



UNIVERSIDADE
ESTADUAL de LONDRINA

JOSÉ MAURO LUIZÃO

**SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DE MEDIDAS JUDICIAIS
DEFERIDAS EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA A TUTELA DE
INTERESSES AMBIENTAIS**

JOSÉ MAURO LUIZÃO

**SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DE MEDIDAS JUDICIAIS
DEFERIDAS EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA A TUTELA DE
INTERESSES AMBIENTAIS**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em
Direito Negocial, da Universidade Estadual de
Londrina, como exigência parcial para a obtenção de
grau acadêmico de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti.

Londrina
2013

**Catálogo elaborado pela Divisão de Processos Técnicos da Biblioteca Central da
Universidade Estadual de Londrina.**

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

L953s Luizão, José Mauro.

Suspensão da execução de medidas judiciais deferidas em ação civil pública para a tutela de interesses ambientais / José Mauro Luizão. – Londrina, 2013. 283 f.

Orientador: Luiz Fernando Bellinetti.

Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial, 2013.

Inclui bibliografia.

1. Ação civil pública – Teses. 2. Meio ambiente – Tutela – Teses. 3. Processo civil – Teses. 4. Interesses coletivos – Tutela – Teses. I. Bellinetti, Luiz Fernando. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. III. Título.

CDU 343.022

JOSÉ MAURO LUIZÃO

**SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DE MEDIDAS JUDICIAIS DEFERIDAS
EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA A TUTELA DE INTERESSES
AMBIENTAIS**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em
Direito Negocial, da Universidade Estadual de
Londrina, como exigência parcial para a obtenção de
grau acadêmico de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti.

BANCA EXAMINADORA

Luiz Fernando Bellinetti
UEL – Londrina - PR

Vicente de Paula Marques Filho
UEL – Londrina - PR

Prof. Clèmerson Merlin Clève
UFPR – Curitiba - PR

Londrina, 20 de junho de 2013.

Aos meus pais, que me mostraram tudo que eu precisava entender, brevemente, mas para sempre.

AGRADECIMENTOS

À minha família, Cassia, João e Ana, pelo apoio, pela compreensão e pelo privilégio de fazer parte das suas vidas.

Ao orientador, Professor Luiz Fernando Bellinetti, pela enriquecedora e compreensiva orientação.

Aos professores do Mestrado em Direito Negocial e em especial ao Professor Vicente, pelo precioso auxílio.

À Professora Marlene, pela dedicação incansável ao Mestrado.

Ao Francisco, exemplo de profissionalismo e cordialidade.

Aos meus jovens colegas de mestrado.

Aos meus colegas de trabalho, Akira, Cintia, Marcelo e Luiz.

A história universal é talvez a história da
diferente entonação de algumas metáforas.

Jorge Luis Borges

LUIZÃO, José Mauro. **Suspensão da execução de medidas judiciais deferidas em ação civil pública para a tutela de interesses ambientais**. 2013. 283 f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina, Londrina. 2013.

RESUMO

Trata do instituto denominado Suspensão da Segurança, que permite suspender os efeitos de decisões judiciais que acarretem lesão a interesses públicos, e da inadequação da sua atual conformação para a retirada da eficácia de medidas deferidas em ação civil pública em matéria ambiental. Anota que prevalece o entendimento de que o Instituto tem o seu mérito restrito, em face de interpretação doutrinária e jurisprudencial, à análise da ameaça ao interesse do Poder Público, vedada a consideração acerca do interesse tutelado pela decisão cuja eficácia se pretende suspender. Ressalva que essa limitação, que configura, a um primeiro exame, violação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, somente é admitida em face da supremacia do interesse público sobre o particular. Pondera que esse fundamento de constitucionalidade, haurido do mandado de segurança, ação destinada à tutela de interesses individuais, deve ser revisto em relação ao ambiente tutelado em ação civil pública, que é igualmente interesse público. A partir de casos concretos, demonstra que a atual conformação do pedido de suspensão de segurança é causa da inefetividade da tutela jurisdicional em matéria ambiental, além de provocar distorções na atividade jurisdicional e no manejo da ação civil pública, ao mesmo tempo em que pode induzir o Poder Público a descuidar do seu dever de proteção ao meio ambiente. Conclui que, contrastando-se interesses igualmente públicos, é inadmissível a prevalência absoluta do interesse econômico, sem que se permita invocar a tutela jurisdicional para sopesá-lo com o interesse ambiental e estabelecer solução consentânea com os princípios da proporcionalidade, da racionalidade e da proibição de excesso. Propõe mudança da conformação do instituto, de modo a permitir-se a realização, no processo de suspensão, da ponderação entre o interesse ambiental tutelado pela ação civil pública e a ameaça de lesão à economia afirmada no Pedido de Suspensão. Ressalva que a análise do mérito pode ser efetuada sem dilação probatória. A modificação proposta é passível de implementação por interpretação jurisprudencial, embora recomendada a alteração legislativa, mas implica a retirada da vigência da regra da ultratividade da decisão suspensiva. Conclui que a solução proposta, além de amoldar o Instituto à Constituição, pode levar a uma maior efetividade da tutela ao meio ambiente, acrescida de aprimoramento no modo de se formular, fundamentar e deferir pedidos em ação civil pública.

Palavras-Chave: Suspensão de segurança. Ação civil pública. Ordem econômica. Meio ambiente. Ponderação.

LUIZÃO, José Mauro. **Suspension of the execution of legal proceedings deferred in public civil action to safeguard environmental interests**. 2013. 283 p. Thesis (Master's Degree in Negotiation Law) – Londrina State University, Londrina, 2013.

