sociais e coletivos indisponíveis. Sendo que, quando não atuar como parte ativa do incidente, o *Parquet* deverá ser chamado para intervir no processo como *custos legis*.

2.3.3 Momento de interposição

Em nenhuma legislação que tratou da matéria foi estipulado um prazo para que a suspensão de segurança fosse interposta, sendo que ficou estabelecido pela

jurisprudência que o ente público poderia o fazer em qualquer momento até o trânsito em julgado do processo principal, não existindo preclusão pelo transcurso do tempo.

Porém a doutrina já se posicionou no sentido de que como o instituto visa a proteção do interesse público, não permitindo haver a grave lesão, aquele deverá ser interposto logo que a decisão seja proferida, posto ser uma situação de urgência.

Mesmo quando for interposto o agravo de instrumento previsto na lei, que deverá ser interposto no prazo de 5 dias contados da publicação da decisão, não há a previsão de prazo para que a suspensão seja proposta.

Bueno (2000, p. 61) entende que nos casos em que a suspensão de segurança foi negada e uma nova foi proposta ao presidente do tribunal superior, essa segunda deverá seguir o disposto no art. 508, do código de processo civil, posto possuir características de recurso, devendo ser apresentada no prazo de 15 dias.

2.3.4 Competência

A legislação vigente determina que será competente para julgar o pedido de suspensão de segurança o presidente do tribunal competente para julgar o recurso do processo principal. Assim, será competente o presidente do Tribunal Regional Federal para julgar a suspensão de segurança de processo que tramita na justiça federal da região que lhe integra.

O legislador ainda previu situações especiais nas quais a suspensão será julgada pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal, quando a matéria for infraconstitucional e constitucional respectivamente. Os tribunais superiores terão competência nos processos julgados em última e única instância e no julgamento da suspensão da suspensão, prevista no parágrafo 1º, art. 15, da Lei 12.016/09.

2.4 A lei 12.016/09

A lei 12.016 de 07 de agosto de 2009 foi criada para regular o mandado de segurança individual e coletivo, no ordenamento jurídico brasileiro. Essa lei revogou todas as outras leis que regulavam sobre a matéria. Poucas mudanças foram

introduzidas, sendo mais a junção das legislações esparsas que tratavam sobre a mudança de segurança.

Uma das mudanças introduzidas pela nova lei foi a alteração do prazo para a interposição de agravo contra a decisão que defere a suspensão de segurança, passando de 10 dias para 5 dias.

A suspensão de segurança veio regulada pelo artigo 15 da referida lei, tratando da matéria em 5 parágrafos. A questão tratada pela lei 12.016 mais comentada pelos juristas foi o previsto nos parágrafos 1º e 2º.

Tais dispositivos tratavam sobre a possibilidade de interposição da suspensão da suspensão, sendo que no caso de ser denegada a suspensão, o ente público poderá interpor para o presidente do STF ou do STJ, novo pedido de suspensão de segurança. Permite também a interposição do pedido de suspensão para o presidente dos tribunais superiores contra a decisão do agravo que teve negado seu provimento.

Esses dispositivos da nova lei ensejaram várias discussões sobre a constitucionalidade ou não de tais disposições, posto se tratar de concessão ao poder público de chances não vislumbradas para o particular.

Assim, vislumbra-se que a suspensão de segurança é um instituto criado pelo Estado com o intuito de manter o seu controle sobre as relações por ele praticadas, pois pretende assegurar a supremacia do órgão estatal frente ao particular, garantindo que o interesse público não seja subjugado. Porém, na aplicação da suspensão deixa-se de aplicar alguns princípios fundamentais para que o procedimento possa seguir garantindo que o interesse público seja mantido, muitas vezes deixando o particular que procurava por um direito líquido e certo sem a resposta jurisdicional.

3. A SUSPENSÃO DE SEGURANÇA E SUA INCOMPATIBILIDADE FRENTE AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO CIVIL

O presente capítulo tem como objetivo analisar como o instituto da suspensão da segurança, previsto na legislação brasileira, especialmente a modalidade da suspensão de suspensão de segurança, quando confrontado, com os princípios norteadores do processo civil brasileiro podem ser considerados como inconstitucionais, não havendo compatibilidade entre o que é defendido no texto constitucional e o exposto na Lei de Mandado de Segurança.

