

INCONSTITUCIONALIDADE DAS NOVAS REGRAS DA SUSPENSÃO DE LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA*

Cassio Scarpinella Bueno

Mestre e Doutor em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Visiting Scholar da Universidade de Columbia (Nova York); Professor concursado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Vice-Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público e Advogado em São Paulo

SUMÁRIO: **1)** Considerações iniciais; **2)** O real alcance do art. 14 da Medida Provisória nº 2.102; **3)** A competência dos Tribunais Superiores para apreciar o ‘novo’ pedido de suspensão; **4)** Especificamente a inconstitucionalidade do ‘novo’ pedido de suspensão para o mandado de segurança; **5)** A forma de combate a eventuais abusos na concessão de liminares ; **6)** Considerações finais.

1) *Considerações iniciais*

Quando analisei pela primeira vez o ‘novo’ ou ‘segundo’ pedido de suspensão (o pedido de suspensão *per saltum*) criado pelo art. 1º da então Medida Provisória nº 1.984, que, desde dezembro de 2000, passou a ser Medida Provisória nº 2.102, fiz questão de assinalar que as inovações introduzidas no art. 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992, *não* tinham aplicação à liminar em mandado de segurança (Lei nº 1.533/51, art. 7º, II), porque regida por lei própria, o art. 4º da Lei nº 4.348/64.¹

Defendi este entendimento porque o art. 4º da Lei nº 8.437/92, alvo de alteração da Medida Provisória nº 2.102, *não trata* — e nunca tratou — do mandado de segurança. Muito pelo contrário, seu direcionamento sempre foi o de trazer *para* as *ações cautelares* e respectivas liminares contra o Poder Público as mesmas vedações ou regulações preexistentes com relação ao mandado de segurança. Fez isto inclusive disciplinando o ‘pedido de suspensão’ criado à semelhança daquele que já ocupava, por quase trinta anos, o art. 4º da Lei nº 4.348/64. Por se tratarem, ambas, de leis específicas, inviável que qualquer inovação de uma afetasse necessariamente a outra.

De outro lado e desconsiderando a patente inconstitucionalidade daquela *nova* disciplina do pedido de suspensão, assinalei que aquelas mesmas novidades do art. 4º da Lei nº 8.437/92 tinham aplicabilidade plena aos pedidos de tutela antecipada (CPC,

*. Dedico estas linhas e suas reflexões à Professora Lucia Valle Figueiredo e ao Professor Sérgio Ferraz, exemplos de juristas multidisciplinares, verdadeira e profundamente multidisciplinares.

¹. Cassio Scarpinella Bueno, *O poder público em juízo*, São Paulo, Max Limonad, 2000, pp. 27/29.

arts. 273 e 461) formulados contra o Poder Público considerando a *expressa* remissão que àquele dispositivo faz o art. 1º da Lei nº 9.494/97.²

Daí ter escrito, partindo da premissa que o intuito do *novo* sistema da suspensão de liminares era o de minimizar a tutela de urgência exercitável ou exigível *contra* o Poder Público, que “... embora clara a intenção do governo Federal quanto à criação deste *novo* pedido de suspensão, não há como sustentar, tecnicamente, que o mandado de segurança tenha sido alcançado pela medida provisória em comento. Definitivamente não me parece que este *novo* instituto tenha aplicabilidade aos pedidos de suspensão de liminar e de sentenças proferidas em mandado de segurança. Para esta ação, permanece íntegra a Lei nº 4.348/64, se é que posso me referir deste modo a um diploma legal que já arrancou de Sérgio Ferraz a conotação de ‘altamente esdrúxula e criticável’”.³

Vedado o emprego da analogia entre os institutos e as ações, sustentei que, para que a nova disciplina do pedido de suspensão das cautelares e da antecipação de tutela em face do Poder Público tivesse aplicação ao pedido de suspensão de liminares concedidas em mandado de segurança, havia necessidade de texto normativo *expresso*.⁴ Em suma, fazia-se necessário que dispositivo normativo *expresso* buscasse *uniformizar* os diversos institutos relacionados à (ineficácia da) tutela de urgência contra o Poder Público: mandado de segurança, ações cautelares, pedidos de antecipação da tutela, ações civis públicas e quaisquer outras formas de exercício da tutela jurisdicional urgente.

Foi o que veiculou pela primeira vez a edição *extra* do Diário Oficial de 9 de setembro de 2000, em que se lia o texto da Medida Provisória nº 2.059, de 8 de setembro de 2000, que “acresce disposições à Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964”. Importante, para este trabalho, destacar sua atual redação que vige, *com força de lei*, desde a vigésima segunda reedição da então Medida Provisória nº 1.984, de 27 de setembro de 2000, atual Medida Provisória nº 2.102, quando passou a ser o art. 14 deste diploma normativo:

“Art. 14. O art. 4º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, passa a vigorar com as seguintes alterações:

‘Art. 4º

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

². *O poder público em juízo*, pp. 29/30.

³. *O poder público em juízo*, p. 67. V. também as considerações que faço a p. 99 do trabalho.

⁴. V. meu *O poder público em juízo*, p. 68.

§ 2º. Aplicam-se à suspensão de segurança de que trata esta Lei, as disposições dos §§ 5º a 8º do art. 4º, da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992' (NR)".⁵

São diversas as questões interpretativas que a *nova* disciplina do pedido de suspensão de liminares em mandado de segurança coloca ao intérprete e ao aplicador do direito. Desde sua constitucionalidade, duvidosa, porque, além de ser veiculada por *medida provisória*, restringe a razão de ser do mandado de segurança, *garantia individual e coletiva* nos termos do art. 5º, LXIX e LXX, da Constituição Federal, passando pelo questionamento da existência, ou não, de competência aos Tribunais Superiores para julgarem, em grau revisional, atos *monocráticos* dos Presidentes dos Tribunais de segundo grau de jurisdição, ou de seus colegiados, desaguando na sua análise sistemática e infraconstitucional.

Este breve estudo volta-se, precipuamente, à demonstração da *inconstitucionalidade* destas modificações.⁶ Isto porque, à guisa de uniformizar regras relativas à (ineficácia da) tutela de urgência contra o Poder Público, o art. 14 da Medida Provisória nº 2.102 *inovou*. Para tanto, busco resumir e desenvolver algumas das questões do parágrafo anterior, contextualizando as regras que passaram a fazer parte do art. 4º da Lei nº 4.348/64, típicas do que venho denominando de 'direito processual público'.⁷

⁵. Os dispositivos mencionados têm a seguinte redação: § 5º. É cabível também o pedido de suspensão a que se refere o parágrafo anterior, quando negado provimento a agravo de instrumento interposto contra a liminar a que se refere este artigo; § 6º. A interposição do agravo de instrumento contra liminar concedida nas ações movidas contra o Poder Público e seus agentes não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão a que se refere este artigo; § 7º. 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; § 8º. 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".

⁶. Para não desbordar dos limites a que se propõe este trabalho, remeto o interessado aos comentários que desenvolvi sobre os parágrafos do art. 4º da Lei nº 8.437/92 no meu *O Poder Público em juízo*, pp. 69/99, bem assim nos adendos que elaborei e que estão publicados no *site* da editora Max Limonad (www.maxlimonad.com.br). À bibliografia lá citada acrescento o excelente trabalho de Marcelo Abelha Rodrigues, *Suspensão de Segurança – Sustação de eficácia de decisão judicial proferida contra o Poder Público*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, pp. 213/231.

⁷. Por 'direito processual público' entendo as regras de direito processual civil que se dirigem às ações e aos processos em que o "Poder Público" apresenta-se em juízo, como autor ou, como na hipótese vertente, como réu. Poder Público deve ser entendido como a pessoa jurídica ou ente que exerce *função administrativa* e que atua, conseqüentemente, sob o manto de um regime jurídico de direito público. A distinção de regimes jurídicos *materiais* entre o que convencionalmente é tido como direito público e direito privado *também* se reflete sobre as normas processuais que nada mais fazem do que aplicar (coativamente) aquelas. V., ainda, meu *O poder público em juízo*, pp. 11/15 e 217/227 e meu "A emergência do direito processual público" publicado em *Direito Processual Público – A fazenda pública em juízo*, São Paulo, Malheiros, 2000, pp. 31/44. Na mesma coletânea, os trabalhos de Carlos Ari Sundfeld, "O direito processual e o direito administrativo", pp. 15/30 e, de Carlos Alberto de Salles, "Processo civil de interesse público: uma nova perspectiva metodológica", pp. 45/65, são de consulta obrigatória.

