



UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

Monique de Souza Castro

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DE SUSPENSÃO
DE LIMINAR NO MANDADO DE SEGURANÇA NO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO.**

Monique de Souza Castro

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DE SUSPENSÃO
DE LIMINAR NO MANDADO DE SEGURANÇA NO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO.**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Pará, como
requisito para obtenção do título de
graduação em Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a Dr^a Arianne Brito Cal
Athias.

Monique de Souza Castro

A INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DE SUSPENSÃO DE LIMINAR NO MANDADO DE SEGURANÇA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao curso de Direito da
Universidade Federal do Pará, como
requisito para obtenção do título de
graduação em Bacharel em Direito.

Apresentado em: ___ / ___ / ___

Conceito: _____

Banca Examinadora

Prof^a Dr^a Arianne Brito Cal Athias.
Instituição: Universidade Federal do Pará

Membro
Instituição

Membro
Instituição

A DEUS, acima de tudo, por todas as bênçãos derramadas em minha vida. A ELE toda honra louvor e glória para sempre.

À minha mãe GEANE DE SOUZA CASTRO, pelo amor, educação, apoio e colo de sempre, pelas gargalhadas maravilhosas que só ela sabe me fazer dar, e pelas lágrimas que só ela sabe enxugar. Não existem palavras para mostrar o quanto eu te amo.

A meu pai OSEAS NUNES DE CASTRO, pelo exemplo de vida e simplicidade, pelo apoio e incentivos constantes, por cada palavra de consolo nos momentos difíceis, sem você eu jamais conseguiria chegar até aqui.

Sem vocês, eu não seria nada. Essa vitória é de vocês. Eu os amo.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pelo dom da vida e pela oportunidade de estar vivendo mais esse momento maravilhoso. Por todas as bênçãos em mim derramadas, e pelas maravilhosas oportunidades concedidas. Obrigada meu Pai pela proteção diária e pela fé que sempre me acompanha, com a certeza que sempre estás ao meu lado.

À minha família que sempre esteve junto a mim nos momentos tristes e felizes, me dando o maior apoio que uma pessoa pode ter. Por todos os sacrifícios feitos a fim de que eu tivesse um futuro melhor, sofrendo com a distância, na torcida por minha felicidade e meu sucesso. A vocês, meus amores, eu dedico a minha vida. Obrigada aos meus pais, minha irmã Ludmila, meus avós (Zilda, Walter em memória, Hilda em memória e Zeico em memória), meus tios, primos, padrinhos e afilhadas, vocês construíram minha história. Sem vocês eu não seria ninguém.

Obrigada mãe, por ser essa mulher guerreira que tanto fez e faz pela minha felicidade, por todas as orações, por todos os sacrifícios realizados para garantir a minha educação. Obrigada pai, por toda a preocupação, por construir uma história em busca do bem de nossa família. Obrigada mana por ser a minha companhia diária, pela forma carinhosa e amorosa com que me trata, por ser minha princesa. Vocês são o meu maior orgulho e o meu maior amor. Não tenho nem palavras para agradecer por tudo o que vocês fizeram, principalmente, por terem me ensinado os caminhos de Deus. Sem esse auxílio, eu jamais teria conseguido. Eu os amo incondicionalmente!

Um obrigada especial à minha avó Zilda, seu amor ultrapassa qualquer limite para me alcançar, é sobrenatural a ligação tão forte que nos une a cada momento, Deus não poderia ter me dado um presente maior, agradeço a Ele todos os dias por sua vida, e por ser essa pessoa que tanto me ama, me apóia, me acalma, me acalenta, me faz sorrir, e me faz ver este mundo com outros olhos. Tenho muito orgulho da mulher guerreira que você é, dessa chefe da família que é exemplo de vida para todos. Obrigada por tudo, pela certeza de que você sempre vai me acompanhar, onde quer que esteja. Te amo vó!

Aos padrinhos Gécio e Kelem, por todo carinho, incentivo e conselhos, vocês foram meu exemplo de estudo na família.

À minha segunda família Manoela, Ramon, Jordano, Vergínia, Manoel e Adélia. Serei eternamente grata por terem me acolhido com tanto amor,

proporcionando essa vitória em minha vida. Compartilho agora com vocês mais um momento de alegria, dentre os inúmeros que já dividimos. Muito obrigada por todo apoio, por dividirem comigo dificuldades que me deram essa grande vitória rumo ao “grande canudo”. Manu, você é minha segunda irmã, amiga companheira de todas as horas que eu jamais esquecerei. Só nós duas sabemos o que já passamos, e isso nos unirá para sempre. Obrigada por tudo, te amo.

Aos meus amigos, grandes companheiros de vida, que sempre me animaram durante esta longa caminhada, estando comigo desde o início. Obrigada pela torcida, pelas desconcentrações, pelas gargalhadas e lágrimas compartilhadas. Obrigada por todos os ensinamentos, pelas descobertas conjuntas das coisas da vida, e por lembrarem do meu aniversário à meia noite do dia 17 de outubro. Muito obrigada pela amizade sincera e verdadeira de sempre, por serem a família que Deus me permitiu escolher.

Ao meu namorado, companheiro de jornada, pelo amor, carinho e mimos, sua companhia me faz feliz e realizada. Obrigada também pelos conselhos de cada dia, pelos ensinamentos, e pelas aulas, você é essencial em minha vida. Obrigada por tudo meu amor.

A todos os professores, desde tia Júlia do presinho à querida Gisele Góes, vocês são meus mestres, que na sala de aula formaram a pessoa que hoje eu sou, obrigada pela educação e ensinamentos. Obrigada também ao Colégio Adventista, à Escola Luterana, e ao Colégio Universo, grande parte de minha história está gravada em vocês.

À Universidade Federal do Pará, meu grande sonho, que me mostrou muitas realidades, me ensinou valores humanos, me apresentou pessoas maravilhosas, e me formou a pessoa que hoje sou, apaixonada pelo direito. Tenho certeza que o que aprendi aqui nenhum outro lugar poderia ter me ensinado. Levarei esta Universidade no coração.

Aos meus amigos de sala que acompanharam de perto a realização deste sonho. Foram tantos estudos, aperreios, alegrias, vitórias e histórias que serão inesquecíveis. Cinco anos maravilhosos, onde tive oportunidade de conhecer e conviver com pessoas extraordinárias, amigos que, se Deus quiser, levarei comigo daqui pra frente. Companheiros que tiravam minhas dúvidas às altas horas da madrugada, sempre rindo comigo mesmo das nossas raivas, verdadeiras bênçãos de Deus em minha vida.

À comissão de formatura e à turma 010/2007, vocês são demais.

À minha orientadora, Arianne Brito Cal Athias, por toda ajuda dada nesse desafio, obrigada por todos os conselhos.

RESUMO

O Estado Democrático de Direito brasileiro está pautado numa série de princípios e direitos fundamentais de forma indissociável, sendo tais princípios e direitos a linha mestra do Estado na criação de normas, aplicação e interpretação das mesmas, tendo sempre em vista o respeito aos direitos fundamentais em jogo, pois possuem superioridade a qualquer outro interesse. Dessa forma, pela relevância que possuem, tem-se que incompatível com o sistema democrático brasileiro qualquer lei ou instituto que seja contrário aos princípios e direitos fundamentais. O Mandado de Segurança representa um direito fundamental na ordem constitucional, uma ação que busca a efetivação dos direitos dos cidadãos que foram lesados pelo poder público. No entanto, mesmo com tais disposições, foi introduzido e mantido no sistema brasileiro o regime de suspensão de liminar no Mandado de Segurança, instrumento utilizado somente pelo próprio poder público para suspender a validade das decisões liminares que lhes forem contrárias, algo totalmente contrário aos princípios fundamentais, aos direitos fundamentais, inconcebível num Estado Democrático de Direito, onde existem recursos jurídicos para questionamentos das decisões. Referido instituto não comporta justificativas jurídicas e sim políticas, que retiram a validade das decisões conseguidas com o exercício do direito fundamental do mandado de segurança, sem o mínimo de contraditório e ampla defesa, sem observar a igualdade das partes, o devido processo legal, dentre outros direitos, o que é inconstitucional dentro do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito; Princípios fundamentais; Direitos fundamentais; Mandado de Segurança; Regime de suspensão de liminar no mandado de segurança; Inconstitucionalidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. PRINCÍPIOS E NORMAS	14
1.1. VISÃO GERAL	14
1.2. NORMAS, PRINCÍPIOS E REGRAS	15
1.2.1. A origem dos princípios: do jusnaturalismo ao pós-positivismo.	15
1.2.2. Distinguindo normas, princípios e regras	17
1.3. PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	22
1.4. PRINCÍPIOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	23
1.4.1. O Estado Democrático de Direito	23
1.4.2. Princípio do Estado Democrático de Direito	25
1.4.3. Princípio do Devido Processo Legal	27
1.4.3.1. Princípio da Proporcionalidade e da Razoabilidade	30
1.4.4. Princípio da Igualdade	31
1.4.5. Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa	38
2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	42
2.1. TEORIAS E DIMENSÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	42
2.1.1. Direitos Fundamentais de Primeira Dimensão	42
2.1.2. Direitos Fundamentais de Segunda Dimensão	44
2.1.3. Direitos Fundamentais de Terceira Dimensão	45
2.1.4. Direitos Fundamentais de Quarta Dimensão	47
2.2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988	48
3. O MANDADO DE SEGURANÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL	52
3.1. A AÇÃO FUNDAMENTAL DO MANDADO DE SEGURANÇA	52
3.2. O PROCEDIMENTO DIFERENCIADO DO MANDADO DE SEGURANÇA E SUAS CONSIDERAÇÕES	54
4. O REGIME DE SUSPENSÃO DE LIMINAR NO MANDADO DE SEGURANÇA	60

4.1. SURGIMENTO	60
4.2. LEGITIMADOS, HIPÓTESES E REQUISITOS PARA SUSPENSÃO DA LIMINAR	62
4.3. A INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DE SUSPENSÃO DE LIMINAR NO MANDADO DE SEGURANÇA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	66
CONCLUSÃO	84
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	86

INTRODUÇÃO

No capítulo primeiro tratar-se-á dos princípios e a base normativa que eles representam para o ordenamento jurídico brasileiro. Mostrar-se-á que com a superação do positivismo jurídico, hoje os princípios possuem dimensão de normas, normas superiores do sistema, que devem ser a base de todas as demais.

Com base em tais conceitos, explanar-se-á ainda no primeiro capítulo alguns dos mais importantes princípios constitucionais, a seriedade que cada um possui na hierarquia constitucional, o que justifica a natureza de normas superiores dos mesmos, que devem ser obedecidos por todas as demais normas brasileiras. Ver-se-á, no entanto, que o regime de suspensão de liminar no Mandado de Segurança não respeita esses princípios fundamentais, vai de encontro às normas superiores do sistema, sendo inconstitucional e incompatível com os princípios brasileiros.

Por sua vez, no capítulo segundo tratar-se-á dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito, deixar-se-á assente que tal Estado não existe sem a presença e a garantia dos direitos fundamentais, núcleos essenciais mínimos para condições dignas de vida. Mostrar-se-á que os direitos fundamentais representam garantias aos cidadãos de exercício dos direitos mínimos de liberdade, de igualdade e de fraternidade, ou seja, na ordem da evolução histórica de reconhecimento, os direitos de primeira, segunda e terceira dimensão.

Tais direitos estão presentes na Constituição Federal de 1988, são plenamente assegurados aos cidadãos brasileiros, e pela sua característica da essencialidade, são superiores a qualquer outros interesses, sobrepondo-se, por exemplo, o direito fundamental à saúde de um indivíduo em relação aos interesses do Estado. No capítulo segundo mostrar-se-á alguns dos direitos fundamentais presentes em nossa Constituição Federal, direitos esses que não são respeitados pelo regime de suspensão de liminar no Mandado de Segurança, o que comprova mais uma vez a inconstitucionalidade do instituto.

No capítulo terceiro expor-se-á o direito fundamental ao Mandado de Segurança, cujas peculiaridades são usadas quando da violação de direitos por parte do Poder Público, as quais representam situações de urgência, sendo a prova inequívoca do direito invocado apresentada desde o início da ação, que possui um rito diferenciado justamente para concretizar os direitos violados.

No entanto, demonstrar-se-á que mesmo o Mandado de Segurança sendo pautado nessas normas céleres com intuito de efetivação dos direitos, fora introduzido em sua regulamentação algo contrário a toda a sistemática do Mandado de Segurança, dos princípios e direitos fundamentais, qual seja, o regime de suspensão de liminar e de segurança.

E por fim, no capítulo quarto, comprovar-se-á a inconstitucionalidade do regime de suspensão de liminar no Mandado de Segurança, algo que surgiu com vícios formais de inconstitucionalidade, com constantes ingerências do Poder Executivo, que legislou sobre o assunto de forma parcial, pois defendia seus interesses, bem como progrediu para a inconstitucionalidade material da norma hoje prevista no art. 15 da lei 12.016 de 2009. Ver-se-á que tal preceito prevê que a pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público, com os argumentos de se evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, podem requerer ao presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, a suspensão da execução da liminar e da sentença. Analisar-se-á como tal regra viola os princípios do Estado Democrático de direito, do devido processo legal, da proporcionalidade e da razoabilidade, da isonomia, do contraditório e da ampla defesa, bem como outros princípios constitucionais desses decorrentes, não tendo o legislador observado tais normas superiores no momento da elaboração do citado dispositivo legal, o que o torna inconstitucional, não sendo compatível com o Estado Democrático de Direito.

Ressaltar-se-á ainda que num conflito entre regras e princípios, estes devem prevalecer sempre, devendo ser extinto do sistema a regra do art. 15 da lei do Mandado de Segurança.

Além disso, ver-se-á que o regime de suspensão contraria diversos direitos fundamentais, fulminando com o que é mais raro e importante no Mandado de Segurança, que é a produção imediata dos efeitos para se efetivar os direitos. Mostrar-se-á a violação aos direitos fundamentais dos cidadãos de se ter um devido processo legal, um tratamento igualitário e isonômico entre as partes de um processo, com contraditório e ampla defesa capazes de influenciar na decisão de um juiz imparcial ou colegiado, os quais são competentes para decidir juridicamente sobre o direito em discussão, diferentemente dos Presidentes dos Tribunais.

Perceber-se-á que o instituto em questão é contrário às normas do Estado Democrático de Direito inaugurado com a Constituição Federal de 1988, demonstrando a inconstitucionalidade do mesmo, e a necessidade de se afastar o regime de suspensão do ordenamento jurídico brasileiro, pois existem os recursos jurídicos capazes de questionar as decisões proferidas via Mandado de Segurança, não havendo justificativa para a manutenção do sistema inconstitucional de suspensão de liminares.

1. PRINCÍPIOS E NORMAS

1.1 VISÃO GERAL

Historicamente os princípios são classificados como origem, fonte, início de algo que irá se desenvolver, e assim o é no campo do direito. Apesar dos mais diversos e inúmeros desdobramentos adquiridos com o passar do tempo, a classificação dos princípios jurídicos sempre se inicia com essa disposição, representando a origem de todo o ordenamento jurídico, sendo a partir daí demonstrada as demais facetas existentes acerca do instituto¹.

José Afonso da Silva afirma que os princípios apresentam diversos sentidos, podendo ter a acepção de começo, de início, bem como de mandamentos nucleares de um sistema, como ocorre com os princípios fundamentais do Título I da Constituição Federal.²

Por ser a origem do ordenamento, o professor Paulo Bonavides, apud Luíz-Diez Picazo, mostra que os princípios ora são classificados como verdades objetivas, presentes não apenas no mundo do ser, mas do dever-ser, sendo normas jurídicas dotadas de vigência, validade e obrigatoriedade, ora são a fonte de inspiração de leis ou normas positivas. Lembra ainda que na concepção antipositivista, os princípios possuem vida independente de forma material e efetiva pelo simples fato de serem princípios, pois por si só são capazes de reger o ordenamento.³

Isso demonstra que os princípios são base de um sistema, devendo ser aplicados e respeitados independentemente de positivação, pelo seu caráter fundamental e diretor do direito.

¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 256.

² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34ª ed. rev. e atual. até a EC. 67 de 2010, São Paulo: Malheiros, 2011, p. 91.

³ BONAVIDES, Paulo, Op. Cit., p. 256.

Dessa forma, tais postulados são identificados a partir das disposições gerais e abstratas, de caráter fundamental à organização do estado, destinadas a todos os viventes em sociedade, em busca de implementação de normas básicas no ordenamento jurídico.

Pode-se afirmar que os princípios configuram a estruturação do sistema de ideários, pensamentos e normas por uma idéia base, um pensamento mestre, uma baliza normativa de onde partem os demais, que a essa idéia chave são subordinados e por ela são conduzidos.⁴

Assim, Paulo Bonavides afirma que os princípios possuem diversas variantes conceituais, pode-se referir à normas com alto grau de generalidade, normas com alto grau de indeterminação (necessitando assim de interpretação para aplicação ao caso concreto), normas de caráter programático, normas que possuem posição elevada e superior na hierarquia das normas, normas com importantíssima e fundamental função no sistema jurídico-político (direito constitucional, administrativo, e civil dentre outros), e normas dirigidas aos órgãos de aplicação dessas normas, que farão a escolha pelas diversas existentes.⁵

Contudo, independente da classificação adotada, o fato é que os princípios existem e são normas de observância obrigatória dentro da sociedade.

1.2 NORMAS, PRINCÍPIOS E REGRAS

1.2.1 A origem dos princípios do jusnaturalismo ao pós- positivismo.

Ao se analisar os princípios, Paulo Bonavides assevera que eles passaram por três fases de juridicidade, quais sejam, a jusnaturalista, a positivista, e

⁴ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 47/48

⁵ BONAVIDES, Paulo, Op. Cit., p. 257.

a pós-positivista.⁶ Na primeira delas, eles eram considerados disposições gerais extraídos do conceito de justiça inerente à comunidade, sem possuir um teor normativo. Com o passar do tempo e com a crise de segurança do direito natural, passou-se à fase positivista do século XIX até meados do século XX, onde era a lei codificada que imperava, tendo os princípios sido incluídos nos códigos, e a partir daí somente o que se encontrava positivado seria válido no ordenamento jurídico, sendo os princípios positivamente subsidiárias para soluções de conflitos.