Para tanto, promoveremos uma análise aprofundada dos requisitos legais constituintes da suspensão de segurança em relação aos princípios anteriormente elencados, bem como de ensinamentos de juristas e de julgados sobre os casos que envolvem essa questão.

3.1 A inaplicabilidade dos princípios constitucionais quando da concessão da suspensão de segurança

Os princípios constitucionais que estruturam o ordenamento jurídico brasileiro têm como característica a modulação das normas infraconstitucionais. Pois essas normas não podem infringir o que é estipulado por aqueles, devendo sempre modular a interpretação de determinada norma se ela for considerada como conflitante em relação aos princípios constitucionais, podendo até ser retirada do ordenamento jurídico.

A lei de mandado de segurança como legislação infraconstitucional deve se adequar à lei constitucional, bem como aos institutos que daquela decorrem. A suspensão de segurança, assim, também se sujeita às disposições constitucionais.

Porém, esse instituto possui alguns pontos que contrariam as garantias constitucionais. Como o princípio da isonomia, que garante aos litigantes o tratamento mais parelho possível durante a instrução processual.

3.1.1. O princípio do Juiz Natural

O primeiro princípio a ser aqui analisado em relação à suspensão de segurança é o do Juiz Natural, no qual, se estipula que caberá a constituição a definição da competência do órgão jurisdicional.

A lei mandamental, ao estipular que caberá ao Presidente do Supremo Tribunal Federal ou ao Presidente do Superior Tribunal de Justiça, a análise do novo pedido de suspensão de segurança realizado pelo ente estatal, quando o primeiro for negado pelo presidente do tribunal, atribuiu competência para aqueles órgãos que não estava presente na Constituição Federal.

Os artigos 102 e 105 da Constituição da República de 1988, definem, expressamente, quais são as hipóteses em que os tribunais superiores serão competentes para o julgamento, determinando quais serão os casos de recurso e quais serão as hipóteses de julgamento originário.

A suspensão de segurança, então, ao estipular através de medida provisória, que o STF e o STJ seriam os órgãos competentes para o seu julgamento infringiu o princípio do Juiz Natural. Pois, o texto da lei não prevê somente que a Suprema Corte analise o incidente através de recurso, como poderia ser feito, mas sim prevê que o pedido será feito diretamente ao presidente do STF, sem ser necessário que o agravo de instrumento tenha sido julgado.

Assim, não cabe à lei infraconstitucional legislar sobre a competência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, por ser essa matéria de competência exclusiva, não aplicando-se a norma infraconstitucional em detrimento da constitucional.

Sendo que o novo pedido de segurança só poderia ser realizado depois de esgotado o julgamento dos pedidos de suspensão nas instâncias inferiores, como defende o ministro Marco Aurélio Mello:

Extraem-se da Constituição Federal algumas premissas: a- as ações, medidas e recursos de acesso ao Supremo Tribunal Federal estão previstos, na Carta, ante a competência definida no art. 102; b- em se tratando de recurso, tal acesso pressupõe o esgotamento da jurisdição de origem – artigo 102, incisos II e III. Soma-se a este balizamento outro dado muito importante: de acordo com a jurisprudência reiterada, apenas se admite a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar ação cautelar que vise a imprimir eficácia suspensiva a certo recurso, uma vez não só interposto, como também submetido ao crivo

do Juízo primeiro de admissibilidade, verificando-se, neste último, a devolução da matéria. Então, há de considerar-se como sendo de excepcionalidade maior a possibilidade de chegar-se à suprema corte por meio de pedido de suspensão de suspensão de medida liminar ou de segurança – procedimento que ganha contornos de verdadeira ação cautelar – e, mesmo assim, diante do que, até aqui, está sedimentado acerca da admissibilidade da medida. Tanto quanto possível, devem ser esgotados os remédios legais perante a Justiça de origem. (STF, TP, Pet 1543 Agr/SP, rel. Min. Marco Aurélio, j. 10.10.2001, Dj 09.11.2001)

Assim, a suspensão de segurança só poderia ser reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça por meio de recurso que conteste o indeferimento do primeiro pedido. Não tendo esses órgãos competência originária para julgar esse instituto.