2) O real alcance do art. 14 da Medida Provisória nº 2.102

A primeira observação que faço com relação à *nova disciplina* do pedido de suspensão de liminar em mandado de segurança é que o próprio Governo Federal acabou por revelar com estas regras o acerto do entendimento de que as inovações relativas às ações cautelares, liminares e antecipações de tutela em face do Poder Público (Lei nº 8.437/92, art. 4º, na redação do art. 1º da Medida Provisória nº 2.102) *não* são aplicáveis ao mandado de segurança. Descabida qualquer interpretação analógica neste sentido, impunha-se mesmo baixar (*impor, outorgar*) ato com força de lei para que o regime do *novo* pedido de suspensão pudesse ter aplicação com relação ao mandado de segurança, que caracteriza o Estado de Direito brasileiro como ele *deve-ser* de acordo com a Carta de 1988.⁸

Afirmo de plano que a nova sistemática do pedido de suspensão das cautelares e das antecipações da tutela contra o Poder Público (art. 4º da Lei nº 8.437/92, na redação do art. 1º da Medida Provisória nº 2.102) chegou a ser considerada, por maioria de votos, *constitucional* pelo Supremo Tribunal Federal, que negou cautelar pleiteada na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.251 proposta pelo Partido dos Trabalhadores contra aquele ato normativo.⁹ A única das novas regras que foi declarada liminarmente inconstitucional (sem unanimidade dos votantes, contudo) foi o primitivo § 8º do art. 4º da Lei nº 8.437/92,¹⁰ que tratava do que tive oportunidade de denominar de ‘pedido de retroação’ ou ‘apagão’, considerando sua predisposição de ‘suspender para o passado’ os efeitos de liminar concedida contra o Poder Público.¹¹

Mas, se a razão de ser do atual art. 14 da Medida Provisória nº 2.102 é (seria) deixar claro (e inequívoco) que o regime do *novo* pedido de suspensão do art. 4º da Lei nº 8.437/92 *também* se aplica a liminares concedidas em mandado de segurança (art. 4º da Lei nº 4.348/64), por qual motivo não se fez, de plano e desde setembro de 2000,

⁸. V. meu *Liminar em mandado de segurança: um tema com variações*, 2ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, pp. 252/256.

⁹. Decisão publicada em 28 e 30 de agosto, 4 e 11 de setembro de 2000. A respeito, v. meu “As (*constantes*) alterações impostas pela Medida Provisória nº 1.984 no Processo Civil – Adendo para setembro de 2000” publicado no site da Editora Max Limonad (www.maxlimonad.com.br). Mais recentemente, a ADI foi julgada extinta pela falta do necessário aditamento da inicial diante das sucessivas reedições da Medida Provisória impugnada (DJU 17.4.01), pelo que foram revogadas as liminares anteriormente concedidas.

¹⁰. A redação do dispositivo era a seguinte: “Ao verificar que a liminar esgotou, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação ou foi deferida em flagrante ofensa à lei ou a jurisprudência de tribunal superior, o presidente do tribunal poderá suspendê-la com eficácia retroativa à data em que foi concedida, tornando sem efeito qualquer ato executivo dela decorrente”. Não foi por outra razão, aliás, que a Medida Provisória nº 2.059, que criou a nova disciplina do pedido de suspensão para o mandado de segurança, fez remissão apenas aos §§ 5º a 7º e 9º do art. 4º da Lei nº 8.437/92, na redação da então Medida Provisória nº 1.984-21, de 28 de agosto de 2000.

¹¹. V., a respeito, meu *O poder público em juízo*, pp. 80/96, quando o dispositivo era ainda o § 7º do art. 4º da Lei nº 8.437/92. Somente com a 18ª reedição da Medida é que ele passou a ser o § 8º, e, sob esta veste, foi tido como inconstitucional pela maioria do Supremo Tribunal Federal.

quando da sua criação pela Medida Provisória nº 2.059, a remissão aos novos parágrafos do primeiro daqueles dispositivos — em especial a seu § 4º —, excepcionando, apenas e tão somente, o § 8º, que já havia sido declarado inconstitucional? Não teria sido mais fácil que o art. 14 da Medida Provisória nº 2.102, limitasse-se a dizer que os novos parágrafos do art. 4º da Lei nº 8.437/92 *também* deveriam ter aplicação para a Lei nº 4.348/64 e, conseqüentemente, para o mandado de segurança?

Não tenho dúvidas de que sim. Mas a utilização de *outra técnica* pela Medida Provisória em destaque não foi sem motivo e sem um objetivo bem específico.

A razão de a remissão ao regime do pedido de suspensão ser *bifurcado* nos dois parágrafos introduzidos no art. 4º da Lei nº 4.348/64 pode não restar clara após uma primeira leitura da nova medida provisória. Fica transparente, no entanto, depois que os olhos daquele que se predispõe a lê-los lacrimejam enquanto pelos seus lábios, fechados com força, um contra o outro, é possível ouvir um murmúrio: “O que fizeram com o mandado de segurança?”.

O novo § 1º do art. 4º da Lei nº 4.348/64, na verdade, é bem mais *amplo* e mais *elástico* do que o § 4º do art. 4º da Lei nº 8.437/92, que trata do *novo* ou do *segundo* pedido de suspensão para as ações cautelares e pedidos de antecipação de tutela contra o Poder Público. Por isto, seria insuficiente uma *mera remissão* ao atual § 4º do art. 4º da Lei de 1992. Na verdade, o art. 14 da Medida Provisória nº 2.102, sob o manto de pretender *uniformizar* o procedimento daquele *novo* mecanismo de revisão perante as Cortes Superiores *também* para o mandado de segurança, foi *além* — muito além — da previsão hoje constante do § 4º do art. 4º da Lei nº 8.437/92.

Na forma atual deste dispositivo, art. 4º, § 4º, da Lei nº 8.437/92, o *novo* ou o *segundo* pedido de suspensão só tem cabimento da decisão *colegiada* do Tribunal de segundo grau de jurisdição que, em última análise, *nega* o pedido originário, de competência monocrática do Presidente do Tribunal respectivo (art. 4º, *caput*, da Lei nº 8.437/92). Dito de outro modo: mister que o órgão colegiado do Tribunal de segundo grau de jurisdição manifeste-se *previamente* sobre o ato presidencial (monocrático) que versa sobre o pedido de suspensão (art. 4º, *caput*, da Lei nº 8.437/92) para que haja possibilidade de *cabimento* do *novo* ou do *segundo* pedido de suspensão perante a presidência dos Tribunais Superiores. Mister que se esgote — antes do oferecimento do *novo* ou *segundo* pedido de suspensão às Cortes Superiores — a instância ‘ordinária’.

É o que diz, com clareza, o precitado § 4º:

“Se do julgamento do agravo de que trata o parágrafo anterior resultar a manutenção ou restabelecimento da decisão que se pretende suspender, caberá novo

pedido de suspensão ao Presidente do Tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário”.

É verdade que isto, mesmo com relação às cautelares contra o Poder Público, nem sempre foi assim. Este *novo* ou *segundo* pedido de suspensão dirigido aos Presidentes dos Tribunais Superiores, consoante sua fundamentação seja constitucional ou legal,¹² sofreu diversas mutações ao longo das sucessivas reedições da Medida Provisória nº 2.102 e que passaram — de forma triste e preocupante — grandemente despercebidas de larga parte da comunidade jurídica.

Com efeito.

Quando criado, o *novo* ou *segundo* pedido de suspensão cabia desde que “Negada a suspensão, mesmo antes da interposição do agravo a que se refere o parágrafo precedente” (art. 4º, § 4º, da Lei nº 8.437/92, na redação da Medida Provisória nº 1.984-13, de 11 de janeiro de 2000). Esta hipótese de cabimento perdurou até a edição da Medida Provisória nº 1.984-17, de 4 de maio de 2000.

Com a décima oitava reedição da Medida, de 1º de junho de 2000, o *novo* ou *segundo* pedido de suspensão passou a caber *indistintamente* da decisão que negava a suspensão como daquela que a deferia (?!). É verdade. Ao longo da curtíssima vigência daquela versão da que hoje é Medida Provisória nº 2.102, o pedido de suspensão também podia ser apresentado pelo particular, porque a hipótese de seu cabimento atrelava-se, na redação então dada ao § 4º do art. 4º da Lei nº 8.437/92, ao improvimento do agravo disciplinado pelo § 3º do mesmo dispositivo legal. Dito de outro modo: por pouco menos de trinta dias, *também* o particular (não-Poder Público) pôde alcançar os Tribunais Superiores sem se valer de recursos extraordinários ou especiais toda vez que liminar concedida em seu favor no primeiro grau de jurisdição fosse cassada, suspensa, anulada ou, de qualquer outro modo, perdesse sua eficácia no segundo grau em virtude do pedido de suspensão. Suficiente que esta situação fosse proveniente do *improvimento* do agravo interno (o impropriamente denominado regimental) que sempre foi previsto no § 3º do art. 4º da Lei nº 8.437/92.¹³

Eis o texto do § 4º do art. 4º da Lei nº 8.437/92, na redação que lhe deu o art. 1º da Medida Provisória nº 1.984-18 de 1º de junho de 2000, a evidenciar o acerto destas afirmações:

¹². V. meu *O Poder Público em Juízo*, pp. 63/66.