ABSTRACT

This paper is about the institute called Suspension of Writ of Mandamus, which enables the suspension of the effects of judicial decisions that may bring about damages to public interests, and the inadequacy of its current conformation for the withdrawal of the effectiveness of measures deferred in civil action on environmental issues. It stresses the prevailing understanding on the fact that the Institute has its merits restricted, in view of doctrinal and jurisprudential interpretation, due to threat it represents to the interest of the Government, barring the consideration about the interest protected by the decision whose effectiveness is intended to be suspended. It safeguards that such a restriction, which configures, at first glance, the violation of the principle of non-obviation of jurisdiction, is only allowed in view of the supremacy of public interests over private ones. It takes into account that such a constitution basis, exhausted from the writ of mandamus, action aimed at safeguarding individual interests, should be reviewed in relation to the environment protected in public civil action, which is also of public interest. It demonstrates, on the grounds of actual cases, that the current conformation of the request for the suspension of writ of mandamus is due to the ineffectiveness of judicial safeguard when it comes to environmental matters, besides distorting judicial activities and the management of civil actions, while it may simultaneously induce the Government to neglect their duty to protect the environment. It concludes that, in contrast to public interests, the absolute predominance of economic interests is inadmissible, without allowing the appeal to the judicial safeguard so as to balance it with environmental interests and establish a solution in accordance with the principles of proportionality, rationality and prohibition on abuse of power. It proposes changing the conformation of the institute so as to allow the achievement, regarding the suspension process, of the weighting between environmental interests safeguarded by civil actions and the damage threat to the economy stated in the Order of Suspension. It stresses that the analysis of the merit may be accomplished without probative delay. The proposed amendment is subject to the implementation by means of judicial interpretation, although the legislative amendment is recommended in such cases, though it implies the withdrawal of the validity of the ultra-activity rule of the suspensive decision. It concludes that the proposed solution, in addition to adjusting the Institute to the Constitution, can lead to greater effectiveness of the environment safeguard, besides improving the way that claims are formulated, substantiated and upheld in civil actions.

Keywords: Suspension of Writ of Mandamus. Public Civil Action. Economic Order. Environment. Balancing.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 SUSPENSÃO DA SEGURANÇA – ASPECTOS PRINCIPAIS	17
1.1 HISTÓRICO E EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DA SUSPENSÃO DE SEGURANÇA	17
1.1.1 Origem Remota e Direito Comparado	17
1.1.2 Suspensão de Segurança no Direito Brasileiro	19
1.1.3 Considerações Sobre o Histórico da Suspensão de Segurança	24
1.2 NATUREZA JURÍDICA DA SUSPENSÃO DE SEGURANÇA	30
1.2.1 Natureza de Incidente Processual ou de Ação Autônoma.....	31
1.2.2 Natureza de Ato Político-administrativo	36
1.2.3 Natureza Recursal	39
1.2.4 Natureza de Tutela de Urgência	44
1.2.4.1 A controvérsia doutrinária acerca da natureza cautelar ou antecipatória da suspensão de segurança.....	44
1.2.4.2 Distinção entre medidas cautelares, antecipatória e interinais.....	49
1.2.4.3 Natureza da tutela de urgência deferida no pedido de suspensão	52
1.3 PROCEDIMENTO DO PEDIDO DE SUSPENSÃO	53
1.3.1 Competência.....	54
1.3.2 Legitimação Ativa	55
1.3.3 Utilização Concomitante do Agravo e do Pedido de Suspensão	56
1.3.4 Instrução do Pedido de Suspensão	57
1.3.4.1 Prova da lesão ao interesse estatal	58
1.3.4.2 Presunção de legalidade do ato administrativo	59
1.3.5 Decisão do Pedido e Necessidade de Fundamentação.....	59
1.3.6 Recurso De Agravo Interno	60
1.3.7 Novo Pedido de Suspensão ao STJ e ao STF.....	61
1.3.8 Suspensão Coletiva de Liminares e de Decisões Supervenientes.....	63
1.3.9 Contraditório no Pedido de Suspensão e no Agravo.....	63
1.3.10 Intervenção do Ministério Público.....	66
1.3.11 Eficácia Temporal da Suspensão de Segurança	68

2	ASPECTOS CONTROVERTIDOS DO INSTITUTO DA SUSPENSÃO DE SEGURANÇA	69
2.1	FUNDAMENTOS DE LEGITIMIDADE DO PEDIDO DE SUSPENSÃO DE SEGURANÇA.....	69
2.1.1	A Gênese e a Evolução Atreladas ao Mandado de Segurança	73
2.1.2	Justificativa na Supremacia do Interesse Público	74
2.1.3	Justificativa na Irrecorribilidade das Decisões em Mandado de Segurança	76
2.1.4	Justificativa na Temporariedade da Suspensão	78
2.1.5	Justificativa na Precariedade da Decisão Suspensa	81
2.1.6	Constitucionalidade de Pontos Específicos da Suspensão de Segurança	87
2.1.7	Inconstitucionalidade Decorrente do Uso da Suspensão De Segurança.....	89
2.2	MÉRITO DO PEDIDO DE SUSPENSÃO DE SEGURANÇA.....	91
2.2.1	Requisitos Materiais.....	93
2.2.2	Gravidade da Lesão ao Interesse Público	94
2.2.3	O Conceito de <i>Flagrante Ilegitimidade</i> da Lei nº 8.437/1992.....	95
2.2.4	A Incontrastabilidade do Interesse Tutelado pela Decisão que se Pretende Suspende	96
2.3	ULTRATIVIDADE DA DECISÃO SUSPENSIVA	106
2.3.1	Aplicação da Ultratividade em Mandados de Segurança	112
2.3.2	A Ultratividade da Decisão Suspensiva e o Grau Crescente de Certeza das Decisões Judiciais.....	114
2.4	A UTILIZAÇÃO DA SUSPENSÃO DE SEGURANÇA NAS AÇÕES COLETIVAS.....	115
2.5	NECESSIDADE DE REVISÃO DA SUSPENSÃO DE SEGURANÇA EM RELAÇÃO ÀS AÇÕES COLETIVAS.....	118
3	A ORDEM ECONÔMICA E O INTERESSE AMBIENTAL NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA	120
3.1	A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO	120
3.1.1	Políticas econômicas e Ordenamento Jurídico	122
3.1.1.1	Política econômica liberal	123
3.1.1.2	Política econômica keynesiana.....	125
3.1.1.3	Política econômica social	125
3.1.1.4	Política econômica neoliberal.....	127
3.1.2	Crise do Estado Social e Onda Neoliberal	128
3.1.3	A Ordem Econômica nas Anteriores Constituições Brasileiras	130