A inconstitucionalidade de tal dispositivo para Bueno (2002, p. 211) está em sujeitar o que foi eventualmente decidido a favor do particular à apreciação imediata das cortes superiores. Através de um atalho criado por medida provisória, ferindo as garantias reservadas pela Constituição ao mandado de segurança em sua predisposição de fazer esse instituto produzir efeitos imediatos para o cidadão.

Cabe ressaltar que foi a medida provisória 2.180-35/2001, a responsável por introduzir em nosso ordenamento jurídico a possibilidade de o ente público realizar novo pedido de suspensão. Porém, tal emenda ainda encontra-se congelada para apreciação do Congresso Nacional, em razão da Emenda Constitucional 32/2001. Tal emenda dispõe expressamente sobre a impossibilidade de se tratar de questão processual através de medida provisória, sendo essa a matéria da referida MP ao introduzir nova competência aos tribunais superiores. Demonstra-se, assim, o caráter inconstitucional da implementação de tal regra processual.

3.1.2. O princípio da Isonomia

O segundo princípio a ser analisado é da isonomia, o qual é um dos mais ofendidos pelo parágrafo 2º, do artigo 15, da Lei 12.016/2009. Já que tal dispositivo concede mais um benefício à Fazenda Pública, possibilitando que ela interponha um novo pedido de suspensão ao STF ou STJ. Desse modo ao ente público são dadas três oportunidades de reverter a decisão proferida pelo juiz singular, ofendendo de maneira inequívoca o princípio já citado.

Como já dito, anteriormente, o princípio da isonomia tem como objetivo garantir que em uma relação processual, as partes ali envolvidas tenham igualdade de “armas”, possam “lutar” durante o processo de maneira igual. Para tanto o Estado em determinadas situações quando visualiza que uma das partes poderia se encontrar muito abaixo da parte adversária garante meios para que essa relação se torne mais igualitária.

Na suspensão de segurança as garantias concedidas ao Estado se consubstanciam em ser ele o representante do interesse público, portanto, ele não deve ser tratado do mesmo modo, devendo ser concedido a ele mecanismos de se obter o que pretende, qual seja, a manutenção do interesse público.

Na visão de Scartezini (2010, p. 61), essa diferenciação criada na lei fere inevitavelmente o princípio constitucional da isonomia, já que trata de maneira desigual as partes do processo. O particular já está sujeito a um incidente exclusivo ao Poder Público, que tem o condão de impedir a execução daquilo que foi julgado até o trânsito em julgado, sob o fundamento de preservar o interesse público, não sendo essa, porém uma justificativa válida para o tratamento desigual das partes no andamento do processo.

Porém, no dispositivo legal em análise o legislador não só garantiu ao ente público uma “paridade de armas”, como também se excedeu nessa concessão. Pois, ao disponibilizar três chances de se suspender a decisão originária contrária ao ente público e só conceder ao particular a possibilidade de interpor agravo de instrumento, impossibilitou ao cidadão lutar igualmente para ter o benefício a ele concedido mantido.

Bueno (2010, p. 99) sobre a questão determina:

Uma vez mais, a demonstrar o patente rompimento da paridade de armas no plano do direito processual civil, em detrimento de impetrante que tem razão, está a lei infraconstitucional a criar mecanismo de reexame da decisão do Tribunal ou, quando menos, de sustação de seus efeitos imediatos, perante os tribunais superiores. Concedida a medida liminar em mandado de segurança impetrado em primeira instância e negado provimento ao agravo de instrumento interposto contra ela, o acórdão respectivo fica sujeito a ter seus efeitos suspensos mercê do novo pedido previsto no parágrafo 1º do art. 15 da Lei 12.016/2009.

Tem-se com esse instituto não só uma desfiguração do princípio da isonomia, que foi distorcido pelo legislador infraconstitucional para justificar a implementação

deste instituto, mas também há uma enorme insegurança jurídica para o particular, pois a decisão que lhe foi favorável fica sempre pendente de alguma medida que possa lhe tirar a eficácia, não se concretizando.

3.1.3. O princípio do contraditório

Já o princípio do contraditório é ofendido ao não se ver na lei a obrigatoriedade do magistrado ouvir a parte contrária antes de conceder o que lhe foi requerido. Isso porque o texto da Lei 12.016/09, não estipula em nenhum momento que deverá o particular ser ouvido antes que seja feita a deliberação do pedido.