¹³. A propósito, v. meu “As (*constantes*) alterações impostas pela Medida Provisória nº 2.102 no Processo Civil – Adendo para junho de 2000” publicado no site da editora Max Limonad (www.maxlimonad.com.br).

“§ 4º. Negado provimento ao agravo de que trata o parágrafo anterior, caberá novo pedido de suspensão ao Presidente do Tribunal competente para julgar eventual recurso especial ou extraordinário”.

Por motivos que dispensam maiores considerações — afinal o pedido de suspensão sempre foi uma das mais odiosas *prerrogativas* que o sistema processual reconhece ao Poder Público enquanto réu —, esta possibilidade deixou de existir com a décima nona reedição da então Medida Provisória nº 1.984, de 29 de junho de 2000. Nela, o § 4º do art. 4º da Lei nº 8.437/92 acabou por vincular a formulação do *novo* pedido de suspensão ao *resultado desfavorável* aos interesses do Poder Público do julgamento colegiado do segundo grau de jurisdição, isto é, desde que o julgamento do agravo interno do § 3º resultasse na manutenção ou no restabelecimento da decisão que se pretendeu suspender nos termos e para os fins do *caput* do dispositivo.

É esta a *hipótese de cabimento* do *novo* pedido de suspensão que vige até o presente. Para ações cautelares e ações com pedido de tutela antecipada formulado contra o Poder Público, o *novo* ou o *segundo* pedido de suspensão só tem cabimento do *acórdão* que, julgando o agravo interno do § 3º do art. 4º da Lei nº 8.437/92, acaba por *negar* o pedido de suspensão dos efeitos da decisão impugnada, *mantendo* ou *restabelecendo* os efeitos da decisão do primeiro grau de jurisdição.

O que o § 1º do art. 4º da Lei nº 4.348/64, introduzido pelo art. 14 da Medida Provisória nº 2.102, está a dizer, *de maneira muito mais ampla do que* o atual desenho do *novo* pedido de suspensão do art. 4º, § 4º, da Lei nº 8.437/92 é que esta *revisão* tem cabimento em *duas* situações distintas — bastante distintas —, quando os efeitos da decisão jurisdicional que se quer minimizar são originários de mandado de segurança. Daí ser mais abrangente ou elástico como já referi. Por isto é que o art. 14 não se limitou a fazer uma remissão aos parágrafos do art. 4º da Lei nº 8.437/92. A pretexto de *apenas* uniformizar certa disciplina jurídica, o novo § 1º do art. 4º da Lei nº 4.348/64 vai *muito* além, *inovando*.

O acesso às Cortes Superiores, sempre na dependência do fundamento empregado no *novo* ou *segundo* pedido de suspensão (se constitucional ou legal), é viável já quando *negado* o *originário* ou *primeiro* pedido de suspensão pelo ato *monocrático* do Presidente do Tribunal de segundo grau. Mas também é possível quando for dado provimento ao agravo interno interposto *pelo particular*, com esteio no art. 4º, *caput*, da Lei nº 4.348/64, do ato presidencial, que suspende os efeitos da decisão de primeiro grau de jurisdição.

Em suma: toda a vez que o requerente do pedido de suspensão (o Poder Público para os fins esclarecidos na nota 7, *supra*)¹⁴ não obtiver sucesso imediato ou sucessivo no segundo grau de jurisdição, ele pode *recorrer* de plano aos Tribunais Superiores, sem quaisquer preocupações, formalidades, delongas ou maiores preocupações do tipo: ‘prequestionamento explícito, implícito, numérico ou ficto’, vedação do reexame de circunstâncias fáticas subjacentes à decisão do Tribunal *a quo*, ou, ainda, a forma de destrancamento dos recursos extraordinários e especiais retidos (CPC, art. 542, § 3º). Tudo para que seja realizado uma espécie de ‘controle interno’ e bastante célere da atividade das Cortes Estaduais ou Regionais pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal.

É isto o que o § 1º do art. 4º da Lei nº 4.348/64, na redação *imposta* pelo art. 14 da Medida Provisória nº 2.102, disciplina. Ainda mais, pois, do que o *novo* ou o *segundo* pedido de suspensão do art. 4º, § 4º, da Lei nº 8.437/92, que *depende* da *prévia* manifestação do colegiado de segundo grau de jurisdição para o *salto de instância*. Pelo menos por ora, é sempre bom acentuar. Amanhã, uma nova edição desta Medida Provisória pode tratar o tema diferentemente consoante as *necessidades* (*rectius*, urgência e relevância) inspiradoras do momento, tornando despicienda a *prévia* interposição do agravo interno, como, de resto, já se deu em edições anteriores da que hoje é a Medida Provisória nº 2.102.

Alguém defenderá o modelo incorporado à Lei nº 4.348/64 e a distinção de tratamento quando comparado com o art. 4º, § 4º, da Lei nº 8.437/92 justamente diante desta última afirmação. É que, vai-se dizer, o art. 4º, *caput*, da Lei nº 4.348/64 *não autoriza* — nunca autorizou e continua não autorizando — a interposição do agravo pelo requerente do pedido de suspensão (o Poder Público ou quem lhe faça as vezes). Ao contrário do que sempre disciplinou o art. 4º, § 3º, da Lei nº 8.437/92, o dispositivo de 1964 reserva aquele recurso somente ao particular afetado pela decisão presidencial.¹⁵

Se assim é, impensável ao requerente do pedido de suspensão em sede de mandado de segurança recorrer para o próprio Tribunal *antes* de formular o *novo* pedido de suspensão. E a razão é simples: não existe este recurso. Da decisão presidencial que nega a suspensão, não há outra opção que não ir direto às Cortes Superiores. O problema limita-se em saber *como*, o que é o objeto do novo § 1º do art. 4º da Lei nº 4.348/64.

¹⁴. Sobre a legitimidade para a formulação do pedido de suspensão, v. meu *Liminar em mandado de segurança: um tema com variações*, pp. 228/234, meu *O poder público em juízo*, pp. 66/67 e, de Marcelo Abelha Rodrigues, *Suspensão de segurança*, pp. 117/125.

¹⁵. Este, não nego, é o entendimento tranqüilo na jurisprudência dos Tribunais Superiores, como atestam as Súmulas nºs. 506, do Supremo Tribunal Federal, e 217, do Superior Tribunal de Justiça.

O argumento, atrevo-me a escrever, é cômodo. É confortável dizer que o art. 4º, *caput*, da Lei nº 4.348/64, nunca admitiu o agravo da decisão que *nega* o pedido de suspensão e, por isto mesmo, fica autorizado o *pulo* ou o *salto* para as Presidências do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, valendo-se de um *novo* ou *segundo* pedido de suspensão.

É que a Medida Provisória nº 2.102 está indiscutivelmente *modificando* o sistema recursal ou, quando menos, criando *formas de revisão* de determinadas decisões jurisdicionais. Assim, se o art. 14 da Medida Provisória nº 2.102 estivesse verdadeiramente interessado em *uniformizar* o procedimento do pedido de suspensão do mandado de segurança (Lei nº 4.348/64) com as novidades trazidas ao das ações cautelares contra o Poder Público (Lei nº 8.437/92), poderia perfeitamente — ao menos da interpretação que se tem *tolerado* do art. 62 da Constituição Federal — ter transportado *também* o agravo interno do art. 4º, § 3º, da Lei nº 8.437/92 para a Lei nº 4.348/64. Até porque a recorribilidade de *toda* decisão monocrática no âmbito dos tribunais, mais do que nunca, é parte integrante do sistema processual civil.¹⁶ Eis aí uma possível e verdadeira tarefa de *uniformização* — não de *modificação* ou de *achatamento de sua eficácia em prol do particular* — deste mesmo sistema.

A ênfase de todas estas modificações, no entanto, repousa na criação de mecanismos de subida imediata às Cortes Superiores quando quem sucumbe perante as instâncias ‘ordinárias’ é o Poder Público. As sucessivas edições e reedições da Medida Provisória em comento são inequívocas neste sentido. Não se quer, decididamente, uniformizar nada. Tanto assim que o § 2º do art. 4º da Lei nº 4.348/64 faz remissão *expressa* ao § 5º do art. 4º da Lei nº 8.437/92, aí introduzido pela Medida Provisória nº 2.102, que garante a formulação do *novo* pedido de suspensão quando negado provimento a agravo de instrumento interposto contra a liminar concedida em primeiro grau. Aqui não se levou em conta que boa parte da jurisprudência, inclusive dos Tribunais Superiores, ainda entende que *não cabe* agravo de instrumento contra liminar concedida em mandado de segurança, justamente porque o meio de impugnação daquela decisão é, *exclusivamente*, o pedido de suspensão (!).¹⁷ Na exata proporção em que se admita o

¹⁶. V. meu *Liminar em mandado de segurança: um tema com variações*, pp. 256/260. Também Marcelo Abelha Rodrigues, *Suspensão de segurança*, pp. 192/194.