Contudo, no final do século XX, teve-se a fase do pós-positivismo, que considera não apenas as regras escritas como normas, mas reconhece a normatividade e obrigatoriedade dos princípios, sejam eles expressos ou implícitos. Tal fase veio a dominar as Constituições que foram surgindo de forma a colocar os princípios em seu devido grau de importância, criando a “hegemonia axiológica dos princípios”, conforme assevera Paulo Bonavides.⁷

Acerca dessas fases de desenvolvimento dos princípios, Ruy Samuel Espíndola ressalta a importância dos pensadores teórico-publicísticos para a consolidação da normatividade dos princípios, que antes se limitavam nas concepções privatistas, tendo percorrido o caminho da servil normatividade no Direito privado à senhora juridicidade no Direito Público.⁸

Paulo Bonavides observa que, como consequência do pós-positivismo, teve-se um fim na tão prolongada e cansativa discussão acerca da normatividade dos princípios que se tornou indiscutível, passando os princípios do abstrato para o concreto em relação à aplicação no direito, sendo inseridos não apenas nos códigos, como também nas constituições, desaparecendo a diferença clássica entre princípio e normas, sendo agora inconteste que regras e princípios são espécies do mesmo gênero norma, não possuindo os mesmos apenas o caráter programático, sendo

⁶ BONAVIDES, Paulo, Op. Cit., p. 259.

⁷ Ibidem, p. 264.

⁸ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Op. Cit., p. 59.

algo definitivo e concreto nas constituições, com a total hegemonia e preeminência dos princípios.⁹

1.2.2 Distinguindo normas, princípios e regras

A partir do desenvolvimento dessas fases pode-se conceituar e diferenciar norma, princípio e regra, já que, como afirmado, superou-se a idéia de que os princípios não teriam normatividade e que por isso não seriam exigíveis dentro do sistema jurídico atual.

Nessa esteira do pós-positivismo, tem-se como exemplo a influência de Friedrich Muller, de Ronald Dworkin, bem como de Robert Alexy, que contribuíram para a importante normatividade dos princípios jurídicos.

Para dar-se a definição de norma, Friedrich Muller utilizou-se da teoria estruturante, onde ele leciona que a letra das leis representa somente o início da interpretação que levará à norma, de forma que uma série de fatores são considerados no momento de se extrair e estruturar uma norma, que vão muito além do texto positivado, não conseguindo ele sozinho mostrar a norma que contém, pois ela:

(...) resulta dos dados extralingüísticos do tipo estatal-social: de um funcionamento efetivo, de reconhecimento efetivo e de uma atualidade efetiva desse ordenamento constitucional para motivações empíricas na sua área; portanto, de dados que mesmo se quiséssemos nem poderiam ser fixados no texto da norma no sentido da garantia da sua preferência.¹⁰

Dessa forma, tem-se que a norma não é o texto de uma lei, princípio ou da constituição, a norma é o que se interpreta e se extrai desse texto, ou seja, a

⁹ BONAVIDES, Paulo. Op. Cit, p. 294.

¹⁰ MULLER, Friedrich. *Métodos de trabalho no direito constitucional*. 3ª ed. São Pulo: Renovar, 2005, p.38.

partir do que está escrito se fará o trabalho de interpretação para se chegar à norma correspondente.

Com esse conceito de norma em mente, pode-se falar das regras e dos princípios, eis que ambos são espécies do gênero norma, ou seja, a partir das regras e dos princípios são extraídas as mais diversas normas vigentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Ronald Dworkin, grande pensador do pós-positivismo, ao tratar de normas jurídicas, traz como ponto central a distinção entre regras e princípios, espécies do gênero norma, sendo um dos primeiros a reconhecer a normatividade dos princípios no pós-positivismo.¹¹

Explicitando seu pensamento, Ronald Dworkin assim se manifesta:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela oferece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.¹²

Percebe-se que as regras devem ser aplicadas de um modo tudo-ou-nada, de forma que se estiverem presentes seus requisitos ou hipóteses fáticas ela deve obrigatoriamente ser cumprida, e se ausentes ela deve ser afastada. Já os princípios não determinam coercitivamente a decisão, pois apresentam fundamentos à favor e contra a mesma, que devem ser ponderados na aplicação do caso concreto.

Assim, para Ronald Dworkin, os princípios têm uma dimensão que as regras não possuem, qual seja o peso ou importância distinto em diferentes

¹¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira, 2ª ed, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 36/37.

¹² *Ibidem*, p.39.

situações, onde na colisão entre dois ou mais princípios, aquele que possuir maior peso decide a questão, mas sem retirar a validade do princípio com peso menor para aquele caso. O princípio que soluciona o evento deve levar em conta a força relativa de cada um.¹³

Nas regras, porém, isso não existe, elas não adotam a dimensão dos princípios, sendo funcionalmente importantes ou desimportantes quando partes de um mesmo sistema de regras. Assim, quando uma regra colide com outra, somente uma será válida e aplicada, sendo a outra afastada do ordenamento jurídico, pois não podem vigorar duas leis com normas diferentes para os mesmos casos, sendo essa a dimensão do tudo-ou-nada exposta em Ronald Dworkin, levando assim ao que ele chama de separação rigorosa entre regras e princípios.¹⁴

Outro autor que traz essa importante distinção entre regras e princípios, deixando assente que ambas são normas jurídicas, é Robert Alexy, o qual possui a mesma essência argumentativa de Ronald Dworkin, sendo pós-positivista.

Paulo Bonavides, explicando a teoria de Robert Alexy, mostra que para este autor tanto as regras quanto os princípios são usados como fundamento de mandamento, de permissão e de proibição, tendo o mesmo poder de regular as situações fáticas, de impor direitos e deveres. A diferença entre essas duas espécies de norma podem ser feitas à partir de diversos pontos de vista, sendo a mais comum a generalidade, que é elevada nos princípios e pequena nas regras. Além disso, o autor em referência alerta que entre princípios e regras não existe apenas a diferença de grau, mas de qualidade, já que os princípios são a base do sistema e dos direitos fundamentais.¹⁵

¹³ DWORKIN, Ronald. Op. Cit., p. 42.

¹⁴ Ibidem, p. 43.

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 277/278.

Paulo Bonavides, apud Robert Alexy, fala ainda que os princípios (que são normas) constituem mandamentos de otimização, que podem ser cumpridos em graus distintos e variados, a depender não apenas das possibilidades reais (fáticas), mas também jurídicas, que são determinadas pelos princípios e pelas regras opostas. Ou seja, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, as normas principiológicas devem ser cumpridas na maior medida possível. Ressalte-se que essa possibilidade jurídica consiste na existência e análise de princípios e regras de direção contrárias.¹⁶

Para distinguir regras e princípios, Robert Alexy também utiliza a dimensão de validade para solucionar os conflitos de regras, e a dimensão de peso e valor para solucionar os conflitos entre princípios, da mesma forma que faz Ronald Dworkin. Paulo Bonavides mostra que, para Robert Alexy, as regras são normas que ou valem ou não valem, de forma que quando uma é aplicada, a outra em conflito, por algum motivo, torna-se inválida e é afastada do ordenamento. Diferentemente, os princípios quando em choque devem ser analisados de forma a se perceber qual possui mais peso para a situação, um cedendo em face o outro, preponderando o princípio que traduz o valor supremo do caso em análise, sem que isso torne o outro princípio nulo, seguindo sempre na teoria dos princípios e dos valores, em razão da normatividade dos princípios.¹⁷

A doutrina de Nelson Nery, apud Luiz Virgílio Afonso da Silva, aponta que os princípios, como já dito, são mandamentos nucleares, disposições fundamentais de um sistema, ou núcleo de condensações, variando essa nomenclatura de autor para autor, sendo certo que os princípios são as normas fundamentais do sistema, enquanto as regras costumam ser definidas como uma concretização desses princípios e por isso teriam caráter mais instrumental e menos fundamental.¹⁸

¹⁶ BONAVIDES, Paulo, Op. Cit., p. 279.

¹⁷ Ibidem, p. 279/280.

¹⁸ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal (Processo civil, penal, e administrativo)*. 9ª ed. rev., ampl. e atual. com as novas Súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 27.

Dessa forma, as regras possuem nos princípios o fundamento de validade e base para elaboração, sendo que não podem vir a contrariá-los, sejam eles os princípios gerais do direito ou os princípios constitucionais que a seguir serão explanados.

Percebe-se que os princípios conquistaram um caráter multifuncional, sendo dotados de normatividade e exigibilidade. Tais características podem ser rapidamente resumidas em três relevantes funções jurídicas, qual seja a fundamentadora, a interpretativa e a supletiva, apesar de existirem doutrinadores que dão uma nomenclatura diferente para essa classificação, às vezes incluindo mais funções que se desmembrariam dessas três básicas.

São fundamentadores porque correspondem à base para se formarem as regras, com eficácia derogatória e diretiva na elaboração de normas, devendo as mesmas estar em consonância com os princípios, caso contrário, perderão sua validade e ou vigência. Sendo assim, qualquer norma (constitucional ou infraconstitucional) que não respeite e seja contrária aos princípios não é válida em virtude do vício material que a acompanha.

A função interpretativa dos princípios diz respeito à direção, ao norte que eles dão ao intérprete do direito quando diante do caso concreto. Servem como rumo, guia do melhor caminho a se seguir para o fato em questão, uma orientação nas soluções jurídicas a serem encaradas, diante das demais normas, mostrando a melhor solução dentre as existentes.

E por fim, os princípios são supletivos tendo em vista que diante de uma situação onde não existem regras ou princípios de mais alto grau para regular o fato em análise, e não podendo o direito ausentar-se na apresentação de soluções jurídicas, os princípios vão ser essa base de solução aos conflitos formados, sendo a norma aplicada ao caso concreto de acordo com a interpretação que se der. Ou seja, eles fazem a integração do direito suprindo os vácuos regulatórios.¹⁹

¹⁹ BONAVIDES, Op. Cit., p. 283/284.

Com isso, percebe-se tamanha a importância que se tem os princípios, eis que formam toda a base estrutural para se elaborar, interpretar, fazer cumprir e estabilizar as normas e a aplicação do direito.

1.3 PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.

É importante, nessa fase do estudo, mostrar que com a evolução da importância dos princípios e diante das funções que possuem, passam os mesmos de princípios gerais do direito (àqueles presentes somente nos códigos) aos princípios de direito constitucional, fazendo parte da norma superior, da lei maior dos países, sendo o mais alto grau de normatividade, transformando-se em positividade do mais alto escalão, conforme preceitua o professor Paulo Bonavides.²⁰

Para ele, os princípios constitucionais hoje são o que antes se tinha como princípios gerais do direito, tendo esses subidos ao nível constitucional e se transformado, ocorrendo uma unificação dos princípios gerais do direito em torno dos princípios constitucionais. Dessa forma, ambos são as mesmas normas, porém agora, em nível mais elevado, em função da evolução sofrida pelos princípios que se iniciaram nos códigos e findaram na Constituição.

Estando inseridos nas constituições, os princípios tomam o grau de liderança em relação à todas as demais normas, e segundo Paulo Bonavides:

(...) encabeçam o sistema, guiam e fundamentam todas as demais normas que a ordem jurídica institui e, finalmente, tendem a exercer aquela função axiológica vazada em novos conceitos de sua relevância. (...) Fazem eles a congruência, o equilíbrio e a essencialidade de um sistema jurídico legítimo. Postos no ápice da pirâmide normativa, elevam-se, portanto, ao grau de normas das normas, de fontes das fontes. São qualitativamente a viga-mestra do sistema, o esteio da legitimidade constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras de uma Constituição."²¹

²⁰ BONAVIDES, Paulo, Op. Cit., p. 290.

²¹ Ibidem, p. 292 e 294.

1.4 PRINCÍPIOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Passa-se a analisar os princípios presentes na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Sendo eles o maior grau de hierarquia normativa, podem ser divididos em diversas categorias, de acordo com a classificação doutrinária adotada.

Adotando os diversos estudiosos brasileiros que já trataram sobre o tema, tem-se que os princípios constitucionais podem ser classificados em expressos, implícitos, fundamentais, estruturais, privativos, liberais, princípios matrizes do sistema, princípios subordinados, princípios positivos, princípios gerais do direito constitucional, enfim, cada doutrinador apresenta uma classificação distinta para a gama principiológica presente na Constituição Federal do Brasil.

No entanto, independente da classificação adotada, o fato é que ela está carregada dessas normas superiores que os princípios representam, podendo-se encontrar desde seu início diversos dispositivos que comprovam tal afirmação, desde seu preâmbulo, passando pelo título I de referida Constituição, que é denominado “DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS”, e em seu primeiro artigo elenca o princípio do Estado Democrático de Direito como presente no ordenamento jurídico brasileiro, bem como inúmeros outros dispositivos.

1.4.1 O Estado Democrático de Direito

Para iniciar o tema, pode-se resumir da seguinte forma o desenvolvimento do princípio até se chegar ao que se tem hoje. Iniciou-se com o Estado de Direito Liberal, e após, passado o liberalismo, juntamente com a discussão entre Estado de Direito e sociedade democrática, caminhou-se para o Estado Social de Direito. Contudo, mesmo com esse discurso social, muitas vezes tal Estado esquecia o conceito de democracia, levando então os estudiosos a chegarem no que hoje se chama de Estado Democrático de Direito.

Destrinchando tal evolução, tem-se que em meio a um ambiente influenciado pela democracia liberal, surgiu o que se denominou de Estado de

Direito, sendo representado pelo estado pautado em normas, em leis que representariam o direito, sendo assim conquistados o dever de obediência à essas leis, a divisão de poderes e a proclamação e garantia dos direitos individuais. Certamente isso significou um avanço, mas ocasionou bastantes restrições.²²

Primeiramente é preciso saber qual o conceito que se tem de Direito para poder-se analisar se o Estado de Direito é tão bom quanto anunciado por seus idealizadores. Tal questão é colocada em choque porque Direito pode ser aquilo que se está expresso, mas isso pode não significar o melhor para todos, tanto que se teve no passado um Estado de Direito feudal, um Estado de Direito natural, um racional, um estamental, um burguês, dentre muitos que podem surgir a partir desse conceito. Logo, pode-se aí detectar o que levou a estagnação desse conceito individualizado de Estado, onde tudo se reduzia ao que fosse tido como lei, sendo que nesses casos o verdadeiro Direito não se realiza por inteiro.²³

Ressalte-se que, considerando o avanço que essa concepção trouxe, hoje, o Estado de Direito encontra-se presente, mas com outra concepção, já que além de estar aliado a um estado democrático, o conceito de direito se funde com os direitos fundamentais, onde o direito tem por base a manutenção das necessidades mínimas para uma vivência com dignidade.

Sendo o Estado de Direito fruto do liberalismo, era extremamente individualista e contava com a abstenção do Estado. Com a crise de tal realidade, tentou-se caracterizar o Estado como Social de Direito, a fim de que houvesse intervenção do Estado com o intuito de igualar as situações de desigualdade provocadas pelo liberalismo. Acontece que ao se adjetivar o Estado como Social, mesmo que mantendo o Direito, o problema não estaria solucionado, pois também se teve na história vários países com regimes políticos sociais, mas extremamente autoritários, como foi o caso do Brasil a partir da “Era Vargas” de 1930, não sendo o

²² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34ª ed. rev. e atual. até a EC. 67 de 2010, São Paulo: Malheiros, 2011, p. 112/113.

²³ Ibidem, p. 113.

social capaz de trazer a mudança necessária para a garantia dos direitos fundamentais.

Desta feita, vem a tona a idéia de se inserir a democracia no conceito ideal de Estado, já que os Estados de Direito até então presenciados (Liberal de Direito e Social de Direito) muitas vezes não se mostravam democráticos.

Num Estado Democrático percebe-se a real participação popular nas ações e decisões da sociedade. A igualdade de participação social não é meramente formal, mas material, sendo imprescindível para as decisões políticas fundamentais. Todos os cidadãos têm igual poder de decisão dentro de uma sociedade democrática, prevalecendo sempre a opinião da maioria, sendo esse um postulado de vivência humana.

José Afonso da Silva, apud Lincoln, diz que a democracia é um regime político onde o governo é do povo, pelo povo e para o povo, ou seja, o poder emana do povo, que o exerce direta ou indiretamente pelo povo e em proveito desse povo. Esse exercício da democracia deve ser feito, ressalte-se, dentro do respeito mútuo entre os participantes, a fim de que um não interfira na esfera do outro e assim não tenha ou exerça mais poderes que o outro.²⁴

Percebe-se que, em sendo um regime em prol do povo, não pode existir numa democracia institutos contrários ao povo, de forma que o Poder Legislativo e o Poder Executivo (representantes eleitos desse povo) não criem nem legitimem institutos contrários aos seus direitos, sempre mantendo o princípio do Estado Democrático de Direito e seus correlatos, como o princípio da igualdade.

1.4.2 Princípio do Estado Democrático de Direito

Com base nesses conceitos, e na necessidade de instituição dos direitos fundamentais, que se formou o que se tem por Estado Democrático de

²⁴ SILVA, José Afonso da. Op. Cit., p. 126.

Direito no Brasil, instituído pela Constituição Federal de 1988. Após o período de regime militar, onde houve todas as formas de violações a direitos, sem qualquer exercício de liberdade e com ausência de direitos fundamentais, o Brasil se mobilizou para que fossem inseridas, na nova lei fundamental (CF), normas de um estado democrático de direito, o qual está intimamente ligado aos princípios e direitos fundamentais de uma sociedade. Foram instituídos na nova Constituição que regeria o país as instituições democráticas e as liberdades fundamentais, alargando-se a idéia de direitos e garantias fundamentais.