3.1.4	A Conformação da Política Econômico-Social da Constituição de 1988	132
3.1.5	As Reformas na Constituição de 1988	133
3.1.6	O Modelo da Constituição de 1988 Após as Reformas	135
3.1.7	A Ordem Econômica na Constituição de 1988.....	138
3.1.7.1	Fundamentos da ordem econômica	140
3.1.7.2	Finalidade da ordem econômica.....	141
3.1.7.3	Princípios da ordem econômica.....	143
3.1.8	Intervenção do Estado no Domínio Econômico.....	145
3.1.8.1	Exploração da atividade econômica pelo Estado	147
3.1.8.2	Atuação normativa e reguladora do Estado.....	151
3.2	O INTERESSE AMBIENTAL.....	151
3.2.1	Conceito de Meio Ambiente	154
3.2.2	Histórico da Proteção do Interesse Ambiental.....	156
3.2.3	A Proteção ao Interesse Ambiental na Ordem Jurídica Brasileira.....	157
3.2.3.1	Previsão constitucional e legal da proteção ambiental	159
3.2.3.2	Princípios do direito ambiental.....	163
3.2.3.3	Meio ambiente como bem de uso comum do povo.....	166
3.2.3.4	O meio ambiente como direito das gerações futuras.....	166
3.2.3.5	A dignidade da pessoa humana como fundamento do meio ambiente sustentável	167
3.2.4	Atribuição Estatal de Preservação do Meio Ambiente	168
3.2.5	Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável.....	169
3.2.6	Tutela Judicial do Interesse Ambiental.....	173
3.2.6.1	Tutela judicial coletiva dos interesses transindividuais.....	173
3.2.6.2	A natureza dos interesses transindividuais	174
3.2.7	Estudos de Impacto Ambiental.....	179
3.2.7.1	Previsões legais de exigência de estudos de impacto ambiental	180
3.2.7.2	Conteúdo e requisitos dos estudos de impacto ambiental	182
3.2.7.3	Medidas para mitigar e compensar impactos ambientais	184
3.2.7.4	Audiência pública.....	187
3.2.7.5	A decisão do órgão público ambiental.....	187
3.2.7.6	Licenças ambientais.....	188

3.2.8	Deficiências de Estudos de Impactos Ambientais como Causa de Pedir de Ações Cíveis Públicas	189
3.2.9	Ação Cível Pública Em Matéria Ambiental	190
3.2.9.1	Do pedido	190
3.2.9.2	Instrução do pedido	193
3.2.9.3	Tutelas de urgência	193
3.2.9.4	Sentença em ação cível pública.....	196
3.3	IMBRICAÇÃO E CONFLITO DE INTERESSES ENTRE A ORDEM ECONÔMICA E A PRESERVAÇÃO AMBIENTAL.....	199
4	SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DE MEDIDAS JUDICIAIS DEFERIDAS NAS AÇÕES COLETIVAS – NECESSIDADE DE REVISÃO	202
4.1	IDENTIFICAÇÃO DO PROBLEMA E SEUS EFEITOS.....	203
4.1.1	Efeitos no Âmbito da Prestação Jurisdicional	204
4.1.1.1	Retirada da efetividade da prestação jurisdicional - O caso da Usina Hidrelétrica de Mauá	205
4.1.1.2	Reflexos da suspensão de segurança na ação cível pública	209
4.1.2	Efeitos no Âmbito da Atuação Administrativa	212
4.2	DESCONFORMIDADE DA SUSPENSÃO COM OS PRINCÍPIOS DA INAFASTABILIDADE E DA EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO	213
4.3	ALTERNATIVAS DE COMPATIBILIZAÇÃO DO INSTITUTO COM A CONSTITUIÇÃO	218
4.3.1	Superação Parcial da Inconstitucionalidade pela Eliminação da Ultratividade da Decisão Suspensiva	219
4.3.2	Superação Parcial da Inconstitucionalidade pela Decisão do Pedido de Suspensão Mediante Critérios Exclusivamente Jurídicos	221
4.3.3	Superação pela Revisão do Mérito do Pedido de Suspensão	223
4.3.4	Inclusão do Interesse Ambiental como Pressuposto da Suspensão de Segurança	224
4.4	POSSIBILIDADE DE SE CONTRASTAR O INTERESSE AMBIENTAL AO ECONÔMICO NO PEDIDO DE SUSPENSÃO DE SEGURANÇA.....	225
4.4.1	A ponderação e os Princípios no Direito Brasileiro	227
4.4.1.1	Os princípios no direito brasileiro	228