¹⁷. A respeito, v. meu *Liminar em mandado de segurança: um tema com variações*, pp. 131/173. Mais recentemente, o Superior Tribunal de Justiça tem passado a admitir o agravo de instrumento em mandado de segurança. Ilustrativa a respeito a seguinte ementa: “Processo civil - Mandado de segurança. Liminar: Ataque via agravo de instrumento - Legitimidade para recorrer. 1. Superada a posição jurisprudencial que, ortodoxamente, rejeita recurso contra decisão concessiva, só atacável via suspensão de segurança. 2. A liminar, negando ou concedendo a antecipação, é decisão interlocutória que desafia agravo de instrumento. 3. Tem legitimidade para recorrer, no mandado de segurança, em princípio, o órgão público e não o impetrado, que age como substituto processual da pessoa jurídica. 4. Hipótese em que, na impetração, criou a impetrante litisconsórcio passivo, legitimando os impetrados a recorrerem. 5. Recurso especial improvido” (Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, Recurso Especial nº 264.555/MG, Rel. Min. Eliana Calmon, j.un.

agravo, cabe também o *novo* pedido de suspensão. É o que basta, indiferente, para este fim, a correção de uma ou de outra corrente interpretativa. Há espaço para alguma dúvida quanto ao real objetivo destas alterações?

É verdade que, hoje, para o sistema das ações cautelares contra o Poder Público, ao contrário do que se verificou no passado, é necessária a interposição do agravo do ato presidencial que nega o pedido de suspensão. Somente após sua interposição é que se pode tentar chegar às Cortes Superiores mediante o *novo* pedido de suspensão. O § 3º do art. 4º da Lei de 1992 na sua atual redação limita-se a *impor* o julgamento deste agravo interno na sessão seguinte à sua interposição.

Por que aguardar a próxima sessão, entretanto? Nem sempre a *prévia* manifestação do colegiado de segundo grau acerca do ato presidencial que nega o pedido de suspensão será tão rápida quanto os interesses *secundários* da Administração Pública querem que seja.¹⁸

Eis um ponto em que repousa o *desequilíbrio processual* criado pelo novo § 1º do art. 4º da Lei nº 4.348/64. Ao invés de *explicitar* para o mandado de segurança o que deriva expressamente do sistema processual civil quanto à *necessária* recorribilidade de *todo* ato jurisdicional monocrático no âmbito dos Tribunais (*uniformizar*), acabou por *criar* um *atalho ainda mais curto* para as Cortes Superiores que favorece, apenas e tão somente, o Poder Público. Decididamente é esta a ênfase de todas estas alterações: criar *novos privilégios* processuais para as Fazendas Públicas. Alguém se habilita a dizer até quando o *segundo* pedido de suspensão da Lei nº 8.437/92 vai depender da manifestação do Tribunal *a quo*?

Não se trata, como já se disse e já se ouviu, de qualquer desconfiança ou temor da função revisional das Cortes Superiores nos casos que têm curso perante as instâncias inferiores. Muito pelo contrário. É que tudo tem seu tempo próprio, inclusive a *forma* da atuação revisora dos Tribunais Superiores.

Mister, por isto mesmo, questionar se e como medida provisória pode criar *novas* regras de processo, modificando diploma legislativo que, há mais de trinta e sete anos, vige sem *qualquer espécie* de alteração para *favorecer* apenas e tão somente *uma das partes* da relação processual. Mais: que altera normas de processo *sem levar em conta*

19.10.00, DJU 19.2.01, p. 159). No mesmo sentido, v.: REsp nº 213.491/RJ; REsp nº 213.716/RJ; REsp nº 108.026/PR e AGREsp nº 162.816/SP.

¹⁸. A distinção entre interesse *primário* e *secundário* da Administração Pública rende interessantes discussões, classicamente rotuladas como a dicotomia entre “prerrogativas” e “privilégios” processuais da Fazenda. Aprofundi-me no tema, aplicando-o à Medida Provisória nº 2.102, em meu *O poder público em juízo*, esp. pp. 221/227.

o *sistema* processual civil mais recente — modificado por lei, não é desnecessário lembrar —, que prevê a recorribilidade de *toda* decisão monocrática no âmbito dos Tribunais.

A se entender que mecanismos como este podem ser criados (e por medida provisória), deve se esquecer a ordem jurídica *posta*, preexistente e as garantias que a Constituição reserva aos particulares, inclusive a relativa ao mandado de segurança e de sua aptidão de dar ao particular tudo o que é seu, sem qualquer embaraço e, se a urgência do caso concreto exigir, *liminarmente*. O que deve ser observado é a garantia do *devido processo legal* que interdita, dentre outras coisas, a criação de *novas* regras processuais, apenas *para* e *por* uma das partes do processo judicial (o Estado), aos sabores das conveniências, necessidades e derrotas (embora provisórias) em litígios concretos. Em suma, trata-se de repudiar o *casuismo normativo* — tão em voga quando o assunto é medida provisória —, enaltecendo a *segurança*, valor máximo de qualquer *ordem* jurídica. A não se preservar o que a Constituição quer, necessário alterar seu texto e esclarecer a função revisora *ampla* e *imediata* das Cortes Superiores *para ambas as partes do processo*, esvaziando a razão de ser dos juizes e dos Tribunais inferiores, na contramão da tendência processualística mundial.

Da noite para o dia, o Estado, réu em diversas ações, entendeu que era necessário criar, perante as Cortes Superiores, um novo mecanismo de reexame dos atos jurisdicionais locais. Decidiu que o fator tempo, quando corre em seu desfavor, é mais importante do que aquele que motivou a concessão da liminar que favorece o particular. Para tanto, abriu uma picada no emaranhado do sistema recursal brasileiro que o leva — e só a ele — diretamente às Cortes Superiores. O Estado, que é réu, legisla para resolver suas derrotas em juízo mais rapidamente. E parece legislar para si próprio, enaltecendo sua posição processual e desprezando os direitos dos particulares. Desrespeitando, pois, o devido processo legal nas suas mais variadas facetas.

3) A competência dos Tribunais Superiores para apreciar o ‘novo’ pedido de suspensão

Necessário verificar, ademais, em que medida o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, embora nas pessoas de seus Presidentes, têm competência para julgar estes *recursos* ou estes *novos pedidos de suspensão*. Afinal, os arts. 102 e 105, da Constituição Federal *não prevêm* esta competência. E, quase despidendo dizer, a competência daquelas Cortes é *taxativamente* delimitada pela Constituição.¹⁹

¹⁹. “Competência do Supremo Tribunal Federal. Ação Civil Pública contra Presidente da República. Lei nº 7.347/85. A competência do Supremo Tribunal Federal é de direito estrito e decorre da Constituição, que a restringe aos casos enumerados no art. 102 e incisos. A circunstância de o Presidente da República estar sujeito à jurisdição da Corte, para os feitos criminais e mandados de segurança, não desloca para esta o

É certo, o art. 25 da Lei nº 8.038/90 prevê o cabimento de um pedido de suspensão ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça contra liminares e decisões finais proferidas pelos Tribunais de segundo grau de jurisdição quando no exercício de competência originária.²⁰ Este pedido de suspensão tem sido apreciado nos últimos onze anos sem que se tenha, até agora, cogitado mais detidamente de sua inconstitucionalidade diante da *ausência de competência* dos Tribunais Superiores para sua apreciação nos precitados arts. 102 e 105, da Constituição Federal.

Se, entretanto, há um descompasso entre a competência jurisdicional das Cortes Superiores, constitucionalmente traçada, e a realidade do foro, ainda é tempo de ajustá-lo. Ao menos com relação ao mandado de segurança...