Nessa linha de raciocínio pode-se citar Flávia Piovesam, que assim discorre sobre o tema:

Dentre os fundamentos que alicerçam o Estado Democrático de Direito brasileiro, destacam-se a cidadania e a dignidade da pessoa humana (art. 1, incisos II e III). Vê-se aqui o encontro do princípio do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais, fazendo-se claro que os direitos fundamentais são um elemento básico párea a realização do princípio democrático, tendo em vista que exercem uma função democratizadora.²⁵

O princípio do estado democrático de direito possui como características, segundo a Constituição Federal de 1988, o predomínio do interesse coletivo, com vivência em uma sociedade livre, justa e solidária, em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito deste, com participação cada vez maior do povo nas decisões, de forma plural, com os diferentes pensamentos, grupos, religiões e culturas, estando sempre presente a discussão sadia entre as divergências existentes, numa convivência pacífica entre os povos, preservando-se e efetivando-se os direitos fundamentais de todos.

Assim, para concretizar esses postulados, possui a lei importantíssima função dentro desse Estado Democrático de Direito, que segundo José Afonso da Silva:

O princípio da legalidade é também um princípio basilar do Estado Democrático de Direito. É da essência do seu conceito subordinar-se

²⁵ PIOVESAM, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 8ª ed. rev. ampl. e atual, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 26.

à Constituição e fundar-se na legalidade democrática. Sujeitar-se, como todo Estado de Direito, ao império da lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais. Deve, pois, ser destacada a relevância da lei (...) à sua função de regulamentação fundamental.²⁶

Dessa forma, deve-se atentar para o fato de que o poder legislativo é uma instituição democrática, composta através da democracia representativa onde os representantes do povo são eleitos. E por isso, deve respeitar todos esses postulados na realização de seu trabalho de legislar, sempre de forma harmônica com todas as normas que envolvem o regime democrático, não ferindo qualquer princípio fundamental do povo que compõe o Estado.

O Estado Democrático de Direito engloba os direitos fundamentais, logo, tudo aquilo que fere os direitos fundamentais também está ferindo o Estado Democrático de Direito, sendo assim incompatível com o regime constitucional brasileiro.

Após a análise do que seria o princípio do Estado Democrático de Direito, e o entendimento de que ele não existe dissociado dos princípios fundamentais, faremos uma análise sobre alguns dos princípios fundamentais presentes na nossa Constituição Federal.

1.4.3 Princípio do devido processo legal

Postulado maior e mais abrangente dentre os princípios constitucionais, o devido processo legal abarca toda a gama principiológica, sendo a origem, o gênero do qual os outros princípios são espécies, por decorrência lógica.

Previsto no art. 5º, inciso LIV, da CRFB/88 tem-se que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Tal norma deve ser aplicada em todos os âmbitos da vida civil, abarcando até mesmo a elaboração

²⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34ª ed. rev. e atual. até a EC. 67 de 2010, São Paulo: Malheiros, 2011, p. 121.

de leis que devem sempre estar conformes ao princípio citado. Fredie Didier Jr (2008, p. 30), fala que esse processo garantido na citada norma destina-se a todos os processos, quais sejam legislativo, judicial, administrativo ou negocial, inclusive aplicado nas relações privadas, devendo sempre haver a observância do postulado maior nele incorporado por todos os âmbitos de poder e de relação.²⁷

Estudando-o mais a fundo percebe-se que o princípio analisado está dividido em duas facetas, a do devido processo legal em sentido material (substancial), e a do devido processo legal em sentido formal (processual).

O devido processo legal em sentido formal ou processual significa que referido processo precisa e deve cumprir todas as garantias formais dentro dos processos, com a utilização dos institutos jurídicos existentes, ou seja, é imprescindível a presença da garantia de um juiz natural, que dê e respeite a condições de igualdade das partes, tendo estas o direito ao contraditório e ampla defesa em todos os pontos discutidos no processo, dentre outras garantias que se estendem e se criam com o tempo a partir desse conceito de devido processo legal. Ele deve estar sempre de acordo com as normas que regem o processo, jamais podendo violá-las no decorrer do procedimento.

No princípio em estudo, deve-se atentar para o fato de que, como já afirmado, é corolário das demais normas principiológicas presentes no ordenamento jurídico, de forma que tudo o que for sendo criado a partir dele deve respeitar suas imposições advindas da acepção substancial ou formal, ou seja, não podem ser introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro qualquer norma que não seja proporcional, razoável, e de acordo com os postulados da isonomia, do contraditório, da ampla defesa, do juiz natural, do acesso à justiça e à ordem jurídica justa, dentro outros, sob pena de violar o devido processo legal, e consequentemente, a Constituição Federal.

²⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento*, 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 30.

Já o devido processo legal substancial significa um processo com as garantias da proporcionalidade e da razoabilidade, com o equilíbrio que esses dois princípios trazem e representam dentro da ordem jurídica. Ou seja, um processo de criação de leis, de julgamento de casos em âmbito judicial ou administrativo, dentre outros, precisa estar pairado sob a lógica da proporcionalidade e da razoabilidade para serem constitucionalmente válidos.²⁸ Nesse sentido, temos a seguinte decisão da suprema corte para clarear o assunto:

Não se pode perder de perspectiva, nesse ponto, em face do conteúdo evidentemente arbitrário da exigência estatal ora questionada na presente sede recursal, o fato de que, especialmente quando se tratar de matéria tributária, **impõe-se, ao Estado, no processo de elaboração das leis, a observância do necessário coeficiente de razoabilidade**, pois, como se sabe, **todas as normas emanadas do Poder Público devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do 'substantive due process of law' (CF, art. 5, LIV), eis que, no tema em questão, o postulado da proporcionalidade qualifica-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais**, consoante tem proclamado a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RTJ 160/140-141-rtj 178/22-24): 'O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. O princípio da proporcionalidade - que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do substantive due process of law - acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do substantive due process of law (CF, art. 5º, LIV). Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que **a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador.**'(RTJ 176/578-580, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno). Grifos apostos.²⁹

²⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie, Op Cit., p. 34.

²⁹ Decisão proferida por Celso de Mello no RE nº 374.981, em 28.03.2005, publicada no informativo do STF nº 381.

A partir daí importante fazer uma breve digressão sobre os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

1.4.3.1 Princípio da proporcionalidade e da razoabilidade

Primeiramente tem-se que encaixá-los na categoria de princípios constitucionais implícitos, decorrente de normas constitucionais explícitas, especialmente da garantia do devido processo legal em sua acepção substancial.

Analisando-se o princípio da proporcionalidade, tem-se que ele está subdividido em outros princípios, quais sejam a necessidade, adequação, e proporcionalidade em sentido estrito ou ponderação.³⁰

A necessidade consiste em saber se não existe outro meio menos gravoso para a solução do conflito, se o meio escolhido representa a solução que traz menos restrições, ou seja, se aquela atuação é mesmo necessária para a solução do problema. A adequação significa analisar se a medida escolhida levará ao fim que se busca, se o meio é capaz de levar as conseqüências almejadas. E a proporcionalidade em sentido estrito ou ponderação consiste na criação racional do direito, de forma que sejam ponderados, comparados os bens jurídicos ou direitos em jogo, a fim de que na ponderação de interesses chegue-se a escolha de um em detrimento do outro com base no que melhor representa a efetivação dos direitos fundamentais.³¹

Então, tem-se que para que a atuação de qualquer dos poderes seja proporcional, deve obedecer aos citados requisitos, caso contrário, será inconstitucional dentro da ordem jurídica brasileira.

A atuação proporcional é aquela que considera os limites existentes e não os excede, aquela que sabe analisar todas as circunstancias e chegar à solução

³⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 396/397.

³¹ DIDIER JUNIOR, Fredie, Op Cit., p. 38/39.

eficaz sem causar grandes restrições nem desrespeito a direitos, observando todas as garantias do devido processo legal.

Um exemplo do princípio da proporcionalidade, entendido como proibição do excesso, é aplicado ao poder legislativo no sentido do mesmo não poder se exceder em suas criações, devendo sempre observar se é necessário trazer aquelas restrições legais, se elas serão capazes de acabar com o problema social apresentado, e se representam o meio menos invasivo de solucionar os conflitos sociais, de forma a equilibrar a realidade sem exceder os limites constitucionais.

Passando-se para a razoabilidade, tem-se que referido princípio também possui relação com o devido processo legal em sentido substancial, sendo um postulado onde toda atuação, além de proporcional, deve ser razoável, no sentido de não ficar além nem aquém do ideário de justiça, trazendo direitos e restrições de forma igualitária na balança, sem se exceder no que está se realizando. Tal postulado, da mesma forma que a proporcionalidade, é aplicado no âmbito do legislativo, do executivo, do judiciário, e das relações privadas, devendo ser obedecido por todos de forma igualitária.

1.4.4 Princípio da igualdade

Previsto no art. 5º, caput, e demais normas da nossa CF, o princípio da isonomia ou da igualdade representa um direito fundamental em nossa ordem jurídica brasileira. Trata-se também de um escopo da democracia, que não se realiza sem ele, pois a igualdade é fundamental para que todos participem de forma efetiva do Estado Democrático de Direito.

Analisando-se todo o conjunto constitucional que trata do assunto, e considerando a unidade da Constituição e o efeito integrador de suas normas, devendo-se sempre interpretar as normas de forma a lhes dar a máxima efetividade, tem-se que apesar de o caput do art. 5º falar em igualdade perante a lei, a igualdade que se busca não é meramente formal, mas também a substantiva, pois só com a

junção das duas que se é capaz de realizar a finalidade última da norma. Tanto é assim que em outros dispositivos nossa constituição tratou de expressar algumas formas com as quais se teria a materialização do princípio da igualdade, quais sejam, de forma exemplificativa:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

(...)

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:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

(...)

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos;

(...)

XXXIV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso.

(...)

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

(...)

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

(...)

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade,

visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

Além disso, deve-se atentar para o fato de que a igualdade assegurada pela Constituição não significa dar tratamento exatamente idêntico a todas as pessoas, mas sim dar tratamento igual àqueles que estão na mesma situação fática, e desigual àqueles que precisam dessa diferenciação para chegarem a um grau de igualdade substancial. Isso quer dizer que se deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade.³²

Todos então têm o direito a um tratamento igual e o direito a um tratamento desigual, dependendo da situação fática apresentada e vivida pelas partes.

A partir daí tem-se que as normas que apresentem discriminação a fim de desigualar os desiguais estão de acordo com a Constituição, pois representam medida de se chegar à igualdade material. Já quando as normas vêm a desigualar os que se encontram em posição de igualdade, temos uma inconstitucionalidade, pois não encontra justificção constitucional para tanto, devendo ser extraída do ordenamento jurídico. Isso tudo deve ser feito levando-se em consideração os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a fim de que a discriminação necessária não chegue a um grau abusivo, usando a justificativa de “tratar desigualmente os desiguais” para se institucionalizar medidas inconstitucionais e de cunho meramente político, privilegiando certa classe em detrimento das outras, por serem desiguais.

A materialização da igualdade deve ser buscada desde a elaboração das leis, tendo essas o papel de sempre implantar tal realidade na sociedade, eis que é a partir dos comandos legislativos que se disciplinará as ações das pessoas,

³² FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BARRETO JÚNIOR, Edvaldo Costa; CAVALCANTI, Marcos de Araújo; OLIVEIRA, Paulo Mendes de; PEREIRA, Rafael Vasconcelos de Araújo; BECKER, Rodrigo Frantz; RIBEIRO, Rodrigo Pereira Martins. *Direito processual civil*. São Paulo: Método, 2011, p. 92.

em busca da igualdade. As legislações infraconstitucionais que não respeitem tal mandamento superior são todas inconstitucionais, por vício material, já que as leis não podem criadas em desconformidade com isonomia.

Essa isonomia então é norma cujos destinatários são não apenas os aplicadores das leis, mas também os legisladores e conseqüentemente a legislação. Importante ressaltar que mesmo o exercício do Poder legislativo possuindo a característica da discricionariedade, a principal limitação do mesmo está na observância do princípio da igualdade.³³

Com isso, importante demonstrar os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello:

A lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador a vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes.³⁴

Para complementar o raciocínio, pode-se citar José Afonso da Silva, que afirma que o princípio da isonomia tem como destinatários tanto o legislador quanto os aplicadores do direito, que devem sempre se portar de forma a não criarem distinções inconstitucionais³⁵, e citando Francisco Campos, assim dispõe:

(...) o legislador é o destinatário principal do princípio, pois se ele pudesse criar normas distintivas de pessoas, coisas ou fatos, que devessem ser tratados com igualdade, o mandamento constitucional se tornaria inútil.³⁶

Desta feita, apesar do Código de Processo Civil brasileiro datar de 1973, ele fora recepcionado por nossa Constituição Federal de 1988, pois o

³³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, 3ª ed. 20ª triagem. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 9/10.

³⁴ Ibidem, p. 10.

³⁵ SILVA, José Afonso da, Op. Cit, p. 215.

³⁶ Ibidem, p. 215-216.

legislador que o redigiu observou o princípio da isonomia, dando tratamento isonômico entre os litigantes no âmbito processual, norma prevista no art. 125, inciso I, do citado diploma legal, que estabelece que compete ao juiz assegurar igualdade de tratamento às partes. Tal dispositivo legal é um exemplo claro onde o princípio da isonomia dirigiu-se tanto ao elaborador da norma (legislativo), quanto ao aplicador da mesma (juiz), mesmo antes de ser consagrado pela CF, devendo assim permanecer em todas as legislações que forem sendo criadas após a égide da carta política fundamental de 1988.

Celso Antônio Bandeira de Mello apresenta critérios identificadores do desrespeito à isonomia, de forma que deve-se observar qual o elemento tomado como fator de desigualação, bem como a correlação lógica abstrata existente entre esse fator de discriminação e a diferença estabelecida no tratamento, além de, por fim, verificar-se a consonância dessa correlação lógica com os interesses absolvidos no sistema constitucional e jurídico. Se não houver o respeito a esses critérios, tem-se que inconstitucional a diferenciação criada pela norma jurídica.³⁷

Tratando-se do princípio da isonomia nas legislações, deve-se ressaltar algumas leis que vieram a instituir discriminações, com o postulado de tratar desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade considerada como parâmetro, a fim de legitimar determinados institutos na ordem jurídica brasileira.

Assim, o Código de defesa do consumidor que, reconhecendo a inferioridade deste na relação, estipula a inversão do ônus de prova em seu favor, por ser a parte mais fraca, e assim assegura-lhe uma igualdade substancial, dando superioridade jurídica a quem possui inferioridade econômica e fática. Tal lei representa legitimamente o princípio da igualdade, atendendo aos seus postulados e respeitando seus limites.

O mesmo ocorre no âmbito do direito e processo do trabalho, onde por conta da inferioridade fática do empregado na relação, as normas buscam dar superioridade jurídica ao obreiro, a fim de que ele possa litigar em “pé de igualdade” com o empregador.

³⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, Op. Cit., p. 21.

A partir disso, surge uma grande questão, normas discriminadoras que apresentam grau de igualdade duvidoso. É o caso, por exemplo, da discussão doutrinária, jurisprudencial e até mesmo legal (por ter sido objeto de várias medidas provisórias) da constitucionalidade ou não das prerrogativas da Fazenda Pública previstas no art. 188 do Código de Processo civil (CPC), que dispõe que “serão computados em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a fazenda pública ou o Ministério Público.”

A defesa desse instituto é feita com base no fato de que a Fazenda Pública e o Ministério Público são representantes e defensores dos interesses do povo, e por isso, além do excesso de trabalho, os prazos especiais estariam justificados. Considerando essa doutrina como a certa, tem-se que a diferença de prazo significa uma prerrogativa que proporciona melhor desenvolvimento das atribuições, e ressalte-se, justifica-se a prerrogativa e não de privilégios políticos fundamentados em institutos esdrúxulos e sem qualquer fundamentação constitucional.

O art. 475 do CPC, que estipula a remessa obrigatória em favor da Fazenda Pública, também exige esclarecimentos. Se considerado no exato sentido do efeito translativo, onde se transfere à instância superior conhecimento integral da discussão, com o intuito de se obter uma revisão acerca da sentença de primeiro grau, sendo uma revisão totalmente imparcial, que venha e beneficiar ou não a Fazenda Pública, a constitucionalidade da norma está garantida. Contudo, se for aplicado (como tem sido) da forma como as cortes superiores têm interpretado o assunto (Súmula 45 do STJ), a inconstitucionalidade é clara, pois entende-se que a Fazenda Pública não pode ter sua situação piorada na revisão realizada, o que fere o princípio da isonomia.

O fato é que se realmente se quisesse preservar a isonomia nesses casos, deveria se prevalecer o efeito translativo em tal revisão, causando mais segurança jurídica, e não causando uma desigualdade desnecessária.

Para além do CPC, tem-se nesse questionamento do princípio da isonomia a norma prevista na nova lei de Mandado de Segurança, a Lei nº 12.016 de 2009, que em seu art. 15 prevê:

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.

Aqui se tem mais que patente o desrespeito ao princípio da isonomia, já que o requerimento só pode ser feito por pessoa jurídica de direito público ou pelo Ministério Público, excluindo-se o particular da utilização do instituto. Porém, as decisões em geral que causem desconformismo em ambas as partes no Mandado de Segurança, estão sujeitas à recurso para a instância superior, que pode ser interposto tanto pelo particular quando pelo(s) ente(s) público(s) envolvido(s). Ou seja, os dois pólos da relação possuem igualmente a possibilidade de recorrer, mas só o poder público tem a possibilidade de suspender a liminar ou a sentença dada, por meio que não o recurso, onde a decisão é dada pelo Presidente do Tribunal e não por um órgão colegiado.

Vê-se que não existe razão para a discriminação citada, sob a justificativa de igualdade material, já que a defesa da ordem, saúde, segurança e

economia públicas podem ser perfeitamente discutidas num recurso, e não num instituto com privilégios políticos que venham a desvirtuar o princípio da igualdade e o Estado Democrático de Direito nele pautado.