4.4.1.2	A ponderação no direito brasileiro.....	233
4.4.1.3	A legitimidade democrática do Judiciário e a ponderação	241
4.4.2	Ponderação na suspensão de segurança.....	244
4.5	PROPOSTA DE REVISÃO DO ÂMBITO DE APRECIÇÃO DO MÉRITO DA SUSPENSÃO DA EFICÁCIA DE MEDIDAS JUDICIAIS	249
4.5.1	Âmbito de Apreciação	249
4.5.2	Procedimento do Pedido de Suspensão no Modelo Proposto	252
4.5.3	Compatibilidade da Proposta com as Previsões Legais.....	253
4.5.4	Natureza Jurídica do Instituto na Conformação Proposta	254
4.5.5	Necessidade de Fundamentação da Ponderação Mediante Critérios Jurídicos	255
4.5.6	Necessidade de Supressão da Ultratividade da Decisão Suspensiva.....	256
4.5.7	Limites e Dificuldades da Proposta	257
4.5.8	Vantagens do Modelo Proposto	258
5	CONCLUSÕES	260
	REFERÊNCIAS	267
	APÊNDICES	274
	APÊNDICE A - O caso da Usina Hidrelétrica de Mauá.....	275
	APÊNDICE B - Proposta de Alteração Legislativa	282

INTRODUÇÃO

O instituto denominado suspensão da segurança tem por finalidade retirar a eficácia de decisões judiciais não transitadas em julgado e que representem ameaça de lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

Trata-se de instrumento processual que se sobrepõe aos meios recursais de que dispõe o Poder Público para obter a reforma ou a anulação das decisões que afetem os seus interesses. A sua justificativa é a necessidade de um mecanismo rápido e eficiente para suspender decisões que acarretem prejuízos aos interesses públicos, como a imposição de políticas públicas, a restrição ao exercício do poder de polícia e o impedimento ou a postergação de realização de obras ou serviços inseridos na política de desenvolvimento do Estado. É instrumento que caracteriza assimetria no tratamento das partes processuais, porque somente o Poder Público pode dele valer-se, restringindo-se ao particular a utilização das vias recursais comuns.

Prevalece nos tribunais o entendimento de que o mérito do pedido de suspensão se restringe à demonstração do interesse público ameaçado, ou seja, à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, vedada a apreciação sobre o interesse tutelado pela decisão que se pretende suspender. Em consequência, caracterizada a ameaça a algum desses interesses públicos, a execução da decisão judicial concedida contra o Poder Público poderá ser suspensa, ainda que tenha sido prolatada em perfeita consonância com as regras do direito, que seja reputada justa e que espelhe fielmente a realidade dos fatos.

A impossibilidade da apreciação, no âmbito do pedido de suspensão de segurança, das razões de fato e de direito que fundamentaram a decisão concedida contra o Poder Público, com vistas a verificar se, no caso concreto, deveria de fato ser ela suspensa, caracteriza, em um primeiro exame, violação ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. No que concerne à suspensão de medida concedida em ação civil pública, a situação é agravada pela previsão legal de que a decisão suspensiva vigora até o trânsito em julgado da ação principal.

O instituto é reputado em conformidade com a Constituição, no entanto, em razão do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.

Essa justificativa decorre da origem da suspensão de segurança, atrelada ao mandado de segurança, ação que se destina a tutelar interesses preponderantemente individuais.

Entretanto, no âmbito das ações coletivas, especialmente na ação civil pública, tutela-se interesses igualmente qualificados como públicos, como é o caso da preservação ambiental. Contrastam-se, portanto, interesses igualmente públicos, de sorte que não se há de admitir a prevalência absoluta de um deles, sem que se permita invocar a tutela jurisdicional com o escopo de sopesá-los e estabelecer a solução jurídica consentânea com os princípios da proporcionalidade e da racionalidade.

Por conseguinte, embora reputado constitucional e democrático, o instituto da suspensão da segurança merece ainda melhor reflexão acerca de alguns pontos não suficientemente apreciados, especialmente no que se refere ao seu uso nas ações coletivas. A legislação aplicável e a construção jurisprudencial não ofereceram ainda uma conformação cientificamente adequada, quando em contraste interesses igualmente públicos e relevantes.

O trabalho faz um recorte temático, tratando especialmente da suspensão, com fundamento na ameaça à ordem econômica, da execução de decisões judiciais concedidas contra o Poder Público no âmbito de ação civil pública destinada à tutela de interesses ambientais.

Identifica-se o problema na impossibilidade de se postular, no processo de suspensão, a possibilidade da prevalência do interesse ambiental tutelado pela decisão contrária ao Poder Público. O problema é agravado pela previsão legal de que a decisão que defere o pedido de suspensão vigora até o trânsito em julgado da ação civil pública.

Pretende-se demonstrar que é juridicamente adequado apreciar, no âmbito do processo de suspensão, a magnitude e a relevância da lesão ao interesse ambiental reconhecida na medida deferida contra o Poder Público, em contraste com a ameaça à ordem econômica. Não se trata de devolver ao Presidente do Tribunal a apreciação do mérito da decisão cuja eficácia é objeto do pedido de suspensão, mas de sopesar a lesão ao interesse ambiental que a decisão atacada reputou violado, cotejando-a com a lesão à economia demonstrada no pedido de suspensão, de modo a estabelecer, considerando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a solução que melhor garanta a prevalência do interesse público. A análise do mérito seria efetuada sem dilação probatória, mediante cotejo da ameaça à ordem econômica afirmada no pedido de suspensão, objeto de prova pré-constituída, com o dano ambiental reconhecido na decisão proferida contra o Poder Público.

A solução possibilitaria o imediato pronunciamento judicial acerca da contrastabilidade do interesse ambiental ao econômico, determinando a prevalência de um ou de outro ou a compatibilização de ambos. A celeridade e a eficácia do instituto da suspensão ficariam razoavelmente preservadas, porque não se admitiria dilação probatória.

Percebe-se que a proposta implica uma divisão dos riscos entre os interesses ambiental e econômico, diversamente do quadro atual que atribui total e incondicionada preponderância a este último.

Ao mesmo tempo, o quadro proposto atribui grande responsabilidade ao juiz de primeiro grau e, indiretamente, ao autor da ação civil pública, especialmente no que se refere ao pedido e ao deferimento de tutelas antecipadas.