Até porque o *novo* ou *segundo* pedido de suspensão de que trata o § 1º do art. 4º da Lei nº 4.348/64, tem cabimento *também* do ato presidencial monocrático.²¹ E é jurisprudência assente nos Tribunais Superiores o entendimento de que aquelas Cortes *não*

exercício da competência originária em relação às demais ações propostas contra ato da referida autoridade. Agravo regimental improvido” (Supremo Tribunal Federal, Pleno, Petição nº 693/SP – AgRg, Rel. Ministro Ilmar Galvão, j.m.v. 12.8.93, em *RTJ* 159/28) e “Improbidade administrativa (Constituição, art. 37, § 4º, Cód. Civil, arts. 159 e 1.518, Leis nºs 7.347/85 e 8.429/92). Inquérito civil, ação cautelar inominada e ação civil pública. Foro por prerrogativa de função (membro de TRT). Competência. Reclamação. 1. Segundo disposições constitucional, legal e regimental, cabe a reclamação da parte interessada para preservar a competência do STJ. 2. Competência não se presume (Maximiliano, *Hermenêutica*, 265), é indisponível e típica (Canotilho, *in* REsp 28.848, DJ de 02.08.93). Admite-se, porém, competência por força de compreensão, ou por interpretação lógico-extensiva. 3. Conquanto caiba ao STJ processar e julgar, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, os membros dos Tribunais Regionais do Trabalho (Constituição, art. 105, I, *a*), não lhe compete, porém, explicitamente, processá-los e julgá-los por atos de improbidade administrativa. Implicitamente, sequer, admite-se tal competência, porquanto, aqui, trata-se de ação civil, em virtude de investigação de natureza civil. Competência, portanto, de juiz de primeiro grau. 4. De *lege ferenda*, impõe-se a urgente revisão das competências jurisdicionais. 5. À minguada de competência explícita e expressa do STJ, a Corte Especial, por maioria de votos, julgou improcedente a reclamação” (Superior Tribunal de Justiça, Corte Especial, Reclamação nº 591/SP, Rel. Ministro Nilson Naves, j.m.v. 1.12.99, DJU 15.5.2000, p. 112).

²⁰. Pertinente a propósito a lição de Alexandre Freitas Câmara (*Lições de direito processual civil*, vol. I, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2000, 3ª edição, 2ª tiragem, pp. 67/68), que distingue entre o primeiro grau de jurisdição e a primeira instância: “É certo que na imensa maioria das vezes o primeiro grau de jurisdição é exercido por órgãos de primeira instância, e o segundo grau pelos de Segunda instância. Isto não significa, porém, que tais conceitos sejam sinônimos. Isto porque nos casos de competência originária dos Tribunais, estes exercem o primeiro grau de jurisdição (como no caso de mandado de segurança contra ato de governador do Estado, em que a competência originária é do Tribunal de Justiça). Além disso, pode-se admitir a hipótese de um órgão de primeira instância exercer segundo grau de jurisdição, como ocorre por exemplo nos juizados especiais cíveis, onde a competência recursal é de um órgão colegiado de primeira instância. Por fim, basta lembrar que o Supremo Tribunal Federal exerce o primeiro grau de jurisdição nas causas para as quais tem competência originária (art. 102, I, CF), e ninguém ousaria afirmar que aquele é um órgão de primeira instância”.

²¹. Marcelo Abelha Rodrigues, embora fazendo referência à então Medida Provisória nº 1.984, destaca interessantes conseqüências do cabimento do *novo* pedido de suspensão aos Tribunais Superiores, mormente quando conjugado com a possibilidade de agravo interno do ato presidencial perante o segundo grau (*Suspensão de segurança*, pp. 220/223).

têm competência para reexame de atos monocráticos via mandado de segurança (Súmulas nº 330 do Supremo Tribunal Federal e nº 41 do Superior Tribunal de Justiça).²²

4) Especificamente a inconstitucionalidade do ‘novo’ pedido de suspensão para o mandado de segurança

Já escrevi que na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.251, em última análise, o novo pedido de suspensão do art. 4º, § 4º, da Lei nº 8.437/92, foi declarado, embora liminarmente, *constitucional* pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal para as ações cautelares e naquelas ações em que formulado pedido de antecipação de tutela contra o Poder Público.

Entendeu-se na oportunidade que a criação de um novo mecanismo de controle dos atos jurisdicionais não só não maculava a competência constitucionalmente delimitada dos Tribunais Superiores mas também que era *oportuna e razoável* porque viabilizadora de um grau a mais de reexame de determinadas decisões que têm impacto incontestado no interesse público (valores protegidos no *caput* do art. 4º da Lei nº 8.437/92, no que não é diferente o hoje *caput* do art. 4º, da Lei nº 4.348/64).

Mais: a exemplo do que levou à negativa da cautelar pleiteada quanto ao novo § 5º do art. 1º da Lei nº 8.437/92, também acrescentado pela Medida Provisória nº 2.102,²³ entendeu-se legítimo que a lei infraconstitucional *discipline* a tutela de urgência exercitável inclusive contra o Poder Público como melhor parecer ao legislador infraconstitucional (que legislador?) sem que isto signifique ofensa ao comando do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

O que *não foi* enfrentado naquela sede — e nem havia necessidade diante do objeto daquela ação — é se um novo modelo de reexame de liminares em *mandado de segurança* fere ou não a Constituição Federal.

Isto porque a magnitude do mandado de segurança e de sua liminar tem assento constitucional *ainda maior e mais abrangente* do que as demais e quaisquer modalidades de tutela de urgência exercitáveis contra o Poder Público ou não. Não só encontra fundamento no precitado inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, mas, também, na própria previsão do mandado de segurança como ação civil predestinada a *evitar* e a *repelir* abusos e ilegalidades do Poder Público e de seus agentes (CF, art. 5º,

²². A respeito, v. meu *O poder público em juízo*, p. 50 e pp. 54/55.

²³. “§ 5º. Não será cabível medida liminar que defira compensação de créditos tributários ou previdenciários”.

LXIX), inclusive sob a forma *coletiva* (CF, art. 5º, LXX), conservando *in natura* a fruição plena do direito do particular.²⁴

É correta esta afirmação. O mandado de segurança, ontologicamente, é *hipertrofiado* pela Constituição. Tanto assim que, por diversas vezes, o Supremo Tribunal Federal negou que a legislação infraconstitucional (ou o quê lhe faça as vezes) possa pretender minimizar, frustrar, embaraçar ou obstaculizar a *eficácia* plena do mandado de segurança que, muito comumente, realiza-se em função de sua liminar que, direta ou indiretamente (*rectius*, antecipando ou meramente acautelando) viabiliza e *garante* a fruição *in natura* do bem jurídico reconhecido em prol do particular.²⁵

Para destacar apenas um precedente daquela Corte, pertinente o destaque de trecho de voto que o Ministro Carlos Velloso proferiu na ADI nº 975-3/DF.

O ex-Presidente do Supremo Tribunal Federal, partindo da premissa de que, presentes os pressupostos para a concessão de medida liminar para o impetrante (Lei nº 1.533/51, art. 7º, II), ela *deve ser* deferida, escreveu o seguinte, em passagem digna de aplauso:

“Assim posta a questão, Sr. Presidente, considero inconstitucional a lei ou medida provisória que suprime a medida liminar, porque essa lei ou medida provisória torna letra morta a ação constitucional do mandado de segurança, que é muito mais do que uma simples ação sob o ponto de vista processual, porque é ação constitucional, é garantia constitucional de direito individual.

Ademais, Sr. Presidente, convém não esquecer que a Constituição, ao cuidar do princípio da inafastabilidade do conhecimento do Poder Judiciário de qualquer lesão a direito, estabelece, também, que a ameaça a direito não pode ser subtraída do conhecimento do Judiciário (CF, art. 5º, XXXV).

Ora, de regra, somente através da medida liminar é que seria possível coibir ameaça a direito.

Também por isto, é fácil perceber que seria inconstitucional uma medida provisória que proíbe a concessão de medida liminar no mandado de segurança. Repito: raciocino, evidentemente, nos casos em que a medida liminar é necessária, vale dizer, nos

²⁴. A propósito, v. Lucia Valle Figueiredo, *Mandado de segurança*, São Paulo, Malheiros, 3ª edição, 2000, pp. 15/16 e 157/158 e Sérgio Ferraz, *Mandado de segurança (individual e coletivo) – Aspectos polêmicos*, São Paulo, Malheiros, 3ª edição, 1996, pp. 140/142. V., ainda, meu *Liminar em mandado de segurança: um tema com variações*, pp. 76/81 e pp. 187/197.

²⁵. Ainda aqui, v. meu *Liminar em mandado de segurança: um tema com variações*, pp. 81/95, em que sustento ser a natureza jurídica da liminar em mandado de segurança cautelar ou antecipatória de acordo com o pedido que encerra a ação, descabida sua classificação apriorística.

casos em que ocorrem os seus pressupostos, que se orientam no rumo daquilo que, na linguagem comum do foro, se denomina de *fumus boni iuris e periculum in mora*”.

Pouco mais adiante — o que estava em pauta era a análise da constitucionalidade de uma medida provisória do Governo Collor que proibia a concessão de medidas liminares e da execução provisória em mandados de segurança impetrados contra Plano Econômico —, o Ministro Carlos Velloso não deixou de acentuar que o instituto do pedido de suspensão previsto no art. 4º da Lei nº 4.348/64 precisava ser interpretado restritivamente, “sob pena de causar maus tratos à Constituição”.