O STF assim dispõe sobre o assunto ao julgar a liminar na ADIN 1910:

“a igualdade das partes é imanente ao *procedural due process of Law*; quando uma das partes é o Estado, a jurisprudência tem transigido com alguns favores legais que, além de vetustez, têm sido reputados não arbitrários por visarem a compensar dificuldades da defesa em juízo das entidades públicas; se, ao contrário, desafiam a medida de razoabilidade ou da proporcionalidade, caracterizam privilégios inconstitucionais: parece ser esse o caso na parte em que a nova medida provisória insiste, quanto ao prazo de decadência da ação rescisória, no favorecimento unilateral das entidades estatais, aparentemente não explicável por diferenças reais entre as partes e que, somadas a outras vantagens processuais da Fazenda Pública, agravam a consequência perversa de retardar sem limites a satisfação do direito do particular já reconhecido em juízo. 4. No caminho da efetivação do *due process of law*- que tem particular relevo na construção sempre inacabada do Estado de direito democrático- a tendência há de ser a da gradativa superação dos privilégios processuais do Estado, à custa da melhoria de suas instituições de defesa em juízo, e nunca a da ampliação deles ou a da criação de outros como- é preciso dizê-lo- se têm observado neste decênio no Brasil”.³⁸

Tal posicionamento adotado para a citada medida provisória em questão é o mesmo que deve ser usado em relação ao regime de suspensão de liminar, eis que configura vantagem indevida ao Estado, devendo assim se posicionar o STF, conforme seus próprios argumentos expressos na citada decisão. No entanto, demonstrar-se-á no último capítulo que não é essa a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal acerca da suspensão de liminar.

1.4.5 Princípio do contraditório e da ampla defesa

Expressamente previsto na Constituição Federal, no art. 5º, inciso LV, da CF, é um postulado que advém não somente do estado democrático de direito,

³⁸ STF, Pleno, MCADIn 1910-1-DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 22.4.1999, v.u (CPC 188); e m. v. (CPC 485 X), DJU 27.2.2004, p. 19.

mas também do devido processo legal e da igualdade das partes, sendo totalmente inserido na sistemática de direitos fundamentais da CF de 1988.

O citado dispositivo Constitucional dispõe que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. A partir dessa leitura extrai-se que em qualquer tipo de processo deve ser respeitada e proporcionada tal paridade, de forma que as partes possam ter proporcionado seu direito de agir e se defender de qualquer situação existente em qualquer tipo de processo, de forma efetiva e não meramente formal.

O contraditório é um direito inerente a todos aqueles que possuem algum interesse na causa deduzida em juízo, assim incluindo o autor, réu, terceiros intervenientes, o Ministério Público e demais que provem referido interesse, sendo a eles assegurada a resposta a qualquer ação das outras partes do processo, a fim de que possam se defender de forma efetiva, apresentando suas provas, contraprovas e pretensões capazes defender seu direito.

Logo, por ser imparcial, é dever do juiz assegurar o exercício do contraditório pelos participantes de um processo judicial, determinando que as partes sejam informadas e se manifestem em qualquer situação, sendo-lhes proporcionado o direito de participação no processo bem como o de influenciar na decisão (participação material ou substantiva).

O contraditório pressupõe a existência de igualdade de armas, ou seja, as partes devem possuir as mesmas possibilidades e os mesmos institutos processuais a disposição, sendo inconstitucional qualquer criação que limite ou impossibilite essa liberdade de agir.

Nelson Nery Jr. dispõe sobre o princípio do contraditório que:

Por contraditório deve-se entender, de um lado, a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do

processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhes sejam desfavoráveis.³⁹

Assim chega-se a conclusão de que desrespeitado o contraditório, teremos a conseqüente restrição do direito de defesa, situação que provoca a anulação do processo ou do procedimento em andamento. Isso porque a ampla defesa pressupõe a existência de um contraditório, estando os institutos interligados, sendo fato que onde não se tem um contraditório, ausente está a ampla defesa, e vice-versa.

Dessa forma a ampla defesa representa uma efetivação do contraditório, sendo usada para que as partes possam deduzir todas as pretensões possíveis e capazes de lhes beneficiar na decisão do órgão julgador, sendo aplicada a todas as instâncias processuais, sejam judiciais ou administrativas. Destaque-se que além da possibilidade de qualquer alegação, a ampla defesa abarca a prova das alegações, pois só assim poderá influenciar na decisão final, que se fundamentará nas provas das alegações apresentadas.

Incluem-se também no conceito de ampla defesa a defesa técnica e a autodefesa. A primeira é aquela defesa formal exercida por um profissional habilitado para representar a parte, o qual possua capacidade postulatória, como o advogado e o defensor público, sem a qual, em regra, não se pode postular em juízo. E a segunda é a defesa em sentido material, onde a própria parte se defende em seu interrogatório e demais oitivas, sendo-lhe assegurado o direito de intervir na opinião do julgador por suas próprias palavras.

Faz-se mister e imprescindível que esses dois requisitos estejam presentes para que se configure a ampla defesa, significando os recursos e meios inerentes ao seu exercício, de forma que sem os mesmos não se tem meios materiais e efetivos de se convencer o juízo acerca de seu direito. Ou seja, a ampla

³⁹ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal (Processo civil, penal, e administrativo)*. 9ª ed., rev. ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 206.

defesa está relacionada com a utilização dos meios capazes de influenciar na decisão da demanda judicial.

2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

2.1 TEORIAS E DIMENSÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Trata-se aqui dos direitos fundamentais levando em consideração que, conforme Fredie Didier Jr., os direitos fundamentais possuem dupla dimensão, a subjetiva e a objetiva. Na dimensão subjetiva, tem-se a atribuição de posições jurídicas de vantagem aos seus titulares. Na objetiva, traduzem valores básicos e consagrados na ordem jurídica, que devem presidir a interpretação ou aplicação de todo o ordenamento jurídico, por todos os atores.⁴⁰

Tem-se assim que a lei move-se dentro do âmbito dos direitos fundamentais e considera-se como exigência de realização concreta de direitos fundamentais.⁴¹

2.1.1 Direitos fundamentais de primeira dimensão

No âmbito da teoria dos direitos fundamentais positivos, o documento de destaque inicial para emergência desses direitos foi a *Magna Charta Libertatum* do Rei João Sem-Terra, na Inglaterra do século XIII, especificamente em 1215, que serviu de base para as demais compilações influenciadas pelo direito de liberdade formal, do devido processo legal e pela busca da propriedade.

Referido documento, apesar de ser referência, possuía muitas falhas, já que outorgava os direitos a apenas determinadas classes sociais, e podia ser revogado pelo Rei a qualquer tempo, não sendo uma efetiva transferência de Direitos Fundamentais. No entanto, se comparado com a situação anterior, já representava um grande avanço, que foi se especializando no decorrer do tempo.

⁴⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento*, 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 28.

⁴¹ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal (Processo civil, penal, e administrativo)*. 9ª ed. rev., ampl. e atual. com as novas Súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 23.

A partir daí surgiram novas etapas de desenvolvimento da sociedade, sendo válido ressaltar a Reforma Protestante como importante instrumento de acesso à liberdade religiosa em vários países da Europa.

No século XVII tivemos várias declarações de direitos inglesas que influenciaram na busca de estabilização dos direitos fundamentais de primeira dimensão (geração), quais sejam a “*Petition of Rights*” de 1215, o “*Habeas Corpus Act*” de 1679, bem como o “*Bill of Rights*” de 1689, onde foram reconhecidos os direitos e liberdades dos Ingleses, podendo-se citar o princípio da legalidade penal, o instrumento do “habeas corpus” contra prisões arbitrárias, que estavam proibidas, o direito de petição, e o início da liberdade de expressão, sendo a característica marcante desses documentos o reconhecimento de direitos à população em geral, e não apenas a determinadas classes sociais.

Apesar de tantos avanços, Ingo Wolfgang Sarlet diz que foi apenas com a Declaração de Direitos do povo da Virgínia de 1776 que os direitos fundamentais tomaram hierarquia constitucional, sendo então agregados aos direitos e liberdades dos ingleses a característica da Universalidade e Supremacia dos direitos, formando assim a Declaração Americana de Direitos.⁴²

A Declaração Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 na França também participa dessa revolução histórica de direitos, de forma que, influenciada pelas mudanças na Europa e pelos pensadores e filósofos da época, acabou com o antigo regime e instaurou a Burguesia, com os ideais de liberdade e democracia, trazendo a igualdade de direitos entre os povos, sendo o centro dessa Declaração a primeira fase da Revolução Francesa, qual seja, o ideário de liberdade, que a todos é estendida, de forma universal e inderrogável.

Referidas Declarações Americanas e Francesas de Direitos são as grandes positavações modernas de direitos de primeira dimensão, sendo frutos da evolução histórica dos documentos citados, bem como do pensamento de Locke,

⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed. Rev. Atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 43.

Rousseau, Montesquieu e dos demais pensadores que influenciaram a consciência da liberdade, da igualdade, da democracia, da separação de poderes e demais garantias asseguradas nessas declarações.

Essa positivação foi decisiva para a transição do Estado autoritário para o Estado de Direito, consagrador das liberdades individuais e da abstenção estatal, configurando a autonomia individual em face da não-intervenção do Estado, formando os chamados direitos negativos, direitos de primeira dimensão.

Referida dimensão de direitos então é formada pelas liberdades públicas e pelos direitos políticos, ou seja, caracterizadora do direito de liberdade, e dos direitos civis e políticos, que se refletem, num rol exemplificativo, no direito à liberdade com várias acepções, igualdade de todos perante a lei, direito à vida, à propriedade, ao voto, enfim, direitos dos quais não se tem uma atuação do Estado em sua garantia, pois são inerentes ao homem pela perspectiva jusnaturalista que possuem.

2.1.2 Direitos fundamentais de segunda dimensão

Nessa sociedade liberal de ausência estatal, onde a industrialização pairava mantendo os interesses da burguesia, graves problemas sociais foram surgindo, mostrando que a igualdade formal não era uma garantia de efetivo gozo de direitos por todas as classes sociais, já que referidas classes tinham muitas diferenças, não podendo ser igualadas apenas formalmente, deixando ao relento, por exemplo, a classe operária, que em más condições econômicas não tinha como ter acesso aos direitos sociais e culturais, já que no liberalismo não era função do estado a garantia de tais direitos.

De nada adiantava todos terem o direito à propriedade garantido nas leis e Constituições, por exemplo, se nem todos tinham condições econômicas e sociais de adquirirem bens e ter acesso à propriedade. O mesmo se dava em relação aos direitos sociais. Tal crise levou a um pensamento diferenciado já no século XIX, a partir da Revolução Industrial, emergindo o ideário socialista de

intervenção e atuação estatal para garantir-se a justiça social, que se concretizou em diversas Constituições no século XX, especialmente no pós Primeira Guerra Mundial, onde a busca pelos direitos sociais se tornou cada vez mais intensa.

Foi a era de surgimento dos direitos fundamentais de segunda dimensão, quais sejam os direitos sociais, econômicos e culturais, que passariam a ser garantidos a todos os cidadãos de forma efetiva a partir de uma atuação do Estado na sociedade, caracterizando um Estado de Direito Social ou Estado do Bem-estar Social (*Welfare State*), que interviria como realizador e protetor dos direitos à educação, saúde, lazer, trabalho e de todos os direitos sociais, bem como da economia, criando uma igualdade material ou substancial que levasse em consideração a diferença existente entre as classes sociais, garantindo os serviços públicos a toda população.

A título de exemplo de documentos históricos marcados por essa geração de direitos fundamentais temos a Constituição Mexicana de 1917, a Constituição de Weimar, na Alemanha de 1919, o Tratado de Versalhes firmado pela OIT em 1919, bem como outros pactos internacionais, e no Brasil a Constituição Federal de 1934, sendo documentos que trouxeram esse novo ideário de intervenção estatal para garantia dos direitos fundamentais de segunda dimensão.

Ressalte-se, contudo, conforme anota Ingo Sarlet, que da mesma forma que os direitos de primeira dimensão, os direitos de segunda dimensão se destinam ao indivíduo em si considerado e não à coletividade, não podendo ser confundidos com os direitos difusos ou coletivos de terceira dimensão pela nomenclatura “social”, que assim o é em razão da busca de uma justiça social.⁴³

2.1.3 Direitos fundamentais de terceira dimensão

⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang, Op. Cit., p. 48.

Num momento pós-segunda guerra mundial, com o mundo arrasado com as barbaridades ocorridas durante guerra, gerando necessidade de proteção coletiva dos direitos, bem como com as grandes mudanças ocorridas internacionalmente, criadoras da sociedade de massa, baseada na tecnologia e na ciência, os direitos fundamentais trataram de se adequar a essa nova realidade coletiva, gerando os chamados direitos coletivos ou difusos de terceira geração.

As discussões internacionais acerca dos direitos humanos dos grupos existentes, considerados em sua coletividade, bem como a necessidade de proteção de bens jurídicos de propriedade coletiva *latu sensu*, como o meio ambiente, o patrimônio público e o direito do consumidor, levam a uma modificação no modo de ver o ser humano, estando inserido numa tutela de coletivização crescente, passando a ter direitos de solidariedade ou fraternidade, pertencente a grupos de pessoas, não se esgotando no individualismo até então vigente no ordenamento jurídico.

Como anota Pedro Lenza, tem-se nessa geração de direitos a transcendência do limite individual das pessoas, e uma preocupação com o gênero humano, com altíssimo teor de humanismo e universalidade.⁴⁴ Esse também é o pensamento de Paulo Bonavides.⁴⁵

Referidos direitos de terceira dimensão se diferenciam dos demais em razão da titularidade coletiva, sendo divididos em direitos difusos, coletivos *strictu sensu*, e individuais homogêneos. Os primeiros são os transindividuais de natureza indivisível, cujos titulares são pessoas indeterminadas ligadas por circunstâncias de fato. Os direitos ou interesses coletivos são os transindividuais de natureza indivisível, com titulares indeterminados porém determináveis, já que pertencentes a grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. E os direitos individuais homogêneos são aqueles que

⁴⁴ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 15ª. ed. rev. Atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 862.

⁴⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 569.

decorrentes de uma origem comum, possuem uma coletividade determinada de pessoas envolvidas com os mesmos interesses individuais.

Em razão da coletivização que envolve esses direitos, como anota Ingo Sarlet, os direitos fundamentais de terceira dimensão são denominados de direitos de fraternidade ou solidariedade pela implicação universal que possuem, exigindo esforços e responsabilidades em escala até mundial para sua efetivação.⁴⁶

2.1.4 Direitos fundamentais de quarta dimensão

Ainda existem alguns autores^{47 48} que falam em direitos fundamentais de quarta e até quinta geração fazendo referência ao direito à paz, à democracia, à informação, à manipulação genética, à felicidade, enfim, uma infinidade de desdobramentos dos direitos já ressaltados nas três dimensões, sendo que apenas essas são consagradas e possuem uma unanimidade no entendimento doutrinário, sendo as outras dimensões apenas um desenvolvimento do já previsto, sem uniformização de entendimento. No entanto, é importante mostrar o que citados autores entendem por quarta dimensão dos direitos fundamentais.

Paulo Bonavides, analisando que o presente século está cada vez mais ligado à globalização, mostra que a globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz direitos de quarta dimensão, quais sejam o direito à democracia, informação e ao pluralismo. É desses direitos que depende a concretização da sociedade aberta do futuro, com máxima universalidade, para onde o mundo parece inclinar-se. Tais direitos compendiam o futuro da cidadania e da liberdade dos povos, pois, só com eles é possível uma globalização política, estando assim, na esteira dos direitos fundamentais.⁴⁹

⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang, Op. Cit., p. 49

⁴⁷ BONAVIDES, Paulo. Op. Cit., p. 570/571.

⁴⁸ LENZA, Pedro, Op. Cit., p. 862/863.

⁴⁹ BONAVIDES, Paulo, Op. Cit., p. 571/572

Pedro Lenza apresenta que além da orientação de Paulo Bonavides, pode-se ter como direitos fundamentais de quarta geração aqueles relacionados ao avanço da engenharia genética, na manipulação do patrimônio genético, fator que envolve a existência e o desenvolvimento humano, devendo ser respeitados de forma não prejudicar os direitos dos seres humanos, sem por em risco a integridade física e psíquica das pessoas.⁵⁰

2.2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Antes de tratar especificamente dos direitos fundamentais presentes na Constituição Federal de 1988, faz-se necessário falar da indissociabilidade existente entre Constituição, Estado de Direito e direitos fundamentais, de forma que um não existe sem o outro, não podendo-se falar em Estado Constitucional, com uma Lei Suprema, se a mesma não prevê os direitos fundamentais, da mesma forma que não existe Estado de Direito (em seu sentido material) sem a presença dos direitos fundamentais.

Assim sendo, tem-se como legítima a Constituição Federal de 1988, já que composta por uma enorme gama de direitos fundamentais, sendo o Estado brasileiro um autêntico Estado de Direito, por ter a Constituição brasileira de 1988 tratado como nunca dos direitos fundamentais, ampliando seu rol e formas de proteção, já que representa uma carta de direitos que romperia com o longo período de ditadura militar e de transgressão aos direitos fundamentais, que eram totalmente renegados e desprovidos de proteção.

Buscou-se com essa Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 a quebra com as barbaridades ditatoriais e o estabelecimento de uma nova era, que teve por base o Estado Democrático de Direito, o qual simplesmente não existe sem os direitos fundamentais, amplamente disciplinados em nossa

⁵⁰ LENZA, Pedro, Op. Cit., p. 862.

Constituição Federal bem como no regime e nos princípios por ela adotados, e nos tratados internacionais que a República Federativa do Brasil seja parte.

Ressalte-se aqui a diferença existente entre direitos fundamentais e princípios fundamentais, mostrando que não está a se repetir o tópico do capítulo anterior, mas sim demonstrar a importância que tais postulados possuem em nossa ordem jurídica, sendo tratados dessas duas formas, como princípios e como direitos fundamentais.