Como já visto, o contraditório é obrigatório em todos os processos e procedimentos, sob pena de esses serem considerados nulos. Posto ser necessário que as partes possam responder a tudo o que é apresentado ou produzido durante a instrução processual. Pois se a parte não for chamada para ser ouvida ou para conhecer as provas, ela não terá meios para preparar a sua defesa e com isso o julgamento do magistrado se mostrará prejudicado, já que ele não terá a sua disposição todos os fatos para poder embasar sua decisão.

A jurisprudência tem entendido que a parte autora do mandado de segurança só deve ser chamada ao incidente da suspensão de segurança quando ela for necessária para a formação do convencimento do juiz, conforme julgamento do STJ: “A análise da pretensão prescinde de prévia oitiva da parte contrária, a teor da Lei 8.437/92, art. 4º, § 2º, configurando, a realização de tal ato, mera faculdade do Presidente do Tribunal, se necessária à plena formação de seu convencimento.” (STJ, CE, AgRSTA 88/DF, rel. Min. Edson Vigigal, j. 01.09.2004, DJ 09.02.2005, p.164.)

Desse modo, o particular só é chamado para esse procedimento quando é comunicado da decisão proferida. Como bem define Venturi (2010, p. 186-187):

Desta forma, a formação do pedido de suspensão dar-se-ia somente entre o requerente da sustação e o magistrado Presidente do Tribunal, protelando-se a intimação do requerido (neste caso, meramente para fins de comunicação do resultado da apreciação do pedido) para momento posterior à decisão. Sustenta-se, com isto, que a concessão de medidas cautelares *inaudita altera parte*, excepcional segundo o regime do CPC brasileiro, constitui a regra do procedimento de suspensão de liminares e sentenças contra o poder público.

A única relativização da aplicação do contraditório está na hipótese em que a oitiva da parte contrária poderá causar risco para a concessão da medida pretendida. Porém, logo após o magistrado decidir sobre a liminar ele deverá chamar a parte para que ela apresente defesa, nunca a parte poderá ficar sem ser ouvida durante o processo, sua manifestação é apenas diferida.

O direito de ser ouvido em juízo é garantia constitucional, não necessitando que a norma infraconstitucional reafirme-o. Devem os magistrados na instrução, independente da matéria que está sendo tratada, garantir que todas as partes sejam ouvidas, defendendo os seus interesses. A não observância do contraditório gera a nulidade do processo.

Scartezini (2010, p. 144) citando Arruda Alvim (1978, p. 265) sobre a oitiva da parte contrária no incidente de suspensão de segurança pondera que:

Revela-se absolutamente indispensável em atendimento aos princípios da bilateralidade da audiência e da ampla defesa. As particularidades deste incidente processual não são suficientes para afastar tais garantias, há sempre que se lembrar que estamos diante de um procedimento judicial e que as regras básicas de processo devem ser atendidas, sob pena de inconstitucionalidade.

O contraditório não pode também se restringir somente à apresentação de recurso de agravo contra a decisão que deferiu ou não o pedido de liminar realizado contra a decisão de primeiro grau. É necessária a manifestação das partes e do Ministério Público, como fiscal da lei, antes de ser realizado o julgamento pelo colegiado do tribunal.

A oitiva das partes é parte essencial na tramitação do procedimento, devendo sempre ocorrer, sendo no máximo postergada para outro momento processual, mas nunca deixando de ser aplicada.

3.1.4. O princípio do Devido Processo Legal

O princípio do devido processo legal é o norteador dos demais princípios que regem o processo civil, sendo ele a estabelecer preceitos que deverão ser respeitados tanto na legislação constitucional quanto na infraconstitucional.

Na lei em análise há um desrespeito ao devido processual legal ao se instituir que o ente público poderá propor novo pedido de suspensão ao Presidente do Tribunal

Superior. Esse pedido tem o objetivo de suspender a decisão que denegou o primeiro pedido de suspensão, mantendo a decisão proferida em primeiro grau.