Em outra ocasião, o Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de reafirmar seu entendimento de que o agravo referido no hoje art. 4º, *caput*, da Lei nº 4.348/64 não cabe da decisão presidencial que *nega* o pedido suspensão. E não cabe porque o pedido de suspensão limita e excepciona a grandeza e a finalidade do mandado de segurança pelo que não há razão para admitir a revisão do ato que o nega por requerimento do Poder Público.²⁶

Embora já tenha escrito que não concordo com o não cabimento deste agravo *também* para particular — ao menos quando a questão é analisada com os olhos voltados mais ao necessário tratamento paritário das partes em juízo do que à grandeza constitucionalmente estabelecida ao mandado de segurança ²⁷ — não posso deixar de reconhecer a profundidade e o alcance das considerações então feitas pelo Supremo Tribunal Federal: tamanho o valor que a Constituição reservou para o mandado de segurança enquanto *garantia individual ou coletiva* que não se pode admitir a revisão de ato que, em última análise, serviu para *confirmar* que o particular tem mesmo razão e

²⁶. Neste sentido: “O cabimento de agravo regimental, contra decisão denegatória de suspensão de liminar, é restrito, em conformidade com o disposto no § 3º do art. 4º da Lei nº 8437/92, ao processo cautelar comum. Em relação ao mandado de segurança, continua a valer a regra de que só contra o deferimento da suspensão é cabível o agravo (art. 4º da Lei nº 4.348/64 e art. 297, § 2º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal)” (Supremo Tribunal Federal, Pleno, Agravo Regimental em Suspensão de Segurança nº 582/RJ, Rel. Ministro Octavio Gallotti, j.un. 24.11.93, publicado em *RTJ* 150/695). Lê-se do voto do relator: “Como toda reação nem sempre se mostra proporcional à ação que a tenha despertado, a extensão do controle hierárquico das liminares, na hipótese das cautelares e de procedimento comum acabou resultando mais amplo do que sucedia com o modelo adotado (o mandado de segurança). Essa foi, porém, uma opção do legislador, da qual se pode até discordar, mas não acoimar de desarrazoada, dado que o caráter do mandado de segurança, de instrumento constitucional, destinado à proteção de direito líquido e certo, torna compreensível a preservação de maior grau de eficácia às liminares em tal sede deferidas” (*RTJ* 150/699). Do mesmo modo, no voto declarado pelo Ministro Marco Aurélio lê-se que “... a Lei nº 8.437, de junho de 1992, não modificou nem a Lei nº 4.348/64, nem o Regimento Interno desta Corte, que apenas prevêem o agravo regimental ou mesmo o inominado, como está na Lei, no tocante às decisões concessivas da suspensão. E a razão de ser é única: é que o mandado de segurança tem uma dignidade maior do que as demandas cautelares, tanto assim que, decidido o mandado de segurança de forma favorável ao impetrante, por tribunal, não cabe contra essa decisão o recurso ordinário” (*RTJ* 150/700). No mesmo sentido, v. o Agravo Regimental em Suspensão de Segurança nº 687/SP, Rel. Ministro Octavio Gallotti, j.un. 15.9.94, DJU 21.10.94, p. 28.407.

²⁷. V. nota 16, *supra*.

necessidade de usufruir imediata e plenamente de seu direito e que isto não significa qualquer *desordem* pública.

Do que se vê da mais recente investida executiva na área do *direito processual público* a orientação do Supremo Tribunal Federal sobre o tema não tem sido observada. Nem um pouco, a bem da verdade.

É certo que o art. 14 da Medida Provisória nº 2.102 não impede a possibilidade de concessão de medida liminar em mandado de segurança. Tampouco veda que a sentença que o concede comporte ‘execução’ provisória nos termos do parágrafo único do art. 12 da Lei nº 1.533/51.²⁸

Mas não se pode deixar levar pelas aparências. Muito menos pela técnica empregada para a introdução dos dois novos parágrafos no art. 4º da Lei nº 4.348/64. A inconstitucionalidade da Medida Provisória deriva da *sombra* com que o *novo* pedido de suspensão quer encobrir a luz que a Constituição Federal reconhece expressamente ao mandado de segurança. O *novo* pedido de suspensão e a aleatória possibilidade de ascensão imediata do Governo às Cortes Superiores equivale, em termos práticos, a duvidar da eficácia que o mandado de segurança pode ter concretamente. E o mandado de segurança, mais do que as outras ações, sem liminar é pouco útil. Vale muito pouco quando o dano que motiva seu ajuizamento tende a se consumir e vale nada quando se consuma. É típico caso de justiça tardia, que é não-justiça. Daí a inadmissibilidade de ato infraconstitucional pretender minimizá-lo, obstaculizá-lo, embaraçá-lo ou dificultar sua aptidão de produzir os efeitos que a *Constituição* reserva *para e em prol* do particular.

Assim, não é porque a Medida Provisória não veda *expressamente* a concessão de liminar em mandado de segurança, que ela deixa de incidir em flagrante inconstitucionalidade.²⁹ Esta sua *invalidade* deriva, como o parágrafo anterior quer evidenciar, da criação de subterfúgios que dificultam a plena fruição imediata de decisões proferidas a favor do impetrante. A *sombra*, a ameaça e a presença constante do *novo* pedido de suspensão, decisivamente, é sinônimo de inconstitucionalidade. Sujeitar o que eventualmente for decidido em prol do particular ao controle *imediato* das Cortes Superiores (por um atalho criado por medida provisória, cuja edição se fundamenta em

²⁸. Sobre a *forma* da ‘execução provisória’ de decisão concessiva do mandado de segurança, v. meu *Execução provisória e antecipação da tutela*, São Paulo, Saraiva, 1999, pp. 232/243.

²⁹. A *não* vedação, pura e simples, da liminar em mandado de segurança só se deveu, não tenho dúvidas disto, por razões estilísticas ou, quando menos, para não deixar *tão claro* que o Governo *teme* o mandado de segurança e sua *força normativa*. Em outro dispositivo, a Medida Provisória nº 2.102, desde sua décima oitava reedição (1º de junho de 2000), foi mais direta, *vedando* expressamente o cabimento da ação civil pública em *certos* casos, introduzindo um novo parágrafo único no art. 1º da Lei nº 7.347/85 (art. 6º). A este respeito, v. meu “Réquiem para a ação civil pública” publicado em *Temas Atuais de Direito Processual Civil*, obra coletiva sob a coordenação de César Augusto de Castro Fiuza, Maria de Fátima Freire de Sá e Ronaldo Brêtas C. Dias, Belo Horizonte, Del Rey, 2001, pp. 49/72.

relevância e em urgência) é, decididamente, ferir as *garantias* reservadas pela Constituição ao mandado de segurança e sua predisposição de surtir e de produzir efeitos concretos para o cidadão.

Estas razões são suficientes, quero crer, para que *estas* mais recentes inovações na Lei nº 4.348/64 sejam, qualquer dia desses, declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal no exercício do controle abstrato ou concentrado da constitucionalidade das ‘leis’. Enquanto ação direta de inconstitucionalidade com este objeto não vem, que sejam *desconsideradas* ou declarada sua *impropriedade*, porque francamente inconstitucionais, pelos Presidentes daquelas Cortes a exemplo do que já teve oportunidade de fazer o Ministro Marco Aurélio, no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, quando da apreciação da Petição nº 2.066-9, pouco antes da análise, pelo Plenário daquele Tribunal, da já referida ADI nº 2.251.³⁰

5) A forma de combate a eventuais abusos na concessão de liminares

É afirmação generalizada a de que há abusos na concessão de liminares contra o Poder Público. Abuso em mandados de segurança, em ações cautelares e em pedidos de antecipação da tutela. O que dizer, entretanto, de todas as leis e medidas provisórias que *sempre*, no nosso país, quiseram, pretenderam e, de um modo geral, têm conseguido, minimizar, nulificar e destruir afirmações de direito que os particulares têm, mesmo que provisoriamente, contra o Poder Público?

Se existem tais abusos — quaisquer que sejam suas origens — o *meio* de impedi-los e de sancionar eventuais atos injurídicos daí derivados, bem como seus agentes, não é — e nunca foi — a generalização imposta pelo art. 14 da Medida Provisória nº 2.102. Tampouco pode ser, com o devido respeito aos que já se manifestaram em sentido contrário, mediante a *criação* de mecanismos como os que, gradativamente, vêm sendo introduzidos pelos diversos dispositivos desta mesma Medida Provisória no *direito processual público*.³¹

Confortam, no particular, as palavras que o Ministro Carlos Velloso empregou no voto que proferiu no julgamento da ADI nº 975-3, já mencionada:

“Admito que tenham ocorrido excessos na concessão de medidas liminares. A forma, entretanto, de conter esses excessos não é simplesmente proibir a concessão da liminar, ou de estabelecer tantos empecilhos a sua concessão que acabam por vedá-la. A

³⁰. Esta decisão, datada de 13.7.00, foi publicada no DJU de 1.8.00.