Os princípios fundamentais são mandamentos nucleares, normas que devem ser observadas na elaboração das leis (em sentido geral), na interpretação das mesmas bem como na integração das normas em casos de lacuna. São fontes nas quais se embasa o ordenamento jurídico, bem como carregam os valores por ele consagrados.⁵¹

Já os direitos fundamentais consistem em direitos mínimos necessários para que os seres humanos tenham uma vida digna, são institutos indispensáveis para a democracia e para o Estado Democrático de Direito na ordem constitucional, já que sem eles seria impossível a vida em sociedade.⁵²

Com base nisso pode-se tratar de alguns dos vários direitos fundamentais advindos da atual Constituição Federal, tendo-se sempre em mente a superioridade das normas constitucionais e dos direitos fundamentais, já que eles são o fundamento de validade da própria Constituição, devendo sempre ser observados pelos demais Poderes, seja o legislativo, o executivo, e o judiciário.

Lembre-se que a Constituição brasileira possui uma enorme gama de direitos fundamentais exemplificados no art. 5º, bem como em muitos outros artigos da mesma, além de o fato de os direitos fundamentais nela expostos não excluïrem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, nem dos tratados internacionais de que o Brasil seja parte, o que demonstra a amplitude do tema, algo

⁵¹ SILVA, José Afonso da. Op. Cit., p. 91.

⁵² NERY JUNIOR, Nelson. Op. Cit., p. 21.

difícil de se esgotar em apenas um estudo. Por essa razão, foca-se aqui nos direitos fundamentais previstos em na Constituição Federal que tenham relação com o tema deste trabalho.

O primeiro direito fundamental de destaque nesse estudo é o direito fundamental a um Devido Processo Legal, sendo um reflexo dos direitos fundamentais de primeira geração, onde a todos é garantido o direito de participar de um processo no qual sejam asseguradas todas as suas garantias formais e materiais, com a devida proporcionalidade e razoabilidade na aplicação das medidas. Ou seja, o direito fundamental de ter acesso a um processo no qual se garanta a igualdade entre as partes (tratamento isonômico entre os litigantes), sendo a todos aplicados as mesmas normas processuais e materiais, com a necessária proporcionalidade e razoabilidade quando a lei vier a prever distinções entre as partes.

A partir do direito fundamental a um devido processo legal, tem-se o desdobramento em vários outros direitos fundamentais, previstos na Constituição Federal, podendo-se citar o direito fundamental à igualdade, núcleo central da democracia, que prevê o tratamento igualitário entre todos não só perante a lei, mas em todas as relações da vida humana, sendo sempre necessário levar em conta as desigualdades a fim de que se trate igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de sua desigualdade, garantindo-se com isso um acesso à justiça e a ordem jurídica justa.

Assim, tem-se como imperativo do direito fundamental ora destacado a igualdade perante a lei (formal), onde deve-se prever aos cidadãos e litigantes os mesmos direitos, prerrogativas e obrigações, quando estiverem no mesmo nível (particular em relação a particular). Quando os níveis entre as partes forem diferentes (particular em relação ao poder público) tem-se que a diferenciação entre eles deve ser pautada na razoabilidade e na proporcionalidade, como já dito, a fim de que não se crie diferenças que venham a ferir o direito fundamental da isonomia, diferenças que não sejam necessárias à garantia do bem jurídico tutelado. Essa acepção formal do direito fundamental à igualdade é decorrente da primeira dimensão dos direitos fundamentais.

O direito fundamental à igualdade na acepção material significa que a todos devem ser dadas condições físicas e materiais de exercer a igualdade legalmente prevista, a fim de que a mesma não se transforme em mero programa não cumprido pelo poder público. É um desdobramento dos direitos fundamentais de segunda dimensão.

Outro direito fundamental previsto em nossa Constituição Federal é o direito ao contraditório e à ampla defesa, onde a todos é assegurada o direito de defesa efetiva de tudo que lhe é imputado, de forma a poder exercer a mesma possibilidade de convencimento do órgão julgador, com a utilização dos mesmos recursos que a parte contrária, estando incluído também nesse conceito a defesa de direitos que estejam sendo lesados, o que está intimamente ligado com o direito fundamental de acesso ao judiciário, não devendo o mesmo ser negado sempre que existir lesão ou ameaça de lesão a direito.

Tem-se também o direito fundamental de petição aos poderes públicos em defesa de direitos, ou contra a ilegalidade ou abuso de poder, sempre que o particular sofrer alguma lesão, o que comporta toda a gama de direitos aqui já ressaltada, estando incluída nesse direito de petição o devido processo legal, a igualdade entre as partes, bem como os demais direitos fundamentais existentes, já que são todos complementares um ao outro, e não excludentes.

Além desses direitos fundamentais ressaltados, existem inúmeros outros, mas esses são os que merecem maior atenção no momento. Deve-se aqui lembrar que a Lei Maior afirma que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais possuem aplicação imediata, bem como que tais direitos são cláusulas pétreas previstas no art. 60, parágrafo quarto da CRFB/ 88, não podendo ser restringidos nem por Emendas Constitucionais, muito menos por normas infraconstitucionais, por ser normas de observância e cumprimento obrigatório.

3. O MANDADO DE SEGURANÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

3.1 A AÇÃO FUNDAMENTAL DO MANDADO DE SEGURANÇA

O Mandado de Segurança é um remédio constitucional previsto no ordenamento jurídico brasileiro, no art. 5º, LXIX da Constituição Federal, sendo também regulamentado na lei nº 12.016/ 2009, e que segundo essas normas visa proteger os direitos líquidos e certos das pessoas físicas e jurídicas, nacionais ou estrangeiras, não amparados por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando por ilegalidade ou abuso de poder, autoridade pública ou agente público vier a violá-los.

Trata-se de mecanismo processual constitucional criado para combater de forma eficiente e célere os abusos cometidos pelo poder público em relação aos direitos chamados de líquidos e certos dos particulares, direitos esses que pudessem ser provados de plano, sem necessidade de dilação probatória.

Com isso, tem-se a natureza jurídica de ação do Mandado de Segurança, já consagrada pela doutrina e jurisprudência pátrias, podendo-se citar o entendimento de Luiz Fux, que assim se manifesta:

o Mandado de Segurança configura sempre ação constitucional de natureza cível e de rito sumário, independente do juízo competente e da natureza do ato impugnado, seja ele penal, trabalhista, militar, eleitoral ou outro, já tendo, inclusive, o Supremo Tribunal Federal decidido neste sentido. Esta constatação implica a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil nas lacunas da legislação específica.⁵³

André Ramos Tavares compartilha do mesmo entendimento ao dispor que “a doutrina majoritária considera tratar-se de ação judicial de cunho mandamental”.⁵⁴

Gregório Assagra de Almeida ao tratar dos aspectos pontuais da natureza jurídica do Mandado de Segurança, apresenta que no plano do Direito Constitucional:

⁵³ FUX, Luiz. *Mandado de Segurança*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 15.

⁵⁴ TAVARES, André Ramos. *Manual do novo mandado de segurança: Lei 12.016 de 2009*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 27.

O mandado de segurança possui natureza de garantia constitucional fundamental (art. 5º, LXIX e LXX, da CF). Em sendo o mandado de segurança uma garantia constitucional fundamental, algumas conseqüências interpretativas lhe são inerentes: 1ª) não é compatível interpretação restritiva quanto ao seu campo de aplicabilidade; 2ª) a ele são aplicáveis todas as disposições processuais previstas para as tutelas jurisdicionais ordinárias, desde que sejam compatíveis com os seus pressupostos constitucionais e possam ser meios eficazes para garantir a sua efetividade, tais como as medidas de apoio do § 5º do art. 461 do CPC e a fungibilidade entre tutela cautela e antecipação dos efeitos finais do provimento pretendido prevista no § 7º do art. 273 do CPC; 3ª) possui ele prioridade na tramitação processual; 4ª) possui aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º, da CF); 5ª) não pode ser limitado ou eliminado da CF (art. 60, §4º, IV, da CF).⁵⁵

Gregório Assagra dispõe que processualmente “O mandado de segurança, na esteira da corrente doutrinária que prevalece amplamente, possui natureza de ação. Alguns autores o denominam de uma ação civil”.⁵⁶

Confirmando tal entendimento, tem-se Hely Lopes Meirelles que ao discorrer sobre o Mandado de Segurança se manifesta da seguinte forma:

é ação civil de rito sumário especial, destinada a afastar ofensa ou ameaça a direito subjetivo individual ou coletivo, privado ou público, através de ordem corretiva ou impeditiva da ilegalidade, ordem, esta, a ser cumprida especificamente pela autoridade coatora, em atendimento à notificação judicial.⁵⁷

Trata-se de uma ação, um remédio constitucional, um instrumento processual que visa a efetiva realização do direito material levado a juízo por aquele que se sentiu prejudicado com a atuação Estatal, formando um processo judicial.

Em sendo o Mandado de Segurança uma ação, configura-se como um direito fundamental, já que o direito de ação é um direito fundamental de todos (constitucionalmente previsto) à uma tutela jurisdicional adequada e efetiva. E para

⁵⁵ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das Ações Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 426.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 426.

⁵⁷ MEIRELLES, Hely Lopes, WALD Arnoldo, MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*, 32ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 30.

se chegar a essa tutela jurisdicional o presente instrumento possui regras peculiares em razão da urgência dos interesses que estão envolvidos e da clareza das violações, que podem ser demonstradas de imediato.

Dessa forma, tem-se que a ação em estudo é um direito fundamental que está adstrito à todas as características de direitos fundamentais já mencionadas no capítulo 2, devendo manter-se compatível com os princípios e regras constitucionais, bem como com os demais direitos fundamentais consagrados em nosso ordenamento jurídico, possibilitando uma atuação e interpretação una do ordenamento jurídico-constitucional, pressupostos necessários para que se chegue a uma tutela adequada e efetiva.

3.2 O PROCEDIMENTO DIFERENCIADO DO MANDADO DE SEGURANÇA E SUAS CONSIDERAÇÕES

Antes de iniciar a explanação acerca do procedimento que envolve o *Mandamus*, deve-se ressaltar o motivo que enseja tal tratamento específico, qual seja, o direito emergencial em questão, tão claro que sua comprovação já se encontra na petição inicial que dará início à cognição judicial, justificando assim a instituição de um direito fundamental à uma tutela jurisdicional diferenciada com cognição restrita, em razão da crise de efetividade do procedimento ordinário, conforme explanação de José Henrique Mouta.

Segundo esse autor, tal procedimento especial é usados com o intuito de se ter maior efetividade na prestação da tutela jurisdicional, através da celeridade na tramitação, que então terá certa restrição no objeto de análise judicial, o que pode ser exemplificado com a impossibilidade de dilação probatória.⁵⁸

Para se chegar à citada efetividade na prestação jurisdicional, é preciso fugir do procedimento comum, de forma que sejam evitadas dilações e manobras judiciais indevidas, momentos e formas processuais desnecessários e protelatórios,

⁵⁸ ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Mandado de Segurança*. 2ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 25/26.

tudo em prol de uma economia processual geral, chegando-se a efetivação do direito em menor quantidade de tempo possível, de forma que ainda seja possível assegurá-lo eficazmente.

Daí que vem a necessidade de o impetrante do remédio constitucional em questão demonstrar a existência de seu direito líquido e certo, que nas palavras de Hely Lopes Meirelles “Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração.”⁵⁹

Conforme José Henrique Mouta:

O Mandado de Segurança, a rigor, refere-se à técnica de cognição restrita e com a liminar, muitas vezes sumária. Em última análise, trata-se de tutela jurisdicional diferenciada nos planos horizontal e Vertical.⁶⁰

Referido autor demonstra ainda que a situação diferenciada do Mandado de Segurança leva à necessidade de um tratamento modificado, sendo o processo (diferenciado) um instrumento capaz de realizar o direito em questão, com formas de agilização da prestação jurisdicional.

Essa é a característica do procedimento especial do Mandado de Segurança: singularidades capazes de tutelar os direitos assegurados via *Mandamus* com efetividade, em razão da urgência e rapidez que lhes são intrínsecas.

Esse estudo traz à baila, conforme anota Henrique Mouta, a cognição restrita característica do *Mandamus*, que, como já afirmado, se limita à análise judicial da violação, ou ameaça de lesão, do direito líquido e certo da pessoa particular (física ou jurídica) através de ato ilegal da Administração Pública, com

⁵⁹ MEIRELLES, Hely Lopes, WALD Arnoldo, MENDES, Gilmar Ferreira, Op. Cit., p. 34.

⁶⁰ ARAÚJO, José Henrique Mouta, Op. Cit., p.27.

vistas a assegurar tal direito, bem como a cognição sumária que ocorre nas tutelas antecipadas no Mandado de Segurança.⁶¹

Dessa maneira, a cognição é restrita porque está limitada ao que a lei 12.016/2009 prevê para tal procedimento, e é sumária, nos casos de tutela antecipada, porque não se tem previamente à decisão judicial a realização de todo o procedimento previsto para a análise do mérito, é algo realizado com base nas informações e documentos iniciais prestados por uma parte, sendo tal sumariedade devidamente justificada nas disposições legais.

No entanto, deve-se ter muito cuidado no trato das tutelas diferenciadas, em especial do Mandado de Segurança, de forma que não sejam usadas para legitimar arbitrariedades e inconstitucionalidades sob o argumento de maior efetividade aos direitos. O já citado Henrique Mouta alerta da seguinte forma:

Não se deve olvidar, por outro lado, que as tutelas diferenciadas não podem servir de violação aos princípios constitucionais das partes (especialmente quanto ao demandado). No máximo, é possível discutir a colisão entre princípios, preponderando provisoriamente o da efetividade da tutela jurisdicional, como ocorre nos casos de tutela antecipada *inaudita altera pars*.⁶²

Tem-se com o instituto jurídico ora em estudo uma enorme gama de efetivação de disposições materiais em nosso ordenamento jurídico, por conta de diversas características, onde o espírito da legislação é no sentido de que sejam dadas decisões sincréticas com necessidade de cumprimento, regra geral, imediato do mandamento jurisdicional, com vistas a se assegurar o direito líquido e certo invocado.

Outra característica específica e importante da ação sob estudo é o fato de o ordenamento constitucional e infraconstitucional consagrar a sua prioridade de tramitação, sendo expressamente previsto no art. 20 da lei 12.016/2009 que os processos de Mandado de Segurança e os recursos deles advindos

⁶¹ ARAÚJO, José Henrique Mouta, Op. Cit., p. 30.

⁶² Ibidem, p. 30.

obrigatoriamente terão prioridade de tramitação sobre qualquer outra ação ou ato judicial, com exceção da ação de *habeas corpus*, sendo levados, na instância superior, à julgamento na primeira sessão seguinte à conclusão dos autos ao relator, devendo tal conclusão ocorrer em no máximo cinco dias.

Têm-se aqui nada mais do que a constante busca pela celeridade-efetividade do direito líquido e certo. André Ramos Tavares, tratando dessa ação e processos especiais com preferência de julgamento, adiciona que:

Acrescente-se, ainda, o art. 4º, que admite o uso das inovações tecnológicas, para fins de impetração, notificação da autoridade e, nos termos do art. 13, parágrafo único, para fins de comunicação da concessão da segurança, sempre que motivos de urgência justificarem a medida. A novel Lei, no particular, passou a franquear expressamente, para tais hipóteses, o uso do “fax ou outro meio eletrônico de autenticidade comprovada” (art. 4º, caput).⁶³

Entre as já referidas peculiaridades do Mandado de Segurança, tem-se o direito líquido e certo como sendo aquele que pode e deve ser demonstrado e provado no momento da propositura da ação, configurando a prova pré-constituída que garante boa parte da rapidez no processamento do feito. Explicando melhor esse conceito temos Hely Lopes Meirelles, Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes:

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. Quando a lei alude a *direito líquido e certo*, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para o seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, *direito líquido e certo é direito comprovado de plano*. Se depender de comprovação posterior, não é líquido, nem certo, para fins de segurança (...).⁶⁴

⁶³ TAVARES, André Ramos. *Manual do novo mandado de segurança: LEI 12.016/2009*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 38.

⁶⁴ MEIRELLES, Hely Lopes, WALD Arnaldo, MENDES, Gilmar Ferreira, Op. Cit., p. 34.

Verifica-se que a tutela jurídica dos direitos líquidos e certos se dá com a apresentação e comprovação inicial, pelo autor, de tais direitos previstos nas mais diversas legislações, de forma que não se tenha uma dilação probatória, mas tão somente o exercício do contraditório com o pedido de informações ao impetrado, o que, juntamente com a manifestação do Ministério Público, dará o subsídio para a sentença judicial.

Ressalte-se o alerta doutrinário, aqui representado por André Ramos Tavares, que se manifesta da seguinte forma:

(...) São os fatos e o caso concreto que devem ser apresentados de maneira líquida e certa, por parte do impetrante, porque dessa demonstração depende o magistrado para bem formular a norma. Ou seja, é dever imposto ao impetrante, e é esta uma das particularidades do mandado de segurança, o bem demonstrar o suporte fático, o caso concreto, que será elemento de operação de construção da norma de regência, da norma de decisão.(...)⁶⁵

Além do que fora exposto, a ação em estudo visa combater atos do poder público que tenham lesionado o direito do particular. Tal presença do poder público no instituto implica em outras normas diferenciadas, quais sejam, as prerrogativas da Fazenda Pública em juízo, sendo então necessário não só o pedido de informações à autoridade coatora (responsável pelo ato impugnado), mas também a ciência ao órgão de representação judicial da entidade envolvida, mostrando várias possibilidades de defesa, bem como o duplo grau de jurisdição obrigatório, dentre outras.

Também chamado de reexame necessário, referido duplo grau de jurisdição está previsto no art. 14 da lei do Mandado de Segurança, e conforme afirma Luiz Fux, “se a pessoa de direito público vencida não apelar, ou se seu recurso não for admissível, v.g., porque intempestivo ou não atender a qualquer formalidade, não fica prejudicada a remessa *ex officio*”.⁶⁶ Representa uma garantia a mais à Pessoa Jurídica de direito Público em razão dos interesses que defende.

⁶⁵ TAVARES, André Ramos. Op. Cit., p. 31.