Para que esse novo pedido seja realizado não é necessário que o incidente tenha sido decidido de maneira definitiva pelo colegiado do tribunal. Isso ocorre porque os Tribunais têm entendido ser possível a interposição de agravo interno contra a decisão que indeferiu o pedido de suspensão. E sendo interposto esse agravo, não é necessário que ele tenha sido julgado para que se ingresse com novo pedido de suspensão para o presidente do Supremo Tribunal Federal ou para o presidente do Superior Tribunal de Justiça.

Assim, não é necessário que o agravo interposto ao tribunal tenha sido julgado para que o ente público interponha o novo pedido. Todavia, não é pacificado na jurisprudência a recepção desse novo pedido pelo Tribunal, havendo decisões nos dois sentidos.

O STJ já decidiu por aceitar e por rejeitar o pedido, como na decisão abaixo em que o pedido formulado pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico foi indeferido monocraticamente pelo presidente do Superior Tribunal de Justiça, que determinou:

[...] resulta, assim, de toda evidência que o estado da causa, neste momento sujeita à jurisdição e competência do Tribunal Regional Federal, sediado na Capital de São Paulo, não consente espaço para o pretendido pronunciamento desta presidência do Superior Tribunal de Justiça, prematuro a todas as luzes. (SCARTEZZINI, 2010, p. 151)

O entendimento de Venturi (2005, p. 169-170) vai ao encontro da decisão acima ao afirmar que a permissão de haver novo pedido de suspensão de segurança, ainda mais sem se esgotar a instância originária pela utilização de agravo interno, se traduz em uma tentativa de recriação de avocação de causas.

Porém, o próprio STJ já entendeu de maneira contrária ao ajuizamento de novo pedido de suspensão de segurança quando o primeiro for indeferido liminarmente, como na decisão do ministro Nilson Naves que dispõe: “É da competência do Presidente do Superior Tribunal de Justiça apreciar eventual pedido de suspensão de segurança, mesmo pendente na origem julgamento de agravo regimental.”²

² STJ, AgRg SS 927/RJ, Corte Especial, j. 17.04.2002, Rel. Min. Nilson Naves, Dj 20.05.2002. “Agravo Regimental. Deferimento. Suspensão. Cabimento. Competência do Presidente do Superior Tribunal de Justiça. Decisão de Juiz Federal. Pendência de julgamento de Agravo

Atualmente, tem se ampliado o entendimento de que o interesse público não pode deixar de ser atendido, aumentando, assim, os novos pedidos de suspensão e a sua aceitação pelos tribunais superiores.

Contudo, o entendimento que deveria prevalecer é o que determina a impossibilidade de interposição do novo pedido, pois, ao se conceder essa possibilidade ao poder público tem-se desrespeitado o princípio do devido processo legal.

Afinal, esse princípio visa a proteção de um processo justo, no qual as partes tenham garantidos todos os meios para se defenderem e atuarem da melhor forma possível. Assim, se prevalecer a possibilidade de uma das partes interpor um “recurso” a que só ela tem direito tem-se uma inversão completa do defendido pela Constituição Federal.

Já que o novo pedido de suspensão funciona como um novo recurso disponível para o ente público contestar a decisão que lhe foi desfavorável. Sendo que neste cenário uma mesma parte possui dois remédios idênticos, com o mesmo objeto e causa de pedir direcionados a dois órgãos distintos, já que o agravo será apreciado pelo Tribunal de Justiça ou pelo Tribunal Regional Federal enquanto o novo pedido será encaminhado para o Supremo Tribunal Federal ou para o Superior Tribunal de Justiça. Nessa hipótese o ente têm duas possibilidades de reverter a decisão que lhe foi desfavorável.

Desse modo, como já defendido anteriormente, o processo de apreciação da suspensão de segurança se vê desassociado dos preceitos impostos pela Constituição Federal de 1988, como aqueles que devem reger o processo civil. Posto o procedimento não respeitar a outra parte como detentora de direitos processuais, conferindo todas as vantagens ao ente público.

Assim, nessa seara, filiamo-nos ao posicionamento de Rodrigues (2010, p. 102) que dispõe que a vontade do legislador de criar vantagens para que a Fazenda Pública atuasse, protegendo o interesse público, passou da própria lógica, no sentido em que passou a criar situações jurídicas passíveis de serem contraditórias, que desrespeitam as normas processuais já definidas.

Regimental na origem. Lesão à economia pública. Lei 4.348/64 Recurso conhecido e improvido.