Malgrado as dificuldades de implementação e a compreensível resistência do Poder Público, vislumbra-se a possibilidade da adequação do instituto da suspensão aos preceitos constitucionais, além de uma contribuição para efetividade da tutela dos interesses ambientais. Adicionalmente, pode-se cogitar de contribuição para o aperfeiçoamento dos estudos de impacto ambiental exigidos para empreendimentos potencialmente poluidores.

A metodologia adotada consistiu em pesquisa bibliográfica, com o objetivo de analisar a doutrina e a jurisprudência, o que permitiu identificar o problema da utilização da suspensão de segurança em ação civil pública em matéria ambiental. Foi empregada também pesquisa documental, consistente na análise de dispositivos legais, como a legislação que rege a suspensão de segurança, a regulamentação constitucional e infraconstitucional da ordem econômica e da preservação ambiental, além das normas processuais pertinentes.

O estudo assumiu contornos mais precisos ao se analisar o caso concreto emanado de diferentes decisões judiciais relativas à Usina Hidrelétrica de Mauá.

Buscou-se, a partir desta análise, demonstrar que a atual conformação do pedido de suspensão de segurança é causa da inefetividade da tutela jurisdicional em matéria ambiental, além de provocar distorções na atividade jurisdicional e no manejo da ação civil pública, ao mesmo tempo em que pode induzir o Poder Público a descuidar do seu dever de proteção ao meio ambiente.

Formulou-se, em seguida, a proposta de revisão do âmbito de apreciação do mérito do pedido de suspensão de tutela do meio ambiente deferida em ação civil pública.

O primeiro capítulo é dedicado a uma análise dos principais aspectos do instituto da suspensão de segurança, como sua regulamentação, sua natureza jurídica e seu procedimento, procedendo-se, no entanto, um recorte de alguns de seus pontos mais controvertidos e de especial importância para esse trabalho, os quais foram apreciados no capítulo subsequente.

O segundo capítulo analisa os aspectos relativos aos fundamentos de constitucionalidade da suspensão de segurança, o âmbito de apreciação do mérito do pedido, o limite temporal da vigência da decisão que suspende os efeitos da medida concedida contra o

Poder Público e é encerrado pelas considerações sobre o uso suspensão em ações coletivas destinadas a tutelas de interesses transindividuais.

O terceiro capítulo trata mais detalhadamente da ordem econômica e do interesse ambiental, em uma relação de imbricação, conflito e complementariedade que conforma o que se denomina *desenvolvimento sustentável*.

O capítulo final analisa a constitucionalidade da atual conformação do pedido de suspensão e trata da proposta de revisão do âmbito de apreciação do mérito do pedido, no que se refere a medidas concedidas contra o Poder Público, no âmbito de ação civil pública destinada a tutela de interesses transindividuais, especialmente o ambiental.

1 A SUSPENSÃO DA SEGURANÇA – ASPECTOS PRINCIPAIS

Embora a suspensão da segurança não ocupe mais do que um artigo em cada um dos três diplomas legais que a regulamentam, a sua exata compreensão demanda esforço compatível com a sua importância no quadro geral dos institutos processuais, especialmente no que se refere aos litígios contra o Poder Público. Dedicase assim esse capítulo inicial a fornecer uma visão geral do instituto, destacando inicialmente a sua origem remota, seus similares no direito comparado e o histórico de sua evolução no direito brasileiro. Em seguida, é analisada a sua controvertida natureza jurídica, finalizando o capítulo a análise dos principais aspectos de seu procedimento.

Procede-se, no entanto, um recorte metodológico em relação a alguns dos aspectos do instituto, mais especificamente seus fundamentos de validade, seu âmbito de apreciação do mérito, a regra da ultratividade e a sua aplicabilidade nas ações coletivas, para melhor análise no capítulo seguinte.

1.1 HISTÓRICO E EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DA SUSPENSÃO DE SEGURANÇA

A suspensão da segurança tem um histórico relativamente longo no quadro geral dos institutos processuais brasileiros, desde a sua introdução no ano de 1936. Atrelada historicamente ao mandado de segurança, sua introdução se justificou como instrumento para preservar a supremacia do interesse público sobre o particular. Desde então, a mais significativa alteração da conformação do instituto foi a extensão da sua aplicabilidade para todas as espécies de ações, inclusive as ações coletivas destinadas à tutela de interesses transindividuais.

1.1.1 Origem Remota e Direito Comparado

O instituto da suspensão da segurança tem sua origem remota atribuída ao mecanismo da *intercessio* do processo romano formulário, que consistia em um veto de magistrado de mesma hierarquia ou superior à execução de um ato prolatado por outro juiz. Permitia-se que a parte vencida obtivesse os mesmos efeitos dos modernos recursos, em um sistema em que, de regra, a sentença prolatada pelo juiz singular produzia coisa julgada. A

intercessio era assim, ao lado da *revocatio in duplum* e da *restitutio in integrum*, meio processual disponível para provocar o reexame das sentenças durante o período republicano¹.

Mecanismos semelhantes à suspensão da segurança são encontrados em ordenamentos jurídicos estrangeiros, especialmente naqueles que adotam institutos processuais similares ao mandado de segurança brasileiro, como o *juicio de amparo* originário do direito mexicano².

Assim, com a finalidade de proteger interesses públicos relevantes dos efeitos da execução de tutelas jurisdicionais concedidas contra o Poder Público, a legislação que regulamenta o *juicio de amparo* mexicano determina que a suspensão do ato administrativo impugnado não pode ser deferida se dela decorrer “prejuízo ao interesse social ou malferimento a disposições de ordem pública”³.