³¹. Gradativamente porque foram poucas as reedições da Medida Provisória nº 2.102 que mantiveram o texto anterior. A respeito, v. meu *O poder público em juízo*, pp. 17/25 e os adendos que se seguiram à publicação do livro, todos publicados no site da editora, www.maxlimonad.com.br.

MP 375, objeto da causa, quando não proíbe a concessão de liminar, cria tantos empecilhos à sua concessão, que acaba vedando, por via oblíqua, a liminar. Isto representa retrocesso e atenta contra a Constituição...”.

Citando Miguel Reale, enfatiza Sua Excelência:

“Se há um valor a ser preservado em nosso Estatuto Político é esse o da primazia do individual e do social sobre o estatal, tanto assim que pela primeira vez em nosso Direito Constitucional, se cuidou antes da declaração dos direitos individuais e sociais para, somente depois, se tratar da organização do Estado”.

As Constituições brasileiras têm mudado. Desde 1964, quando da edição da Lei nº 4.348, até o presente, época do art. 14 da Medida Provisória nº 2.102, três constituições diferentes sucederam-se, sem mencionar os atos institucionais e as trinta e uma emendas constitucionais (sem mencionar as de Revisão) que só a Constituição de 1988 já sofreu. Isto é fato.

Fundamental, no entanto, que, paralelamente à alteração das cartas constitucionais, sejam também modificados, em idêntica proporção, os valores subjacentes às ordens jurídicas que têm se sucedido no tempo.

Mais do que nunca na história do direito constitucional brasileiro — o que, de resto, não é diferente na maior partes dos outros países —, a Constituição quis tutelar o cidadão *contra* abusos ou ameaças do Estado e da atuação, sempre crescente, da máquina administrativa. Municiou-o com instrumentos predestinados para tal fim, dentre eles o mandado de segurança. Se o inciso XXXV do art. 5º da Constituição brasileira quer que nenhuma *ameaça* a afirmação de direito seja afastada da apreciação imediata do Poder Judiciário; se daquele dispositivo é possível ler o princípio do acesso *efetivo* à Justiça; se tutela jurídica quer significar hoje não só *declaração* de direitos mas, também, sua *realização prática*, evidentemente que *também* todo o sistema de controle jurisdicional dos atos do Estado deve ser mudado, revitalizando o esquema de *proteção* do particular. Quando menos o modo de se pensar este sistema.

É chegada a hora — não sem alguma tardança — de se anunciar, de peito aberto que certas ‘prerrogativas’, certos ‘privilégios’ da Administração, que certas *concepções* do ato administrativo (ou de qualquer ato do Estado) *já não mais podem querer ter sua razão de ser*. Já não se *justificam*. E isto por uma razão simples. Porque as Constituições recentes, dentre elas a nossa, *exemplarmente*, desejam que qualquer tutela jurisdicional seja *efetiva*, de resultados, e não de mera declaração ou de reparação.³²

³². A respeito, consultar: José Augusto Delgado, “A supremacia dos princípios nas garantias processuais do cidadão” em *As garantias do cidadão na Justiça*, obra coletiva coordenada por Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo, Saraiva, 1993, esp. pp. 66/67.

Oportuna, a este respeito, a referência ao pensamento de Maria Fernanda dos Santos Maçãs na dissertação que lhe valeu o título de Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra. A presunção de *legitimidade* e de *plena operatividade* do ato administrativo, a separação dos poderes e a atividade revisora dos atos administrativos pelo Judiciário, são doutrinas que devem ser revistas de acordo com os novos *valores* e consoante as novas *realidades* das Constituições mais recentes:

“O reconhecimento efectivo dos direitos fundamentais da pessoa constitui um elemento essencial indispensável do Estado de direito. Porém, a efectividade do seu reconhecimento exige não só uma adequada declaração de direitos, mas, em especial, uma protecção jurisdicional imediata sem a qual as declarações constitucionais não passam de figuras retóricas, de textos declamatórios que formulam ideários, mas não atribuem nem protegem direitos. (...)”

“O direito à tutela judicial efectiva aponta para um controlo integral e pleno da actividade administrativa como o principal instrumento de defesa dos particulares face à Administração”.³³

E conclui pouco adiante, comparando a carência e a limitação do sistema cautelar contra o Estado com o que denomina de operatividade dos mecanismos cautelares da jurisdição comum:

“São conhecidas as razões classicamente invocadas para justificar tal situação: em primeiro lugar, a própria especificidade do direito público, em segundo o poder de autotutela da Administração e, finalmente, o princípio da divisão de poderes que proíbe o juiz de dar ordens positivas ou negativas à Administração. Razões que têm de ser repensadas e confrontadas com a reconhecida insatisfação e incapacidade da actual organização da jurisdição administrativa, quando esta pretende assegurar aos cidadãos uma tutela das suas posições jurídicas substanciais, plena e eficaz, tal como o impõe a Constituição. Daí a preocupação generalizada que se faz sentir nos vários países da Europa, tributários de um sistema de Administração executiva, com vista a rever a posição e o papel dos procedimentos cautelares no sistema de protecção judicial dos particulares perante a Administração”.³⁴

Por isto que a autora não deixa de reconhecer que:

“A operatividade da protecção judicial é indissociável da garantia da utilidade das decisões jurisdicionais, ou seja, da conservação dos bens ou situações

³³. *A suspensão judicial da eficácia dos actos administrativos e a garantia constitucional da tutela judicial efectiva*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, pp. 15/16.

³⁴. *Op. cit.*, p. 23.

jurídicas litigiosas durante o processo, sob pena de a sentença final se tornar puramente ilusória”.³⁵

Em que pese a pertinência e a contundência desta lição — que, quase despidendo escrever, sequer toma como base um sistema de jurisdição *una*, como o brasileiro —, os mesmos modelos de “tutela efetiva da função *administrativa*”, que, em 1964, já eram tachados e rotulados de *ditatoriais*³⁶ são, ainda hoje, repetidos, aprimorados e desenvolvidos, desconsiderando os avanços que a Constituição de 1988 consagrou em relação à cidadania, a seu exercício e à sua efetivação e concretização em juízo, individual ou coletivamente. Desconsiderando o que a Constituição quer e os limites que ela impõe a *toda e qualquer* atuação do Estado. Estado de Direito é Estado *sob* o Direito.

Não posso deixar de lembrar ainda aqui que o Supremo Tribunal Federal chegou a validar diversos dispositivos de ato que minimiza, obstaculiza e impede o exercício da cidadania contra os *exercentes* do Poder, a que hoje é Medida Provisória nº 2.102 na ADI 2.251.

Mas será que uma medida provisória que agride, de morte, a eficácia que a *Constituição* reserva para o mandado de segurança terá a mesma acolhida da maioria do Plenário daquele Tribunal? Será mesmo que o mandado de segurança não traz, em si, por sua própria razão de ser, algo a mais do que quaisquer outros mecanismos de exercício de tutela judicial, individual ou coletiva, que *justifique* a declaração de *inviabilidade*, de

³⁵. Op. cit., p. 23. Não é diferente a perspectiva de José Luis Shaw, “Tutela jurisdiccional efectiva en materia tributaria” em *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, nº 33, São Paulo, Revista dos Tribunais, julho-agosto 2000, p. 20: “En la base de este amplio ámbito que abarca la garantía de la tutela jurisdiccional está la evolución que há existido en la doctrina y en el derecho comparado en cuanto a la forma de concebir el principio de separación de poderes, como asimismo en el papel tradicional del Poder Judicial o de nuevos órganos jurisdiccionales que se han ido creando, a los cuales se les ha sido reconociendo u otorgando potestades de control del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo que los ha situado en un pie de igualdad jerárquica con éstos. Como bien señala Valdés se ha superado así la doctrina imperante en muchos derechos que negaba al Poder Judicial la facultad de pronunciarse sobre la legitimidad de los actos de los otros poderes y que inclusive lo colocaban em situación de inferioridad frente al Poder Ejecutivo. Esta evolución ha determinado que la misión de los órganos jurisdiccionales ya no es solamente la de dirimir conflictos aplicando las normas legales y reglamentarias, sino también la de juzgar la legitimidad de éstas, defendiendo los derechos fundamentales consagrados en las constituciones contemporáneas y en los pactos internacionales; en otras palabras, defendiendo la Constitución contra los excesos de los poderes Legislativo y Ejecutivo”.