O instituto da suspensão de segurança deveria passar por uma reformulação para que pudesse continuar a vigorar, posto ser necessário a proteção do interesse público quando esse está em risco. Porém, o objetivo de proteger esse interesse não pode servir de justificativa para a cerceamento de garantias fundamentais básicas como o direito ao contraditório.

O Estado não pode ser dotado de prerrogativas que fazem com que o particular se torne mais hipossuficiente e vulnerável do que já é. Todavia, mesmo que esse instituto passe por modificações, a modalidade da suspensão da suspensão de segurança deve ser extinta, por se tratar de uma aberração jurídica que viola, de forma latente, os princípios aqui elencados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com esse trabalho buscamos analisar a possível incompatibilidade entre o instituto da Suspensão de Segurança e os princípios constitucionais do Processo Civil, previstos na Constituição Federal. Esse instituto refere-se a possibilidade de o ente público quando parte em um mandado de segurança pedir para que seja suspensa liminar ou sentença contra ele desfavorável, que coloque em risco à saúde, à economia, à segurança e à ordem pública.

Verificamos que tal instituto possui alguns pontos que não permitem que o processo ocorra de maneira justa, já que não existe uma igualdade entre as partes, tendo o Estado vários meios de defesa que a outra parte não possui. Demos ênfase à possibilidade concedida ao ente público pela Lei 12.106/09 em seu art. 15, § 1º, em que sendo negada a suspensão pelo presidente do Tribunal, poderá ser feito novo pedido ao presidente do STF ou STJ.

A fim de analisar se realmente existe essa incompatibilidade dedicamo-nos, em um primeiro momento, a entender o que é princípio jurídico e sua importância para regular as relações jurídicas. Analisamos de maneira mais detida, os princípios do devido processo legal, do juiz natural, do contraditório e da isonomia, por serem esses princípios de primeiro grau dos quais derivam os outros princípios processuais como da publicidade e segurança jurídica.

Também analisamos a suspensão de segurança como um todo, elaborando-se um breve histórico desde sua criação até a mais recente legislação que regula o tema, passando pelas discussões tanto jurisprudenciais como doutrinárias sobre esse instituto.

Percebemos que a suspensão de segurança foi criada em um momento de exceção, na qual o Estado queria manter o controle nas relações por ele exercidas, visando que o seu interesse fosse resguardado. Com a evolução do instituto se expandiu o âmbito de aplicação deste, passando a ser aplicado em diversos tipos de ação e não mais somente nos mandados de segurança. Com essa expansão também vieram mudanças que ampliaram as chances de o Estado ter a decisão contra ele suspensa.

Assim, ao se visualizar os princípios, o que eles defendem e a legislação que regula a suspensão, percebemos que o legislador, com o objetivo de proteger o

Estado, criou uma norma que ultrapassa a razoabilidade. Pois, temos uma norma com o claro intuito de somente resguardar uma parte da relação processual deixando a outra sem meios de garantir seus direitos. Tem-se como exemplo dessa desproporcionalidade, a possibilidade de o ente público intentar por três vezes que a decisão seja suspensa, enquanto que o particular só tem a possibilidade de interpor um agravo para se proteger.

Verificamos no decorrer deste trabalho que o interesse público deve ser protegido, porém, não pode essa proteção se dar em detrimento de direitos já garantidos constitucionalmente. O órgão público não pode ser privilegiado a ponto de prejudicar o particular, que devemos lembrar, procura a concessão de um direito que já é certo e líquido.

Desse modo, concluímos que a norma que regula a suspensão de segurança deve passar por modificações que permitam que as partes nesse procedimento possuam condições mais igualitárias. Todavia, ressaltamos que a suspensão da suspensão de segurança deve ser retirada do ordenamento jurídico, por ser essa uma modalidade que contraria o devido processo legal de forma ampla. Já que ele desrespeita tanto as regras de competência ao permitir que a STF julgue causas não previstas na Constituição a ele competentes, como também torna a relação processual mais desigual do que ela já é.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Landy editora, 2001.

ARAÚJO NETO, Antonione Wandré. *A equivocada previsão da suspensão de segurança na Lei 12.016 de 2009*. Goiânia, 2014.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Assembleia Nacional Constituinte, 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em 2 abr. 2015.