Na legislação argentina, a medida protetiva requerida por meio do *juicio de amparo* pode ser denegada caso a providência possa comprometer o serviço público ou as atividades essenciais do Estado. De igual forma, o *recurso de amparo* da Costa Rica é também condicionado pela possibilidade da suspensão da medida concedida contra o Poder Público, quando a execução da ordem judicial possa causar à Administração danos ou prejuízos superiores àqueles que seriam causados ao requerente do *amparo*. Suspensa a medida determinada em favor do autor, no entanto, devem ser adotadas cautelas para proteger seus direitos e liberdades e não se frustrar os efeitos de uma eventual decisão final do recurso a seu favor⁴.

No direito europeu, o Tribunal Constitucional Alemão somente concede medidas cautelares em recursos de amparo após ponderar os eventuais prejuízos decorrentes da medida. No Direito austríaco, a medida que suspende a execução do ato administrativo impugnado pode ser suspensa se dela puder decorrer prejuízo “à autoridade e ao interesse público”. Na Itália, o Código de Processo Civil determina que a execução provisória da sentença pode ser suspensa pelo Presidente do Tribunal competente para o julgamento do recurso, quando ocorrerem graves motivos e a medida for urgente⁵.

¹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão de segurança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010b. p. 64.

² As menções a seguir foram extraídas de referências dos autores citados, sem a análise das naturezas jurídicas dos respectivos institutos.

³ BEZERRA, Isabel Cecília de Oliveira. *Suspensão de tutelas jurisdicionais contra o poder público*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 69,73.

⁴ RODRIGUES, op. cit., p. 64.

⁵ BEZERRA, op. cit., p. 71-72; GUTIERREZ, Cristina. *Suspensão de liminar e de sentença na tutela do interesse público*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 95.

De forma semelhante, o *writ of mandamus* norte-americano não pode ser concedido contra as autoridades administrativas “quando suas consequências sejam manifestamente contrárias ao interesse público”⁶.

1.1.2 Suspensão de Segurança no Direito Brasileiro⁷

A introdução do instituto da suspensão de segurança no direito brasileiro ocorreu simultaneamente com a regulamentação da ação do mandado de segurança, positivado pela Lei nº 191, de 16 de Janeiro de 1936, após a constitucionalização do *writ* pela Constituição Federal de 1934.

O artigo 13 da Lei nº 191/1936 atribuiu aos presidentes da Corte Suprema e da Corte de Apelação a prerrogativa de suspender a eficácia de decisões da Justiça Federal ou da Justiça local, a requerimento do representante da pessoa jurídica de direito público, para evitar grave lesão à ordem, à saúde ou à segurança públicas. Previa ainda o sobredito artigo 13 que a suspensão perduraria até o julgamento do feito, em primeira ou segunda instâncias.

Bezerra aponta como precursora da suspensão de segurança a disposição do § 7º do art. 13 da Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894⁸. Referida lei, que dispunha sobre a organização e o processo da Justiça Federal, inseriu em seu art. 13 a denominada *ação sumária especial*, destinada a invalidar atos ou decisões de autoridades administrativas que causassem lesões a direitos individuais. O § 7º do art. 13 determinava que esses atos e decisões poderiam ser suspensos, desde que a ordem pública não restasse malferida.

Entretanto, embora a precitada Lei nº 221/1894 possa efetivamente ser considerada precursora do mandado de segurança, não previa ela um mecanismo assimilável ao instituto da suspensão de segurança. Conforme observa Barbi em seu histórico sobre o mandado de segurança, uma das razões do fracasso da *ação sumária especial* criada pela Lei nº 221/1894 foi precisamente o “defeito do sistema, que permitia a suspensão inicial do ato impugnado, mas não levava a uma rápida decisão da causa, o que acarretava ponderável desvantagem para a Administração”⁹. Como lembra o autor, longo foi ainda o caminho após a Lei nº 221/1894 até que se criasse efetivamente um mecanismo suficientemente rápido e

⁶ BEZERRA, op. cit., p. 71.

⁷ Histórico elaborado com apoio em: RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão de segurança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010; BEZERRA, Isabel Cecília de Oliveira. *Suspensão de tutelas jurisdicionais contra o poder público*. Belo Horizonte: Fórum, 2009; BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. Rio de Janeiro: Forense, 2008; BUENO, Cássio Scarpinella. *Mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 2007.

⁸ BEZERRA, op. cit., p. 27.

⁹ BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 30-32.

eficaz para a imediata proteção dos direitos do indivíduo contra o Estado, especialmente nos casos em que o direito violado não pudesse ser substituído pela reparação pecuniária. Daí a tentativa de utilização dos procedimentos possessórios e a ampliação do campo de incidência do *habeas corpus*.

Parece, portanto, que a origem do instituto da suspensão de segurança deve ser efetivamente atribuída ao artigo 13 da Lei nº 191/1936.

O pedido de suspensão de segurança não foi concebido como postulação à suspensão dos efeitos da decisão jurisdicional que defere liminar em mandado de segurança, como atualmente se verifica, “mas como pretensão à manutenção da execução do ato impugnado pelo mandado de segurança, o que, em termos práticos, resulta em semelhantes consequências”. Assim, desde os primórdios da introdução da suspensão da segurança no ordenamento jurídico brasileiro, os efeitos decorrentes da medida liminar ou da sentença mandamentais poderiam ser provisoriamente sustados até que o mandado de segurança fosse definitivamente julgado¹⁰. Assim, “a forma adotada pela lei era o Presidente do Tribunal manter a execução do ato impugnado até o julgamento do recurso, o que equivale a suprimir a exequibilidade da sentença até aquele julgamento”¹¹.