³⁶. V., ainda aqui, as lições de Lucia Valle Figueiredo e de Sérgio Ferraz destacadas na nota 24, *supra*. Arnold Wald já teve oportunidade de se manifestar no mesmo sentido, quando analisou, dentre outras, a Lei nº 4.348/64 e a Lei nº 5.021/66 e as restrições por ela incorporadas ao mandado de segurança: “Somos os primeiros a aplaudir as medidas do executivo e do legislativo para a defesa da economia nacional e a proteção da nossa moeda. O que condenamos, todavia, é a técnica utilizada quando consiste em retirar a sua finalidade específica a um instituto que é um índice de civilização como o mandado de segurança (...), recursos esses que muito se coadunam com o sistema político de 1937, mas chocam, no regime democrático, no Estado de Direito” (*Do mandado de segurança na prática judiciária*, Rio de Janeiro, Forense, 1968, 3ª edição, p. 102). Mais recentemente, em estudo voltado à Medida Provisória nº 375 (que foi objeto da já mencionada ADI 975 perante o Supremo Tribunal Federal) Wald teve oportunidade de reiterar seu pensamento quanto à inconstitucionalidade de restrições à liminar em mandado de segurança (“Da inconstitucionalidade da Medida Provisória nº 375” em *RDA* 194/46-52).

injuricidade e de *violência* que ato como este art. 14 da Medida Provisória nº 2.102 está praticando?

Seria desnecessário ir além. Mas como são mais de quatro dezenas de medidas provisórias pendentes de aprovação pelo Congresso Nacional, mensalmente reeditadas com as variações que o momento (a relevância e a urgência) impõe, talvez haja necessidade de uma maior ênfase: se a Constituição quer a República Federativa do Brasil como um Estado Social, Democrático e de Direito, não só os *fins* são regulados pela ordem jurídica mas também os *meios*, os *mecanismos* e os *instrumentos* para alcançá-los.³⁷

Pertinente, a propósito, decisão relatada pelo Ministro Celso de Mello do Supremo Tribunal Federal de cuja ementa se lê:

“Razões de Estado — que muitas vezes configuram fundamentos políticos destinados a justificar, pragmaticamente, *ex parte principis*, a inaceitável adoção de medidas que frustram a plena eficácia da ordem constitucional, comprometendo-a em sua integridade e desrespeitando-a em sua autoridade — não se legitimam como argumento idôneo de sustentação da pretensão jurídica do Poder Público. Precedentes”.³⁸

6) *Considerações finais*

Quando da edição da Medida Provisória nº 2.059, em 9 de setembro de 2000, uma questão interessante se colocou. A disciplina então introduzida nos dois novos parágrafos do art. 4º da Lei nº 4.348/64 fazia remissão expressa aos §§ 4º a 7º e 9º do art. 4º da Lei nº 8.437/92. A perspectiva que se tinha era que uma reedição da medida

³⁷. Mais uma vez vale a transcrição dos ensinamentos de Arnold Wald, críticos às tantas restrições que as décadas de 50 e de 60 reservaram ao mandado de segurança: “Devemos conservar o mandado de segurança, impedindo que se lhe tire a eficácia, que é a única razão de sua existência. Não podemos voltar à ação sumária da Lei nº 221, como o homem civilizado não pode retornar à vida do homem primitivo. Há uma escola da liberdade, do mesmo modo que existe o progresso técnico. Necessitamos do mandado de segurança, devendo-se naturalmente evitar os abusos para conservar a pureza do instituto, mas nunca sacrificar o instituto aos abusos. Também o *habeas corpus* tem sido deturpado de sua finalidade real. É ele que permite que sejam soltos criminosos porque no prazo legal nem sempre é possível conseguir a ordem judicial de prisão, mas haverá alguém que, por isso, advogue a extinção do instituto? O mesmo se dá com o mandado de segurança, que responde a uma necessidade vital da nossa sociedade para o restabelecimento do equilíbrio entre interesses sociais e direitos individuais, equilíbrio cotidianamente violado e sempre restabelecido, graças ao mandado de segurança, que garante a proteção dos direitos certos e líquidos, contra a prepotência das autoridades administrativas, sendo o remédio heróico contra o mandonismo e a inércia burocrática” (op. cit., p. 102).

Acresço que a possibilidade de suspensão da ‘execução’ das decisões favoráveis aos particulares nas ‘ações sumárias especiais’ “si a isso não se oppuzerem razões de ordem publica” (Lei nº 221/1894, art. 13, § 7º) foi revogada pelo art. 2º do Decreto nº 1.939, de 28 de agosto de 1908, cujo art. 7º também estabeleceu o recurso de ofício naquelas ações com efeito suspensivo. A respeito, v. Almachio Diniz, *Das acções summarias especiaes e do direito ao emprego*, Rio de Janeiro, Leite Ribeiro & Maurillo, 1919, pp. 173, 204, 272 e 277. É verdade, no entanto, que para a “acção de nullidade de actos da administração”, manteve-se a regra no art. 29 do Decreto nº 3.048, de 5 de novembro de 1898 (Almachio Diniz, op. cit., p. 281).

³⁸. Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, Rel. Ministro Celso de Mello, j.un. 26.9.00, DJU 16.2.01, p. 110.

provisória da que hoje é a de número 2.102 deixasse de trazer os nove parágrafos do art. 4º da Lei nº 8.437/92, em função da decisão que o Supremo Tribunal Federal tomou no âmbito da ADI 2.251. Se isto se confirmasse, a disciplina do pedido de suspensão das liminares em mandado de segurança ficaria defeituosa à falta do artigo a que fazia remissão.

Como já escrevi, a Medida Provisória nº 2.059 foi *incorporada* integralmente pela Medida Provisória nº 2.102, desde sua vigésima segunda reedição, de 27 de setembro de 2000, ocasião em que a remissão à disciplina do pedido de suspensão foi ajustada na redação que assumiu o art. 14, tal qual transcrito desde o início deste trabalho.

O que ainda é pertinente de se considerar, no entanto, é a razão pela qual a nova disciplina da suspensão da eficácia de liminar em mandado de segurança não pôde aguardar uma nova edição da então Medida Provisória nº 1.984 e acabou sendo veiculada em uma edição extra de Diário Oficial de um sábado, que se seguiu ao feriado nacional de 7 de setembro.

Teria algum Presidente de Tribunal, neste país tão grande, negado algum pedido de suspensão de alguma liminar *em mandado de segurança*? Alguém teria pensado em impetrar mandado de segurança contra algum ato da União Federal e tudo indicava que uma liminar fosse concedida dada a patente abusividade na prática do ato impugnado? Havia dúvidas concretas de que o aparato *protetivo dos interesses públicos (secundários)* incorporado, desde janeiro de 2000, à Lei nº 8.437/92, poderia ter alguma valia em se tratando de mandado de segurança?

Mesmo sendo impossível responder a estas questões como exatidão, é certo que, como o *sistema recursal* só serve para particulares — e é sempre tão criticado porque é tão extenso, repleto de detalhes e tão demorado —, obviou-se, com a nova regra (os parágrafos do art. 4º da Lei nº 4.348/64), o caminho normal e as portas dos Tribunais Superiores ficaram mais próximas *também* em se tratando de mandado de segurança. Que venham liminares contra o *Poder* também em mandado de segurança! Quem tem medo de liminar em mandado de segurança?

Eventos como os mencionados, de qualquer sorte — é só ler qualquer jornal —, é que têm fundamentado, com alguma insistência, a *urgência* e a *relevância* que, ao menos em tese, legitima a edição de medidas provisórias (CF, art. 62, *caput*). É relevante e é urgente reinventar normas de direito processual que só podem, direta ou indiretamente, beneficiar os interesses da máquina administrativa. É relevante e urgente criar formas de reexame das decisões dos Tribunais de segundo grau de jurisdição, sempre que elas não se apresentem afinadas aos *interesses secundários* do Estado.

É, tudo indica, este o grito que se preparava nos bastidores da parada do dia da independência, quando da publicação da Medida Provisória nº 2.059. De *dependência* do exercício da cidadania às conveniências, oportunidades e relevâncias momentâneas do Governo. É mais um grito de sua própria e paulatina *morte*.³⁹

³⁹. “Em suma, impõe-se, em consonância com o Estado Democrático de Direito, a afirmação da cidadania, em torno do conceito de sociedade civil, cujos membros não devem curvar-se à ‘estadania’, eis que os integrantes do Estado só estão revestidos de poder e de autoridade enquanto essa autoridade, esse poder, seja utilizado no interesse e na defesa dos direitos individuais e do bem comum. No conflito entre Estado e Nação, deve prevalecer a cidadania sobre a ‘estadania’. Nunca o contrário, enquanto efetivamente puder ser afirmado o Estado Democrático de Direito, pois o Estado não tem o direito de levar a Nação ao empobrecimento. Por isso mesmo, não se pede autorização a ninguém para exercer direito que se tem. O direito deve ser exercido para a própria garantia de sua existência, enquanto se combate o arbítrio e o abuso de autoridade de quem se antepõe à sua realização” (Plínio Gustavo Prado Garcia, “Estadania x cidadania” em *Revista Tributária e de Finanças Públicas* nº 33, São Paulo, Revista dos Tribunais, julho-agosto 2000, p. 15).