⁶⁶ FUX, Luiz. *Mandado de Segurança*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 117

No entanto, como será demonstrado no capítulo seguinte, existe uma situação jurídica incompatível com a lógica do Mandado de Segurança, bem como com todos os princípios e normas constitucionais que o regem, onde se utiliza o procedimento especial em tela para legitimar arbitrariedades no ordenamento jurídico, qual seja, o regime de suspensão de liminar previsto no art. 15 da lei 12.016/2009, que deve ser expurgado do sistema, pois representa um óbice à toda a sistemática de tutela efetiva criada pelo Mandado de Segurança.

A ação do Mandado de Segurança é um direito fundamental que possui rito especial justamente para se ter uma tutela jurisdicional adequada e efetiva, mas que perde totalmente tal função quando contaminado por normas dessa ordem, que infringem os princípios-base, os próprios direitos fundamentais e demais normas da Constituição Federal. Em sendo uma busca pela efetivação dos direitos fundamentais, não pode a eles ser contrária, por total contradição sistemática.

4. O REGIME DE SUSPENSÃO DE LIMINAR NO MANDADO DE SEGURANÇA

4.1 SURGIMENTO

O pedido de suspensão de liminar no Mandado de Segurança teve, inicialmente, conforme anota Cássio Scarpinella Bueno, sua base legal tímida no art. 13 da lei 1.533/1951, ampliando-se depois no art. 4º da lei 4.348/1964, introduzida durante a Ditadura Militar brasileira, artigo esse onde foram acrescentados parágrafos pela Medida Provisória nº 2.180. Além dela, a lei 5.021/66 também tratou do instituto, passando-se hoje à sistemática do art. 15 da lei 12.016/2009.⁶⁷

Importante ressaltar que a história do instituto está relacionada com a constante ingerência do poder executivo em sua regulamentação, tendo como exemplo dessa interferência a Medida Provisória 1984, de autoria de Gilmar Ferreira Mendes, que à época fazia parte do citado poder. Percebe-se que essa atuação do executivo se fazia através de constantes e sucessivas Medidas Provisórias federais que, conforme anota Henrique Mouta, acabaram legislando sobre a suspensão de liminar, introduzindo modificações, estabelecendo prazos, a possibilidade de concomitância com recursos, a possibilidade de novos pedidos, e até mesmo o pedido coletivo de suspensão de liminar.⁶⁸

A título de exemplo dessa regulamentação feita por Medida Provisória (MP) tem-se as palavras de André Ramos Tavares:

A MP 2.180-35, reiterando este movimento, acrescentou ao art. 4º da Lei 4.348/1964 um §1.º, em que se admitia novo pedido de suspensão ao Presidente do Tribunal competente, se indeferido o pedido de suspensão, para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário, e alterou o art. 4.º, § 3.º, da Lei 8437/1992, o qual passou a deter a seguinte redação: "§ 3º Do despacho que conceder ou negar a suspensão, caberá agravo, no prazo de cinco dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte a sua interposição".⁶⁹

⁶⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova lei do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 93

⁶⁸ ARAUJO, José Henrique Mouta. Op. Cit., p. 145.

⁶⁹ TAVARES. André Ramos. Op. Cit., p.97.

O mesmo autor ressalta ainda, ao tratar de outra especificidade da suspensão de liminar, hoje prevista no parágrafo quarto da lei 12.016/2009, que “Não se trata, mais uma vez, de novidade normativa, porquanto coube à MP 2180-35/2001 inovar a ordem jurídica, trazendo esta previsão, ao acrescentar ao art. 4º da Lei 8.437 um novo parágrafo (§ 7.º).”⁷⁰

Tem-se então assente o fato de criações normativas terem sido introduzidas via poder executivo federal, o que é incompatível com a sistemática constitucional, conforme assevera Henrique Mouta:

Do ponto de vista constitucional, as seguidas interferências de medidas provisórias na sistemática do pedido de suspensão acabou gerando insustentabilidade e mesmo inconstitucionalidade do instituto, inclusive por força do *vício de iniciativa*, eis que durante muitos anos adveio de ingerência do Poder Executivo, além de não se pautar em situação emergencial como consagra o art. 62 da CF/88, o que já justificaria sua inconstitucionalidade formal.⁷¹

Mostra-se claro que não existia nem existe previsão constitucional que permita tal atuação do executivo, sendo patente o vício de inconstitucionalidade que acompanhava o instituto desde o seu nascimento, estando impregnado de tal inconstitucionalidade até hoje, já que legitimou-se algo que não cumpria seus requisitos formais.

Após a última edição da MP 2.180-32, em 2001, que como se percebe em sua numeração, fora reeditada 32 vezes, e em razão dos questionamentos que foram surgindo com tantas Medias Provisórias, veio a Emenda Constitucional nº 32 de 11 de setembro de 2001, que impediu reedições de MP na mesma seção legislativa. Porém, tal emenda manteve a eficácia das até então editadas, ou seja, manteve as alterações da MP 2.180-32 sem a necessidade de se transformar em lei, exceção essa consagrada na Emenda Constitucional 32, atendendo aos interesses políticos em jogo.

⁷⁰ Ibidem, p. 99.

⁷¹ ARAÚJO, José Henrique Mouta, Op. Cit., p. 146.

Dessa forma, tem-se que foram conservadas normas sobre o instituto da suspensão de liminar criadas pelo poder executivo (maior beneficiário da suspensão), já que a Emenda conservou como leis as Medidas Provisórias até então criadas, instaurando uma incongruência e inconstitucionalidade do regime de suspensão de liminar.

Apesar de recentemente ter sido modificada a legislação acerca do Mandado de Segurança, com a lei 12.016 de 2009, que revogou a lei 1533 de 1951, e unificou as questões acerca do Mandado de Segurança, percebe-se que foi mantido esse sistema de suspensão de liminar, demonstrando a forte influência e importância que o executivo teve na implementação do instituto, o que de maneira clara beneficia a pessoa jurídica de direito público pelas características que possui.

4.2 LEGITIMADOS, HIPÓTESES E REQUISITOS PARA SUSPENSÃO DA LIMINAR

Estabelece o art. 15 da atual Lei do Mandado de Segurança que:

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.

Da leitura do dispositivo percebe-se que apenas a pessoa jurídica de direito público e o Ministério Público são legitimados para ajuizar o pedido de suspensão de liminar. Desta feita, a norma é clara ao excluir desse rol a pessoa física e a pessoa jurídica de direito privado, ou seja, o particular, exceto quando ele atua na condição de delegado Público. É um instituto criado apenas para o Poder Público, sem possibilidade de utilização pelo particular quando defenda seu interesse específico, ferindo de pronto a isonomia.

Hely Lopes Meirelles trata da legitimidade do regime de suspensão da seguinte forma:

(...) O dispositivo deve ser interpretado de forma extensiva, no sentido de que não só a *entidade pública*, como também o *órgão* interessado têm legitimidade para pleitear a suspensão da liminar, e ainda as *pessoas e órgãos de Direito Privado* passíveis da segurança e que suportem os seus efeitos.(...).⁷²

Em sendo um legitimado, tem-se as hipóteses em que pode-se utilizar o instituto, qual sejam, para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública. É difícil, no entanto, delimitar o que seja grave lesão à ordem, por exemplo, bem como às demais previsões legais. Os conceitos em questão são vagos e indeterminados, o que prejudica a análise coerente das situações, formando assim, nas lições da doutrina, motivos políticos para a retirada de validade das decisões concedidas em sede de Mandado de Segurança.

Referindo-se às hipóteses da suspensão de liminar em Mandado de Segurança, Luiz Fux explana:

Além da suspensão da segurança por esses motivos políticos, os *errores in procedendo e in iudicando* mantiveram-se como objeto do agravo de instrumento contra o ato do juiz ao agravo regimental, também cabível em face da liminar mandamental do relator do *writ* sujeito à competência originária.

(...)

As razões da suspensão em regra são políticas, como v.g., o abalo à economia pública. Entretanto, nada obsta possa justificá-la o *error in procedendo*; como, por exemplo, a concessão de provimento de urgência nos casos proibidos por lei.⁷³

Discorrendo sobre as hipóteses em que é cabível o pedido de suspensão, Leonardo Carneiro da Cunha dispõe que:

O Superior Tribunal de Justiça entende que o juízo exercido no julgamento do pedido de suspensão ostenta feição política, daí resultando não ser cabível o recurso especial. Isso porque tal apelo

⁷² MEIRELLES, Hely Lopes, WALD Arnoldo, MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*, 32ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 95/96.

⁷³ FUX, Luiz. Op. Cit., p. 81/82.

extremo visa a combater argumentos que se digam respeito a exame de legalidade, e não a análise de juízo político.⁷⁴

Henrique Mouta ao tratar desses conceitos acrescenta que os mesmos são indetermináveis, são amplos, e por isso precisam de uma valoração em cada caso concreto para se chegar aos mesmos.⁷⁵ O problema está em como fazer isso, já que, por exemplo, quem sofre uma lesão, sempre a considera grave, o que impulsiona discussões acerca do tema que não culminam em consenso, acabando esses conceitos por serem delimitados nas análises individuais feitas pelo Presidente do Tribunal competente.

Questões de ordem pública, saúde, economia e segurança pública não são simples de serem delimitadas, existindo sempre um choque entre tais alegações e os direitos fundamentais daqueles aos quais fora deferida uma medida liminar, não podendo ser desconsiderados no âmbito da ponderação feita pelo Presidente do Tribunal.

Em sendo configuradas umas dessas hipóteses abstratas no caso concreto, o legitimado, enquadrando a base de seu pedido, apresenta-o ao Presidente do Tribunal competente, que analisará a questão apresentada e definirá se é ou não o caso de suspensão da liminar. Tal análise, como se percebe do próprio dispositivo legal, é feita singularmente pelo Presidente do Tribunal, que com base nas alegações e provas juntadas pelo requerente, formará seu juízo de valor.

Não há uma oportunidade para contraditório daquele que teve uma decisão favorável no Mandado de Segurança, e nem o pedido é analisado por um órgão colegiado, eis que o instituto em análise não se trata de um recurso, conforme anota Henrique Mouta⁷⁶, Leonardo Carneiro da Cunha⁷⁷, Cassio Scarpinella⁷⁸, e

⁷⁴ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*, 9ª. ed, São Paulo: Dialética, 2009, p. 575.

⁷⁵ ARAÚJO, José Henrique Mouta, Op. Cit., p. 153-154

⁷⁶ Ibidem, 152-153.

⁷⁷ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Op. Cit., p. 576.577.

⁷⁸ BUENO, Cassio Scarpinella, Op. Cit., p. 95.

outros doutrinadores, mas uma criação que busca por algum motivo impedir a produção dos efeitos da decisão que fora contrária à Fazenda Pública, ou seja, não buscam com esse pedido uma reforma da decisão (análise de mérito), e sim uma suspensão dos efeitos da mesma, que perdura até o trânsito em julgado da sentença.

Importante também aqui ressaltar as demais disposições constantes nos parágrafos do art. 15 da Lei nº 12.016/2009, onde se encontra que caso seja indeferido o pedido de suspensão ou retirada sua validade via agravo, possibilita-se à pessoa jurídica de direito público um novo pedido de suspensão ao presidente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça. Trata-se de uma nova oportunidade à Fazenda Pública, situação essa, que como o pedido de suspensão originário, não é estendida ao particular.

Os parágrafos segundo e terceiro do mesmo artigo também deixam claro que, concomitantemente ou até mesmo antes do pedido de suspensão é cabível o recurso de agravo de instrumento. Ou seja, um não exclui ou impede o outro, podendo inclusive serem apresentados ao mesmo tempo, sob o argumento de que, conforme Leonardo Carneiro, o objeto de agravo de instrumento é a reforma da decisão, com efeito substitutivo, e o do pedido de suspensão é a retirada de executoriedade da decisão, mantendo-a incólume em sua existência.⁷⁹

O parágrafo quarto do artigo 15 da lei do Mandado de Segurança permite ainda que, comprovada a plausibilidade do direito e a urgência na concessão da medida, pode o presidente o tribunal, na análise sumária, conferir ao pedido efeito suspensivo, impedindo de imediato a produção de efeitos da decisão impugnada, da mesma forma que ocorre com o efeito suspensivo dos recursos em geral.

Por fim, o parágrafo quinto do artigo sob análise afirma que as liminares que possuírem igualdade de objeto poderão ser suspensas de uma única vez através de uma decisão, que estenderá seus efeitos aos demais casos

⁷⁹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Op. Cit., p. 573.

idênticos, mesmo que a liminar seja posterior a essa decisão, através de simples aditamento do pedido original. Trata-se de um mecanismo simplificador dos benefícios concedidos à Fazenda Pública, de forma a estender o instituto da suspensão de liminar ao máximo de decisões possíveis.

A grande questão de tudo o que fora exposto é o fato de contrariar formal e materialmente as normas constitucionais, os princípios e direitos fundamentais, que são desconsiderados sob o argumento da supremacia do interesse público aplicado à administração pública, situações que são feitas em contradição com o Estado Democrático de Direito vigente.

4.3 A INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DE SUSEPENSÃO DE LIMINAR NO MANDADO DE SEGURANÇA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Mandado de Segurança, conforme já exposto no capítulo anterior, é uma ação utilizada com o intuito de que os direitos assegurados legalmente sejam mais rapidamente restituídos, quando lesados. Na realidade, tem-se todo o procedimento do Mandado de Segurança pautado na urgência dos casos que o envolvem, cuja celeridade e especificidade são formas de se garantir a efetividade do direito material em análise. A razão de ser do Mandado de Segurança é a urgência das situações que o abrangem, dos direitos fundamentais que ele visa assegurar.

Além da concessão da segurança, existem casos em que a urgência em se ter um provimento judicial é maior, quando, na forma do art. 7º, III da lei do Mandado de Segurança, “houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida”. Explicando a situação, tem-se as palavras de Cássio Scarpinella:

“Fundamento relevante” faz as vezes do que, no âmbito do “processo cautelar”, é descrito pela expressão latina *fumus boni iuris* e do que, no âmbito do “dever-poder geral de antecipação”, é descrito pela expressão “prova inequívoca da verossimilhança das alegações”.
(...)

A “ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida”, é expressão que deve ser entendida da mesma forma que a consagrada expressão latina *periculum in mora*, perigo na demora da prestação jurisdicional.⁸⁰

Presentes tais características que comprovam a urgência da situação, o juiz defere a liminar, exarando uma decisão de imediata manutenção do direito líquido e certo violado ou ameaçado de violação, com vistas a assegurar com a devida urgência o direito infringido.

A característica, em regra, das decisões em sede do Mandado de Segurança, sejam liminares ou finais, é a imediata produção de efeitos, justamente por causa da necessidade apresentada via *Mandamus*.

Entretanto, mesmo com tal finalidade, com o escopo do procedimento especial que envolve o Mandado de Segurança, que é um direito fundamental, o Poder Público pode retirar a validade das decisões liminares (e até da sentença) por um instituto que é o regime de suspensão de liminar. Ou seja, a urgência e importância do direito do particular demonstrado e caracterizado de plano cede lugar para a abstração de grave lesão à ordem pública, à saúde, à economia e à segurança pública, num descompasso e desrespeito dos princípios e direitos fundamentais. Nelson Nery assim dispõe:

Isto significa que, mesmo a Constituição garantindo, como direito fundamental, o de obtenção de mandado de segurança contra ato ilegal ou abusivo de autoridade, ofensivo a direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus* nem por *habeas data* (CF/ 1967 150 § 21; CF/1969 153 § 15; CF 5.º LXIX), e, também, mesmo o juiz reconhecendo que o impetrante tem direito, no caso concreto, a obter essa garantia constitucional, ainda assim o Estado pode pretender sobrepor-se a esse direito fundamental!⁸¹

A inconstitucionalidade do instituto sob análise assenta-se em vários pontos. Primeiro é preciso lembrar que a específica regulamentação legal (art. 4º da

⁸⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. Op. Cit., p. 40/41

⁸¹ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal (Processo civil, penal, e administrativo)*. 9ª ed., rev. ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.119.

lei 4348/1964) do mesmo adveio num momento de ditadura militar, onde o Poder Público utilizava-se das leis para inserir e legitimar arbitrariedades em seu favor, o que assim é considerado o pedido de suspensão. Como anota Nelson Nery Junior, “(...) Autoritária, a suspensão de segurança caracterizava-se como braço da ditadura para manutenção da força do Estado em detrimento dos direitos fundamentais dos cidadãos”.⁸²

No entanto, mesmo com o advento do Estado Democrático de Direito e da Constituição Federal de 1988, a legislação infraconstitucional manteve o instituto, não respeitando a evolução, e mantendo essa norma autoritária de possibilidade do pedido de suspensão da liminar, o que fere totalmente a atual ordem constitucional brasileira.

Ademais, como assevera Cassio Scarpinella Bueno:

Não é errado entender esse instituto como uma espécie de “pedido de efeito suspensivo”, que **se justificou à época de sua criação, por causa da inadmissão, pela jurisprudência e pela doutrina, do cabimento do agravo de instrumento contra decisão concessiva da liminar**. Até porque, mesmo que aceita a recorribilidade dessa decisão, aquele recurso era inapto para evitar eventuais danos ou transtornos para o réu do mandado de segurança. Justamente porque o agravo de instrumento não suspendia generalizadamente os efeitos da decisão recorrida, ao contrário do que hoje é expressamente admitido pelo art. 558, caput, do Código de Processo Civil, desde a lei 9139/1995.⁸³ **Grifos apostos.**

Percebe-se que quando criado o instituto, não havia a possibilidade de recorrer da decisão liminar, não havia outra forma de se evitar a execução da mesma, sendo então usado para tal fim. No entanto, com a atual sistemática brasileira do Mandado de Segurança, não faz mais sentido manter-se tal instrumento com tais razões, pois a lei 12.016/2009 expressamente prevê, em seu art. 7º, § 1º a recorribilidade via agravo de instrumento, o que deveria ter extinto o pedido de suspensão, que se mantêm de forma inconstitucional na ordem brasileira, pois contraria o Estado Democrático de Direito.

⁸² Ibidem, p. 118/119.