_____. (1946). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Assembleia Constituinte, 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 02 de abr. 2015.

_____. (1936). *Lei 191, de 16 de janeiro de 1936*. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1936. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=21252&tipoDocumento=LEI&tipoTexto=PUB>>. Acesso em: 03 de abr. 2015.

_____. (1949). *Decreto-Lei 1.608, de 18 de setembro de 1939*. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1939. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em: 03 de abr. 2015.

_____. (1951). *Lei 1.533, de 31 de dezembro de 1951*. Rio de Janeiro: Congresso Nacional, 1951. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L1533.htm>. Acesso em: 03 de abr. 2015.

_____. (1964). *Lei 4.348, de 26 de junho de 2015*. Brasília: Congresso Nacional, 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4348.htm>. Acesso em: 03 de abr. 2015.

_____. (1992). *Lei 8.347, de 30 de junho de 1992*. Brasília: Congresso Nacional, 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8437.htm> Acesso em: 02 de abr. 2015.

_____. (2015). *Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009*. Brasília: Congresso Nacional, 2009.

_____. (2015). *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Brasília: Congresso Nacional, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso em: 2 abr. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI: 2251 DF*, Relator: Min. SYDNEY SANCHES, Data de Julgamento: 15/03/2001, Tribunal Pleno. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14751845/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2251-df>>. Acesso em: 5 abr. 2015.

_____. (1992). *Medida Provisória 2180/35, de 30 de junho de 1992*. Brasília: Presidência da República, 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2180-35.htm>. Acesso em: 5 abr. 2015.

_____. (2001). *Emenda Constitucional 32, de 11 de setembro de 2001*. Brasília: Congresso Nacional, 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc32.htm>. Acesso em: 5 abr. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg na SL: 39 SC 2003/0188071-6*, Relator: Ministro Edson Vidigal, Data de Julgamento: 19/05/2004, CE - corte especial. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19601185/agravo-regimental-na-suspensao-de-liminar-agrg-na-sl-39-sc-2003-0188071-6>>. Acesso em: 7 de abr. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg na SLS 1865 BA 2014/0045281-7*, Relator: Ministro Felix Fischer, Data de Julgamento: 21/05/2014, CE - corte especial. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25107168/agravo-regimental-na-suspensao-de-liminar-e-de-sentenca-agrg-na-sls-1865-ba-2014-0045281-7-stj/inteiro-teor-25107169>>. Acesso em: 7 abr. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *SS: 1287 AP*, Relator: Min. presidente, Data de Julgamento: 30/03/1999. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19162200/suspensao-de-seguranca-ss-1287-ap-stf>>. Acesso em 7 abr. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. SS: 1178 PA , Relator: Min. presidente, Data de Julgamento: 12/08/1997. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21028193/suspensao-de-seguranca-ss-1178-pa-stf>>. Acesso em 7 abr. 2015.

BUENO, Cassio Scarpinella. *O poder público em juízo*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*: volume 1. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

COSTA MACHADO, Antônio Cláudio da. *Código de Processo Civil interpretado*. 5. ed. São Paulo: Manole, 2006.

CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *A lide cautelar no processo civil*. Curitiba: Juruá, 1992.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes: 2003.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e teoria do processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

JORGE, Flávio Chein. *Teoria Geral dos recursos cíveis*. Rio Janeiro: Forense, 2003.

KLIPPEL, Rodrigo e NEFFA JÚNIOR, José Antônio. *Comentários à Lei de Mandado de Segurança*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1997.

MEIRELLES, Hely Lopes; MENDES, Gilmar Ferreira; WALD, Arnaldo. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

NERY JR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*: volume único. 6. ed. São Paulo: Método, 2014.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão de segurança: a sustação da eficácia de decisão judicial contra o Poder Público*. 3. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SCARTEZZINI, Jorge Tadeo Goffi Flaquer. *Suspensão de segurança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

TAVARES, André Ramos. Princípios Constitucionais. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder (coords.). *Tratado de direito constitucional*. v. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1090-1180.

THEDORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. v. I. 55. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

VENTURI, Elton. *Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao Poder Público*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. *Hermenêutica e interpretação jurídica*: Hermenêutica constitucional. Brasília: Universa, 2003.