Desde a sua previsão original na Lei nº 191/1936, a suspensão da decisão prolatada no mandado de segurança não se vinculava, tal como até hoje se verifica, ao eventual recurso cabível contra a decisão cujos efeitos da execução se pretendia suspender. O projeto que deu origem à Lei nº 191/1936 previa a vinculação entre o pedido de suspensão e o recurso do Poder Público, mas o dispositivo foi suprimido na redação final elaborada pelo Deputado Levi Carneiro. O pedido de suspensão, desde sua introdução no ordenamento jurídico, portanto, não foi condicionado a qualquer outra providência adicional, não se cogitando de sua implementação com caráter acessório ao eventual recurso. Não surgiu assim a suspensão de segurança propriamente para atribuir efeito suspensivo ao recurso cabível contra a decisão mandamental desfavorável ao Poder Público, mas para sustar os efeitos decorrentes dessa tutela, quando caracterizada ameaça aos interesses públicos¹².

Retirado o status constitucional do mandado de segurança pela Constituição de 1937, o *writ* permaneceu na legislação infraconstitucional, passando a ser regulado, a partir de 1º de fevereiro de 1940, pelos artigos 319 e seguintes do Código de Processo Civil de 1939. A previsão da suspensão da segurança passou a constar do artigo 328 do CPC, com

¹⁰ BEZERRA, op. cit., p. 29.

¹¹ BARBI, op. cit., p. 261.

¹² BEZERRA, op. cit., p. 30-32.

redação semelhante à do artigo 13 da Lei nº 191/1936, suprimindo-se, no entanto, a previsão da duração do ato suspensivo *até o julgamento do feito* contida na lei revogada.

Entretanto, embora ausente a previsão sobre a vigência da decisão concessiva do pedido de suspensão, permaneceu o entendimento doutrinário de que a suspensão da execução da liminar concedida contra o Poder Público se estenderia "até o julgamento do feito, em primeira ou em segunda instâncias", nos moldes do que dispunha a legislação anterior¹³.

Restabelecido o assento constitucional do mandado de segurança pela Constituição de 1946, foi editada a Lei nº 1.533/1951, que regulamentou a ação e revogou os artigos do CPC de 1939 que dela tratavam. A previsão da suspensão de segurança foi mantida, sem, contudo especificar os requisitos ou a duração da medida e ainda a quem era atribuída a legitimidade para o seu ajuizamento (art. 13). Inovou-se, todavia, ao restringir-se a possibilidade da suspensão à execução de sentença, excluindo-se a sua incidência sobre as liminares. Digna de especial referência é ainda a inovação caracterizada pela previsão da faculdade de interposição de agravo da decisão concessiva da suspensão. Ausentes a previsão legal da possibilidade do agravo contra a decisão que denegava a suspensão requerida pelo Poder Público e a referência ao "requerimento de interessado".

Embora ausente a especificação dos pressupostos autorizadores da concessão da suspensão, a doutrina manifestou-se pela prevalência dos parâmetros da legislação revogada, repudiando o entendimento de que a omissão conferia liberdade discricionária aos presidentes dos tribunais¹⁴.

Por sua vez, a ausência de previsão do cabimento do pedido de suspensão contra as medidas liminares contrariou pacífico entendimento doutrinário e jurisprudencial da época¹⁵. Com amparo na identidade de fins dos provimentos jurisprudenciais e na menor importância da liminar em relação à sentença, reputou-se inútil o texto legislativo, se literalmente interpretado, e prevaleceu o entendimento da possibilidade da suspensão da execução também da liminar¹⁶.

Parcela da doutrina passou a entender que a ausência de referência ao "requerimento de interessado", tal como previsto na legislação revogada, autorizava a concessão da medida de ofício pelo Presidente do Tribunal¹⁷.

¹³ Ibidem, p. 33.

¹⁴ BARBI, op. cit., p. 261-262.

¹⁵ BEZERRA, op. cit., p. 35.

¹⁶ BARBI, op. cit., p. 173.

¹⁷ BEZERRA, op. cit., p. 36.

O mandado de segurança no direito brasileiro permaneceu regido pela Lei nº 1.533/1951 até a edição da Lei nº 12.016/2009. Sofreu, entretanto, diversas alterações, inclusive algumas que limitavam o pleno exercício do direito do impetrante. Assim, a Lei nº 2.770/1956 proibiu a concessão de medidas cautelares que implicassem a entrega de bens procedentes do exterior e subordinou a execução da sentença não transitada em julgado à prestação de caução. A Lei nº 4.348/1964 estabeleceu prazos para duração de medida liminar e casos de sua caducidade, proibiu a concessão de liminares e a execução de sentenças não transitadas em julgado em matérias relativas a servidores públicos e estabeleceu nova regulamentação das hipóteses de suspensão de execução de liminares ou de sentenças. A Lei nº 4.357/1964 proibiu a concessão de liminares em mandados de segurança requeridos contra a Fazenda Nacional em algumas matérias¹⁸.

A Lei nº 4.348/1964, editada logo após instaurado o regime de 1964, entre outras medidas com a finalidade de dificultar a concessão de liminares em mandado de segurança, alargou as hipóteses de deferimento do pedido de suspensão, passando a incluir como pressuposto a “grave lesão à economia pública”, interesse que passou a se somar à ordem, à saúde e à segurança públicas já previstos desde a Lei nº 191/1936¹⁹.

Aponta-se virtudes da nova legislação, especialmente a menção expressa dos pressupostos da concessão da medida, a indicação da legitimidade ativa e a vinculação da atuação dos presidentes dos tribunais ao requerimento da parte. A Lei manteve a previsão de recurso apenas contra a decisão concessiva do pedido de suspensão, mas inovou positivamente ao delimitar as condições de cabimento, tempestividade e efeitos. Louvável ainda a exigência de “despacho fundamentado” para o deferimento do pedido de suspensão. Critica-se, todavia, a ausência de previsão sobre a duração dos efeitos da tutela suspensiva, repetindo a omissão do art. 328 do CPC de 1939 e da Lei nº 1.533/1951²⁰.