⁸³ BUENO, Cassio Scarpinella, Op. Cit., p. 95.

Quando o art. 15 da lei do Mandado de Segurança prevê a suspensão de liminar, coloca apenas o Poder Público e o Ministério Público como legitimados. Isso fere o princípio constitucional da isonomia, da paridade de armas, de forma que o impetrante não pode utilizar do mesmo mecanismo processual, o qual interfere diretamente no que é mais caro no Mandado de Segurança que é a produção imediata dos efeitos das decisões.⁸⁴

O princípio da isonomia, como afirmando no capítulo 1, prevê uma igualdade de tratamento entre as partes, bem como de acesso aos mesmos meios capazes de influenciar efetivamente na decisão do juízo e na direção de seu direito, o que não ocorre no instituto em questão, já que o particular não tem a oportunidade de pedir, por exemplo, a suspensão de uma decisão que lhe seja desfavorável em sede da ação de Mandado de Segurança, com base em conceitos abstratos, como o faz a Fazenda Pública.

Nelson Nery Junior mostra que:

A recorribilidade das interlocutórias no processo do mandado de segurança enseja ambas as partes, impetrante e poder público, a possibilidade de interpor agravo de instrumento, quer seja concessiva, quer seja denegatória a decisão. Nisso reside a aplicação do princípio constitucional da isonomia (CF 5.º caput e I). O instituto da suspensão da liminar ou da sentença, cabível, como é curial, apenas da decisão *positiva*, ou seja, que concede a segurança (liminar ou definitiva) contra o poder público, é medida que conflita com o espírito e a letra da Constituição, razão pela qual não pode ser prestigiado.⁸⁵

Celso Antônio Bandeira de Mello mostra que quando uma lei cria alguma discriminação é preciso analisar aquilo que é adotado como critério discriminatório, se há justificativa racional, se há fundamento lógico para atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Impende ainda verificar se a correlação ou fundamento racional abstratamente

⁸⁴ Ibidem, p. 93/94.

⁸⁵ NERY JUNIOR, Nelson, Op. Cit., p. 120.

existente é, *in concreto*, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional, se com ele guarda harmonia.⁸⁶

Como no regime de suspensão de liminar não ocorre nenhuma dessas circunstâncias, não estando presente uma justificativa racional para tal instituto, já que tudo que nele se alega pode ser feito via recurso, o que mostra a dissonância com os valores e normas constitucionais, com eles não guardando harmonia, tem-se que não existem justificativas para a discriminação imposta pelo legislador, ferindo a isonomia constitucional.

O princípio da igualdade deve estar presente desde a elaboração das leis, devendo as mesmas estar sempre em consonância com esse comando superior presente em nossa Constituição Federal, pois são as responsáveis pela regulamentação dos casos concretos, não podendo se afastar dessa norma, nem criar situações de desigualdade. No entanto, a lei do Mandado de Segurança, ao disciplinar o regime de suspensão de liminar, atuou em contrariedade ao mandamento constitucional na isonomia, sendo por isso materialmente inconstitucional.

Percebe-se então que o princípio da isonomia que aqui fora violado, tem como destinatário, além do aplicador do direito, o legislador, que no caso em questão, não respeitou os comandos constitucionais, devendo ser expurgado do sistema a suspensão de liminar.

Além do princípio da isonomia, tal previsão normativa fere o direito fundamental à igualdade, que também é constitucionalmente previsto. E não se trata o instituto em questão de uma forma de se tratar desigualmente os desiguais (particular e poder público), eis que as diferenças entre esses litigantes são materialmente igualadas em outras normas e mecanismos processuais, como, por exemplo, o duplo grau de jurisdição obrigatório ou reexame necessário (art. 475 do CPC), que apesar dos questionamentos, é vigente e permite tal materialização das diferenças. Além disso, a Fazenda Pública também possui prazos processuais

⁸⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, Op. Cit., p. 21/22.

diferenciados (art. 188 do CPC), situações que dão as garantias materiais necessárias a essa grande litigante, a fim de que possa efetivamente exercer a atuação e defesa judicial.

Possuindo os já citados privilégios, não é necessário a instituição de mais um, que é o regime de suspensão de liminar e de segurança, pois não está a Fazenda Pública deficiente de meios processuais para agir, existe tutela jurídica para qualquer atuação sua, inclusive pela via dos diversos recursos, não se justificando a criação dessa desigualdade.

Toda discriminação que busque uma igualdade substancial requer a associação com a proporcionalidade e com a razoabilidade, sendo respeitados tais preceitos a fim de que se crie uma discriminação legítima, o que não é o caso do pedido de suspensão. Não há necessidade em se manter a suspensão de liminar, eis que os recursos são capazes trazer as mesmas conseqüências almejadas no pedido de suspensão, não sendo o pedido de suspensão o meio menos gravoso a solucionar os questionamentos. Também não há adequação, já que a medida não levará ao fim que se busca, qual seja a igualdade substancial, e sim a uma desigualdade inconstitucional. Por fim não existe ponderação na criação da suspensão de liminar, de forma que não houve uma criação racional do direito com a devida comparação dos bens jurídicos em jogo, com ponderação de interesses, pois o interesse da Fazenda Pública fora sobreposto sem justificativas, o que leva à conclusão de ausência dessa análise.

Conforme demonstrado no Capítulo 1, quando da observância do princípio da proporcionalidade, o Poder Legislativo não pode exceder suas criações, devendo sempre observar se é necessário trazer aquelas restrições legais, se elas serão capazes de acabar com o problema social apresentado, e se representam o meio menos invasivo de solucionar os conflitos sociais, de forma a equilibrar a realidade sem exceder os limites constitucionais. Porém, a toda vista, percebe-se que o legislativo não fez essa análise quando da inclusão do art. 15 na lei do Mandado de Segurança, ferindo a proporcionalidade e a razoabilidade, excedendo os limites constitucionais, e contrariado assim a Constituição Federal.

Tal criação normativa fere a igualdade, postulado maior da democracia e do Estado Democrático de Direito, que não existe sem a presença dos direitos fundamentais, sendo igualmente violados todos esses preceitos quando se institui a o regime de suspensão previsto no art. 15 da lei 12.016/2009, pois não são dadas as mesmas oportunidades às partes litigantes, não levando a outra conclusão que não a da inconstitucionalidade do instituto.

Passando-se aos questionamentos dos motivos que ensejam a suspensão da liminar, temos os conceitos indetermináveis já expostos, situações de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Tais hipóteses são sempre usadas pelos defensores do instituto sob a justificativa do interesse público maior que o particular demonstrado na demanda. Por exemplo, quando um particular impetra um Mandado de Segurança e tem deferida uma liminar para que o Poder Público custeie um tratamento de saúde no exterior, a Fazenda Pública argumenta que essa verba que seria gasta com essa pessoa específica comprometeria outras diversas pessoas que dependem do sistema de saúde público, beneficiando um em detrimento da coletividade. No entanto, não é esse raciocínio que deve ser usado, pois, como já afirmado, o princípio da supremacia do interesse público não pode ser usado de forma a ferir dos direito fundamental, nesse caso, direito fundamental à saúde de quem depende de um tratamento no exterior.

Como anota Nelson Nery Junior, é imperioso lembrar que o Mandado de Segurança tem natureza jurídica de direito fundamental, cuja magnitude constitucional existe para que se oponha ao poder e arbítrio do Estado. Dessa forma, o falso argumento de que o interesse público deve prevalecer sobre o privado (obtenção de liminar ou de sentença de procedência em mandado de segurança) não deve ser considerado, já que os direitos fundamentais da Constituição Federal não são direitos privados, e sim direitos fundamentais que prevalecem sobre o interesse público do Estado.⁸⁷

Leonardo Carneiro, defensor do regime de suspensão de liminar, alega que a violação aos interesses públicos como a segurança, a ordem, a saúde e

⁸⁷ NERY JUNIOR, Nelson, Op. Cit., p. 124.

economia são analisados de acordo com os elementos concretos da causa.⁸⁸ No entanto, isso só reforça a indeterminabilidade das apreciações, a ausência de clareza e certeza sobre os conceitos e casos que neles se encaixam, o que acaba gerando uma insegurança jurídica, pois tudo acaba, de alguma forma, sendo encaixado nessas hipóteses, o que leva à conclusão de que sempre o Poder Público vai-se utilizar desses conceitos para buscar a suspensão das decisões, deixando o particular a mercê do entendimento dos presidentes de tribunais sobre o assunto, não havendo uma regulamentação clara do instituto, fator favorável aos beneficiários do regime de suspensão.

Tal obscuridade favorece as fraudes e lesões aos direitos fundamentais discutidos via Mandado de Segurança, de forma que não se tem uma normatização e um controle rígido do que pode ou não ser encaixado como grave lesão aos interesses públicos, quais as situações que ensejam o pedido e qual não ensejam, mantendo a insegurança jurídica dos tutelados.

Pelo fato de os conceitos bases para a suspensão serem vagos e dotados de abstração, prejudicam a prova no caso concreto, situação que mais uma vez permite a “politicagem” dentro desse sistema.

José Afonso da Silva demonstra que com a justificativa de garantir a ordem pública, na verdade, muitas vezes, o que se faz é desrespeitar direitos fundamentais da pessoa humana.⁸⁹ São conceitos e justificativas que foram e são usados ao longo da história para legitimar transgressões a direitos fundamentais, numa patente inconstitucionalidade.

Como já fora afirmado, na sistemática da suspensão de liminar, o pedido é dirigido ao presidente do tribunal, que em decisão fundamentada nas razões, argumentações, alegações e provas unicamente apresentadas pela Fazenda Pública, decidirá pela suspensão ou não da decisão objeto de questionamento.

⁸⁸ CUNHA, Leonardo Carneiro da, Op. Cit., p. 576.

⁸⁹ SILVA, José Afonso, op. Cit., p. 781.

Percebe-se de imediato a incongruência do sistema pelo o órgão competente para apreciar a medida, que é apenas o presidente do Tribunal. Não se forma nenhum órgão colegiado, não existe uma discussão em torno dos casos, apenas uma pessoa analisa e determina a suspensão da decisão que já fora dada por um juízo individual, o que demonstra o caráter político da medida.

Não existe razão prática ou jurídica que justifique ser o presidente do tribunal o competente para analisar o pedido, é algo contrário a toda a sistemática jurídica do Estado Democrático de Direito de revisão ou suspensão de efeitos de decisões, onde órgãos colegiados analisam as decisões dos juízos individuais, permitindo maior discussão sobre os casos e análise democrática se realmente a decisão deve ou não manter seus efeitos.

Sendo o pedido de suspensão analisado somente pelo presidente do tribunal, não há como negar o juízo político que por ele é feito, principalmente quando somado a isso, tem-se o fato de não haver qualquer contraditório. Ou seja, o Poder Público forma as razões da suspensão da decisão liminar, a pede, e o presidente do tribunal analisa o pedido sem ouvir ou dar oportunidade de manifestação da parte contrária (impetrante possuidor do direito fundamental assegurado na decisão questionada).

Só quem requer é a pessoa jurídica, e única e exclusivamente com seus argumentos é que o Presidente do Tribunal aprecia o pedido, não existindo o mínimo de contraditório e ampla defesa no instituto, o que fere radicalmente todo o espírito da nossa Constituição Republicana, do devido processo legal, e demais princípios de direitos fundamentais.⁹⁰

O devido processo legal, como já afirmado do capítulo 1, é indispensável no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, de forma que organiza os diversos princípios presentes, e deve ser observado no processo

⁹⁰ CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogerio; PALHARINI JÚNIOR, Sidney. *Comentários à nova lei do Mandado de Segurança, lei 12.016, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 132/133.

legislativo de criação das normas, no executivo, e no judiciário. Porém, o regime de suspensão de liminar fere todo esse mandamento constitucional, pois o poder legislativo não o respeitou e instituiu no âmbito do judiciário algo totalmente contrário ao devido processo legal.

Tem-se assim um desrespeito ao princípio do devido processo legal, que deveria ter sido observado pelo legislador e não foi, bem como ao direito fundamental a um devido processo legal, onde todos os cidadãos possuem o direito de participar de um processo no qual sejam asseguradas todas as suas garantias formais e materiais.

No regime de suspensão também não existe uma seqüência democrática no processamento, uma única pessoa (presidente do tribunal) analisa o pedido sem qualquer oportunidade de defesa e convencimento do julgador por parte do impetrante, este não realiza o contraditório de tudo o que está sendo alegado pela Fazenda Pública como motivo para a suspensão. Não existe oportunidade de o impetrante demonstrar que a decisão não fere o interesse público alegado, não pode ele combater os argumentos contrários que lhes são opostos, não pode impedir que mais uma vez seus direitos fundamentais sejam violados pelo Poder Público.⁹¹

Além do contraditório, tal instituto também impede a ampla defesa, não tendo se quer o mínimo de defesa, quanto mais a garantia constitucional da ampla defesa de seus direitos. Trata-se, de uma inconstitucionalidade gritante, um instituto que ignora os princípios do devido processo legal (em sentido formal e substancial), do contraditório e da ampla defesa, bem como o direito fundamental ao exercício do contraditório e da ampla defesa, algo inconcebível no Estado Democrático de Direito.

O princípio da igualdade e o direito fundamental ao tratamento isonômico mais uma vez é ferido nesse instituto, eis que as partes não são tratadas da mesma forma quando da análise de um pedido que pode trazer decisão contrária a uma delas. O instigante é que quando se impetra o Mandado de Segurança, ou

⁹¹ Ibidem, p. 133.

quando o impetrante recorre de qualquer decisão, a Fazenda Pública é ouvida antes do juízo decidir, podendo igualmente influir na decisão que se formará. No entanto, além de o particular não poder apresentar o pedido de suspensão de liminar (pois não é legitimado), não pode apresentar sua defesa do mesmo. Não existe respeito à garantia constitucional da isonomia, às partes não são dadas as mesmas oportunidades de defesa de seus direitos.

Nelson Nery Junior afirma que:

A inconstitucionalidade reside basicamente em três circunstâncias: a) ofensa ao princípio da isonomia (CF 5.º caput e I), porque só há previsão em favor do poder público, não havendo medida semelhante à disposição do administrado; b) ofensa ao princípio do contraditório (CF 5.º LV), porque não há garantia de que o impetrante ou administrado seja ouvido antes da apreciação do pedido pelo presidente do tribunal; c) ofensa ao princípio do direito de ação, porque nega a plena incidência da CF 5.º XXXV, que garante ao jurisdicionado a tutela jurisdicional adequada que, em caso de urgência, é a concessão da liminar, com inteira eficácia.⁹²

Como se não bastasse o particular ter que impetrar o Mandado de Segurança pelo fato de a administração pública estar ferindo seu direito líquido e certo, que deveria ser cumprido espontaneamente, quando este é reconhecido e garantido judicialmente, mais uma vez o Poder Público pode violar os direitos fundamentais do impetrante impedindo o exercício dos mesmos, com dupla agressão. Como pode um Estado Democrático de Direito permitir isso? Não existem motivos capazes de justificar tamanha agressão, tem-se simplesmente ignorado os direitos fundamentais quando situações desse molde ocorrem, o que comprova a inconstitucionalidade do instituto.

Trata-se de um ato que possui uma conotação jurisdicional, mas é muito mais político do que jurídico. É um regime extremamente autoritário, sem as garantias constitucionais, que não condiz com o Estado Democrático de Direito, sendo, portanto, inconstitucional.

⁹² NERY JUNIOR, Nelson, Op. Cit., p. 122.

Tem-se, na verdade, um instituto de cunho político, onde apenas o Poder Público requer diretamente ao Presidente do Tribunal a suspensão da decisão liminar, com base em conceitos indeterminados. Porém, se existem os recursos, que são institutos jurídicos e legítimos constitucionalmente para se questionar a mesma situação alegada via pedido de suspensão de liminar, são apenas os recurso que devem ser usados, não havendo razão jurídica para a existência do regime de suspensão, o que comprova seu caráter político.

Os recursos podem ser usados por ambas as partes na ação, e neles pode-se perfeitamente discutir lesões graves à ordem, à saúde, à economia e seguranças públicas, bem como inúmeras outras situações, englobando inclusive o pedido de efeito suspensivo do mesmo (suspensão da eficácia da decisão liminar ou de mérito). Sendo assim, não existe razão para a manutenção de um instituto político e inconstitucional se existe um instituto jurídico e constitucional (recursos) para serem usados nas mesmas situações. Na verdade, a única razão que se tem para manter o pedido de suspensão de liminar é que nele não se tem as contrarrazões, e só o presidente do tribunal analisa o pedido, o que aumenta as chances de sucesso da Fazenda Pública na demanda judicial. Porém, pelos motivos já citados, isso é inconstitucional, contrário ao Estado Democrático de Direito inaugurado pela Constituição Federal de 1988.

A nova lei do Mandado de Segurança inovou, inclusive permitindo que da decisão liminar caiba o recurso de agravo. No entanto, ao invés de utilizar-se de tal ferramenta, a pessoa jurídica de direito público prefere o regime de suspensão, justamente por ele ser mais político do que jurídico, além de excluir o contraditório, sendo mais fácil “derrubar” qualquer liminar ou até mesmo sentença contrária aos seus interesses.

Aliás, o regime em estudo não se aplica apenas às decisões liminares, mas também às sentenças, sendo o caso de Suspensão da Segurança, com base nos conceitos abstratos de lesão à ordem pública, saúde, economia e segurança. Aqui são aplicados os mesmos fundamentos já dados à suspensão da liminar, sendo igualmente inconstitucional pelas razões já expostas.

A realidade do pedido de suspensão configura uma verdadeira transgressão à ordem jurídico-constitucional brasileira, sendo que a lei ainda prevê, em seu art. 15, § 1º, a possibilidade de pedido de suspensão do pedido de suspensão, para a instância superior, algo duplamente inconstitucional, pois se percebe que se quer a qualquer custo beneficiar o poder público.

A lei também estabelece que a interposição de agravo de instrumento não prejudica o pedido de suspensão da liminar. Para os que defendem o instituto, os motivos e pedidos que ensejarão o agravo são distintos do pedido de suspensão, sendo que o agravo de instrumento é pautado no questionamento sobre a existência ou não de direito líquido e certo do impetrante, na concessão ou não da segurança. Já a suspensão se baseia nos conceitos abstratos de lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, lesão que a decisão de concessão da liminar a um único cidadão causaria à coletividade, buscando suspensão da eficácia da decisão.⁹³

Ou seja, a lei estipula que o poder público possui ao mesmo tempo duas possibilidades de “derrubar” a liminar ou a sentença, qual seja, interpondo o recurso previsto na ordem jurídica para aquela situação, bem como o pedido de suspensão de liminar ou da segurança, podendo ter duas chances de obter decisões favoráveis, uma pela via legitimamente jurisdicional, onde os juízes e órgão colegiados analisarão o recurso, com o exercício do contraditório e da ampla defesa das partes, e outra pela via política, onde uma única pessoa, o presidente do tribunal competente, irá analisar se a decisão causa alguma “lesão coletiva”.

Luiz Otávio Sequeira de Cerqueira acrescenta a existência de manifesta violação ao princípio da singularidade dos recursos com a suspensão de liminar, já que possibilita o manejo de “dois meios de impugnação contra um único provimento jurisdicional, o que resulta numa superposição cognitiva em relação à suspensão ou não da liminar concedida.”⁹⁴

⁹³ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 9º ed., rev. e atual. São Paulo: Dialética, 2011, p. 573/574.

⁹⁴ CERQUEIRA, Luiz Otávio Sequeira de, Op. Cit., p. 134.

Fechando ainda com “chave de ouro” as previsões do art. 15 da lei 12.016 de 2009, temos em seu § 5º a possibilidade de o presidente do tribunal suspender em uma única decisão as liminares cujo objeto seja idêntico, podendo ainda o presidente do tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original.

Tal situação faz nada mais que confirmar a leva de privilégios que estão sendo legitimados pelo sistema jurídico à pessoa jurídica de direito público, em claro desrespeito às normas constitucionais, intenção essa dos parlamentares que pretendem ter grandes apoios políticos beneficiando tais entes públicos. Isso mostra que em nenhum momento tem-se a imparcialidade necessária, tanto na elaboração da norma quanto em sua aplicação pelo presidente do tribunal competente.

Porém, mesmo com tais transgressões constitucionais, tal norma acaba sendo considerada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF), já que citado tribunal já julgou e julga diversos pedidos de suspensão de liminar, conforme se pode perceber nas seguintes decisões:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. OCORRÊNCIA DE GRAVE LESÃO À ORDEM PÚBLICA, CONSIDERADA EM TERMOS DE ORDEM JURÍDICO-CONSTITUCIONAL. TETO. SUBTETO. ART. 37, XI, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, REDAÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL 41/03. 1. As agravantes não lograram infirmar ou mesmo elidir os fundamentos adotados para o deferimento do pedido de suspensão. 2. No presente caso, a imediata execução da liminar impugnada impede, em princípio, a aplicação da regra inserta no art. 37, XI, da Constituição da República, que integra o conjunto normativo estabelecido pela Emenda Constitucional 41/2003. 3. Na suspensão de segurança não se aprecia o mérito do processo principal, mas tão-somente a ocorrência dos aspectos relacionados à potencialidade lesiva do ato decisório em face dos interesses públicos relevantes consagrados em lei, quais sejam, a ordem, a saúde, a segurança e a economia públicas. 4. Possibilidade de ocorrência do denominado "efeito multiplicador". 5. Precedentes do Plenário. 6. Agravo regimental improvido. (SS 2385 AgR / BA – BAHIA. AG.REG.NA SUSPENSÃO DE SEGURANÇA Relator(a): Min. ELLEN GRACIE. Julgamento: 10/03/2008. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação DJe-065 DIVULG 10-04-2008 PUBLIC 11-04-2008 EMENT VOL-02314-02 PP-00328).

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM SUSPENSÃO DE

SEGURANÇA. OCORRÊNCIA DE GRAVE LESÃO. APRECIÇÃO DA QUESTÃO DE MÉRITO. VERBA HONORÁRIA. EXTENSÃO POR RESOLUÇÃO DA MESA DA CÂMARA MUNICIPAL. EQUIPARAÇÃO DE VENCIMENTOS. INADMISSIBILIDADE. POSSIBILIDADE DE DANOS IRREPARÁVEIS AO ERÁRIO ESTADUAL. 1. Ocorrência de grave lesão. Necessidade de aferição dos bens jurídicos tutelados nos artigos 25, da Lei 8038/90 e 4o, da Lei 4368/64, sem prescindir da análise da questão de mérito deduzida no mandado de segurança. Precedentes. 2. Verba honorária. Equiparação. Impossibilidade. Extensão de parcela remuneratória a servidores com cargos para os quais é exigível o título de bacharel em Direito por medida liminar em mandado de segurança. Inobservância ao disposto no artigo 5o da Lei 4348/64, que impede a concessão de cautelar que determine a reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou a concessão de aumento ou extensão de vantagens. Possibilidade de danos irreparáveis ao erário estadual. Agravo regimental desprovido. (SS 2295 AgR / SP - SÃO PAULO. AG.REG.NA SUSPENSÃO DE SEGURANÇA Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA. Julgamento: 22/04/2004. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Publicação DJ 14-05-2004. PP-00032 EMENT VOL-02151-01 PP-00051).

EMENTA: Ação Cautelar. Questão de Ordem quanto à sua admissibilidade. 2. Efeito suspensivo a recurso extraordinário admitido na origem. Concorrência de vias: o pedido de suspensão de segurança não impede a formulação, pelo mesmo requerente, de pedido autônomo para a concessão de excepcional efeito suspensivo a recurso extraordinário articulado contra aquela mesma decisão, desde que observados os requisitos processuais próprios a cada uma das espécies. 3. Suspensão cautelar deferida. (Pet 2676 QO / MS - MATO GROSSO DO SUL. QUESTÃO DE ORDEM NA PETIÇÃO. Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES. Julgamento: 23/04/2003. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação DJ 08-09-2006 PP-00034. EMENT VOL-02246-01 PP-00120. LEXSTF v. 28, n. 334, 2006, p. 216-236).

EMENTA: SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. Decisão que determina a suspensão da liminar concedida. AGRAVO REGIMENTAL. LEGITIMIDADE para agravar, por quem não e parte na suspensão de segurança e nem no mandado de segurança. Terceiro prejudicado. Sindicato na qualidade de substituto processual. Possibilidade reconhecida por voto de desempate do Plenário. CARGOS PUBLICOS. Provimento por meio de ascensão funcional. Impossibilidade a partir da Constituição de 1988. Suspensão concedida para evitar grave lesão a ordem jurídica e a economia popular, considerando a jurisprudência já consolidada do Plenário da Corte. Agravo regimental improvido. (SS 564 AgR / MG - MINAS GERAIS. AG.REG.NA SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. Relator(a): Min. PAULO BROSSARD. Julgamento: 08/06/1994. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação. DJ 09-06-1995 PP-17235 EMENT VOL-01790-21 PP-04249).

Importante aqui citar um recente pedido de suspensão julgado pelo STF, que assim dispõe:

SS 4471 Extn-segunda / SP - SÃO PAULO
SEGUNDA EXTENSÃO NA SUSPENSÃO DE SEGURANÇA
Relator(a): Min. Presidente
Julgamento: 07/11/2011
Decisão Proferida pelo(a) Min. CEZAR PELUSO
Publicação
PROCESSO ELETRÔNICO
DJe-215 DIVULG 10/11/2011 PUBLIC 11/11/2011

Partes

PROC.(A/S)(ES) : MARIA APARECIDA DOS ANJOS CARVALHO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

Decisão: 1. Trata-se de pedido de extensão de suspensão de segurança, ajuizado pelo Município de São Paulo, com a finalidade de sustar a execução dos provimentos judiciais proferidos pelo Tribunal de Justiça bandeirante, nos autos dos Mandados de Segurança a seguir relacionados:

1. 0010970-79.2011;
2. 0462175.19.2010 (990.10.462175-5);
3. 0574069.97.2010 (990.10.574069-3);
4. 0024179.18.2011;
5. 0468310.47.2010 (990.10.468310-6);
6. 0417854.93.2010 (990.10.417854-1) e;
7. 0524674.39.2010 (990.10.524674-5).

Os julgados impugnados asseguraram aos ora interessados, prosseguirem no sequestro de verbas da Fazenda municipal, com vistas à satisfação dos créditos decorrentes de precatórios.

Os Pedidos de Sequestros de Rendas foram, no Tribunal de origem, autuados sob os números abaixo relacionados:

1. P.S 994.07.007035-3 (156.574.0/2);
2. P.S. 994.06.001220-0 (131.037.0/0);
3. P.S. P.S. 994.06.005896-2 (137.933.0/2);
4. P.S. 994.06.001777-8 (131.321.0/6);
5. P.S. 994.08.004770-1 (161.363.0/1);
6. P.S. 994.06.006430-8 (137.161.0/9) e;
7. P.S. 994.06.008981-7(137.026.0/3).

Alega o requerente, em síntese, grave lesão à ordem e à economia públicas e potencial efeito multiplicador. Sustenta, também, ameaça às finanças do Município, além de manifesta contrariedade ao texto constitucional.

2. É caso de suspensão.

De acordo com o regime legal de contracautela (Leis nºs 12.016/09, 8.437/92 e 9.494/97 e art. 297 do RISTF), compete a esta Presidência suspender execução de decisões concessivas de segurança, de liminar ou de tutela antecipada, proferidas em única ou última instância, pelos tribunais locais ou federais, para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

A cognição do pedido exige, contudo, demonstração da natureza constitucional da controvérsia (cf. Rcl nº 497-AgR, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, Plenário, DJ de 6.4.2001; SS nº 2.187-AgR, Rel. Min.

MAURÍCIO CORRÊA, DJ de 21.10.2003; e SS nº 2.465, Rel. Min. NELSON JOBIM , DJ de 20.10.2004).

Está preenchido o requisito, pois em jogo, aqui, suposta violação às normas instituídas pela EC nº 62/2009, e que teria sido afrontado pelo Tribunal de Justiça local. Não há dúvida, portanto, de que a matéria discutida na origem se reveste de índole constitucional.

Ademais, a questão relativa à constitucionalidade da EC nº 62/09 é objeto de quatro ações diretas de inconstitucionalidade nesta Corte, todas de relatoria do Min. AYRES BRITTO : ADI nº 4357, ADI nº 4372, ADI nº 4400 e ADI nº 4425, e cujo julgamento já foi iniciado na sessão plenária de 06.10.2011.

Nesses termos, julgo oportuno aguardar pronunciamento da Corte, para maior segurança jurídica de todos os interessados, sobretudo em tema que envolve a complexa questão dos precatórios, objeto de intensa controvérsia e algumas moratórias constitucionais.

Por fim, verifico, ainda, que esta Presidência tem sido provocada a decidir diversos incidentes idênticos, o que demonstra a ocorrência do chamado efeito multiplicador, que provoca lesão à economia e à ordem públicas.

Esta realidade encontra reforço no fato de que o Órgão Especial do Tribunal de Justiça declarou a inconstitucionalidade da EC nº 62/09, o que implicará, em tese, o deferimento dos pedidos de sequestro de todos os precatórios ainda não adimplidos.

3. Ante o exposto, defiro o pedido , para suspender a execução dos acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, nos autos autos dos Mandados de Seguranças a seguir relacionados:

1. 0010970-79.2011;
2. 0462175.19.2010 (990.10.462175-5);
3. 0574069.97.2010 (990.10.574069-3);
4. 0024179.18.2011;
5. 0468310.47.2010 (990.10.468310-6);
6. 0417854.93.2010 (990.10.417854-1) e;
7. 0524674.39.2010 (990.10.524674-5), até seu trânsito em julgado ou ulterior deliberação desta Corte.

Exp. com urgência telex e ofício ao Tribunal de Justiça paulista.

Publique-se.

Brasília, 7 de novembro de 2011.

Ministro Cezar Peluso

Presidente

Documento assinado digitalmente

O próprio STF, que é o órgão guardião da Constituição brasileira, responsável por efetivar e se fazer cumprir os preceitos constitucionais, é um tribunal extremamente político, visto que sua composição é feita por escolha política. Desta feita, nada mais tendencioso do que sua posição no sentido de considerar constitucional o regime de suspensão de liminar.

Se a composição de tal tribunal é feita de forma política, é lógico que a atuação do mesmo será no sentido de beneficiar interesses políticos, que é o que

ocorre com o regime ora analisado. Pode-se perceber pelas decisões citadas, que comumente e constantemente o STF realiza suspensão de liminares, fato que por si só comprova o acima afirmado. Além disso, a Súmula 626 do STF demonstra a posição do mesmo acerca do instituto, pois prevê que:

A suspensão de liminar em mandado de segurança, salvo determinação em contrário, da decisão que a deferir, vigorará até o trânsito em julgado da decisão definitiva de concessão da segurança ou, havendo recurso, até sua manutenção pelo Supremo Tribunal Federal, desde que o objeto da liminar deferida coincida, total ou parcialmente, com o da impetração.

Ademais, como já demonstrado, a criação desse instituto está relacionada com a Medida Provisória 1984, de autoria de Gilmar Ferreira Mendes, hoje membro do STF e presidente dessa Suprema Corte no ano de 2010. Tal fato chama atenção para a tendência do Tribunal em constitucionalizar um instituto totalmente contrário às normas básicas instituídas pela Constituição Federal, bem como a influência e parcialidade que referido tribunal possui em questões políticas.

Contudo, isso também demonstra a incongruência do sistema, já que quando o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal julgam esses casos de suspensão, eles estão agindo de encontro aos seus próprios ditames, normas e pronunciamentos, pois sempre defenderam que sua competência é aquela taxativamente estabelecida na Constituição Federal. E esta, base da proteção do Estado Democrático de Direito, em momento algum estipula como competência de tais tribunais o julgamento de pedido de suspensão de liminar ou da sentença em mandado de segurança.⁹⁵

Percebe-se assim que esse instituto só vem a contrariar a Constituição, sendo totalmente inconsistente e indevido no sistema Brasileiro e no Estado Democrático de Direito, sendo inconstitucional, mas contraditoriamente legítimo para aqueles que são os guardiões da constituição no Supremo Tribunal Federal.

⁹⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova lei do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 95.

CONCLUSÃO

Após o estudo dos princípios fundamentais dos e dos direitos fundamentais que envolvem o Estado Democrático de Direito brasileiro, percebe-se a inconstitucionalidade que paira sobre o regime de suspensão de liminar no Mandado de Segurança.

Referido remédio constitucional foi instituído para a efetivação dos direitos líquidos e certos, porém, tal efetivação é impedida pela suspensão de liminar, de forma a violar as diversas normas constitucionais citadas no desenvolvimento da pesquisa.

Dessa forma, a partir da análise dos quatro capítulos do trabalho, conclui-se que o regime de suspensão de liminar foi criado com grande influência do Poder Executivo e para atender interesses políticos. No entanto, mesmo com o passar do tempo e com a democratização da sociedade brasileira, com uma Constituição Federal dotada de normas fundamentais aplicadas à todos os setores, ainda assim fora mantido o instituto político da suspensão de liminar (e da segurança) no Mandado de Segurança.

Isso é um reflexo de como a influência política é capaz de se sobrepor até às normas jurídicas superiores, uma verdadeira contradição num Estado que se diz Democrático de Direito.

O maior exemplo disso (já citado no quarto capítulo) é o fato de a Corte Suprema (STF) do país, responsável pela manutenção e efetivação dos direitos e normas constitucionais, ser composta por escolha política. Tal mecanismo permite que institutos políticos, como a suspensão de liminar, sejam tidos pelo STF como compatíveis com a ordem jurídica. Um “jogo de influências” que cada dia mais fere os direitos fundamentais dos cidadãos.

Demonstrou-se, portanto, que não existem motivos e/ou argumentos jurídicos que justifiquem a manutenção do regime de suspensão de liminar no Mandado de Segurança brasileiro, pois suas bases ferem a ordem jurídica, o Estado

Democrático de Direito e os princípios e direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988, sendo portanto, inconstitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Direito, razão e discurso: estudos para a filosofia do direito*. trad. Luíz Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das Ações Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Mandado de Segurança*. 2ª Ed., Rev., Ampl. e Atual. Salvador: JusPodivm, 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 21ª Ed. Atualizada. São Paulo: Malheiros editores, 2007.

BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova lei do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARNEIRO, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*, 9ª Ed., Rev. e Atual. São Paulo: Dialética, 2011.

CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogerio; PALHARINI JÚNIOR, Sidney. *Comentários à nova lei do Mandado de Segurança, lei 12.016, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil, Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*, 10ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira, 2ª Ed, São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BARRETO JÚNIOR, Edvaldo Costa; CAVALCANTI, Marcos de Araújo; OLIVEIRA, Paulo Mendes de; PEREIRA, Rafael Vasconcelos de Araújo; BECKER, Rodrigo Frantz; RIBEIRO, Rodrigo Pereira Martins. *Direito processual civil*. São Paulo: Método, 2011

FUX, Luiz. *Mandado de Segurança*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 15ª. Ed. Rev. Atual. e Ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

MAUÉS, Antonio Moreira. Ensaio sobre a harmonização da jurisprudência constitucional.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*. 32ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MULLER, Friedrich. *Métodos de trabalho no direito constitucional*, 3ª Ed. São Paulo: Renovar, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: Processo civil, penal, e administrativo*. 9ª Ed. Rev., Ampl. e Atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PIERRE, Martins, *Dicionário Jurídico Brasileiro 2006: terminologia jurídica e forense, brocardos latinos*, Niterói: Impetus, 2006.

PIOVESAM, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 8ª Ed. Rev. Ampl. e Atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 10ª Ed. Rev. Ampl. e Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 31ª Ed. Rev. e Atual. até a EC. 56 de 2007. São Paulo: Malheiros, 2008.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *A constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TAVARES, André Ramos. *Manual do novo mandado de segurança: Lei 12.016 de 2009*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.