A nova regulamentação do instituto pela Lei nº 4.348/1964 voltou a prever a possibilidade da suspensão também das liminares contra o Poder Público (art. 4º), possibilidade que, como antes se referiu, já havia sido albergada pela doutrina e pela jurisprudência, malgrado a ausência de previsão na Lei nº 1.533/1951.

A Constituição de 1967 previu nova modalidade de suspensão de tutelas jurisdicionais deferidas contra o Poder Público, atribuindo competência ao Supremo Tribunal

¹⁸ BARBI, op. cit., p. 35.

¹⁹ Barbi reputou inteiramente justificada a previsão de suspensão com fundamento na economia pública, “tendo em vista os abusos verificados em execuções de liminares e sentenças, com graves prejuízos para as finanças públicas” (BARBI, op. cit., p. 261-262).

²⁰ BEZERRA, op. cit., p. 38-39.

Federal, condicionada a petição do Procurador-Geral da República, para avocar, processar, julgar e suspender os efeitos das decisões judiciais prolatadas por quaisquer juízos ou Tribunais, “quando decorrer imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas”, hipótese em que o conhecimento integral da lide lhe seria devolvido (art. 119, I). Referida norma constitucional inaugurou a previsão do cabimento do pedido de suspensão de tutelas deferidas contra o Poder Público em ações judiciais diversas da ação de mandado de segurança. Promulgada Constituição de 1988, não subsistiu a modalidade de suspensão de segurança por avocação do Supremo Tribunal Federal²¹.

A possibilidade da utilização da suspensão da segurança para a retirada da eficácia de decisões em outras ações foi prevista na Lei nº 7.347/1985, que instituiu a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. No que se refere à suspensão de segurança, foi mantida, no essencial, a redação da Lei nº 4.348/1964.

A Lei 8.038/1990, em seu artigo 25, regulamentou a suspensão de segurança no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, atribuindo aos seus presidentes a prerrogativa de suspender a execução de liminar ou de decisão concessiva de mandado de segurança, quando proferida, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal.

O dispositivo legal mencionou expressamente a exigência de fundamentação do despacho e os pressupostos para o deferimento do pedido de suspensão, ou seja, “para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública”. Inovou ao atribuir a legitimidade ativa também ao Procurador-Geral da República, paralelamente às pessoas jurídicas de direito público interessadas. Foi ainda previsto o cabimento de agravo regimental do despacho que conceder a suspensão (§ 2º) e estipulado que a suspensão de segurança teria vigor enquanto “pendor o recurso, ficando sem efeito, se a decisão concessiva for mantida pelo Superior Tribunal de Justiça ou transitar em julgado” (§ 3º). Digna de especial nota, entretanto, foi a expressa menção à observância do princípio do contraditório, ao determinar que “o Presidente pode ouvir o impetrante, em cinco dias, e o Procurador-Geral, quando não for o requerente, em igual prazo” (§ 1º).

A Lei 8.437/1992, no seu art. 4º, novamente tratou da matéria, abarcando quaisquer ações de natureza cautelar ou preventiva movidas contra o Poder Público ou seus agentes, aplicando-se o dispositivo igualmente à sentença prolatada em ação popular e ação

²¹ Ibidem, p. 42.

civil pública, enquanto não transitada em julgado. Foi expressamente prevista a possibilidade da prévia oitiva do autor e do Ministério Público (§ 2º) e da interposição do agravo, no prazo de cinco dias, do despacho que conceder ou negar a suspensão (§ 3º).

A Lei nº 8.437/1992 inovou especialmente ao estabelecer que o despacho fundamentado de suspensão da segurança estaria condicionado ao "manifesto interesse público" ou à "flagrante ilegitimidade", ao lado da finalidade de "evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas". Essa previsão deu causa a controvérsia doutrinária, como adiante se mencionará.

Por sua vez, o art. 1º da Lei nº 9.494/1997, com a finalidade de eliminar qualquer dúvida acerca da aplicação da suspensão de segurança à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do CPC, assim expressamente o determinou, ao passo que a Lei nº 9.507/1997 introduziu a suspensão da segurança na regulamentação do *habeas data*.

Essas alterações procedidas na Lei 8.437/1992 foram sedimentadas a partir da edição da Medida Provisória nº 2.180-35/2001, equiparada a lei pelo art. 2º da Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, com destaque para a possibilidade do denominado pedido *per saltum*, que consiste na prerrogativa de formular um novo pedido de suspensão diretamente ao presidente do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal, independentemente da interposição de Recurso Especial ou Extraordinário (§ 4º). Foi ainda acrescentado o § 9º, que previu a ultratividade da decisão suspensiva da liminar, determinando que permanecerá suspensa a execução da medida deferida contra o Poder Público até o trânsito em julgado da decisão de mérito da ação principal.

Por fim, a nova lei do mandado de segurança (Lei nº 12.016/2009) também previu o instituto da suspensão da segurança em seu art. 15, nos mesmos moldes da Lei nº 8.437/1992, com a redação da MP nº 2.180-35/2001, exceto pela ausência de previsão da ultratividade da decisão que concede a suspensão.

1.1.3 Considerações sobre o Histórico da Suspensão de Segurança

A introdução do instituto da suspensão de segurança e a posterior ampliação da sua abrangência têm sido creditadas ao pendor autoritário dos governos vigentes²², ao

²² Vide, entre outros, Justen Filho (apud VENTURI, Elton. *Suspensão de liminares e sentença contrárias ao poder público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 30) sustentando a não recepção da Lei nº 4.348/1964, "porque editada nos albores do período militar, visando a impor o controle político-governamental sobre os processos judiciais e reduzir a autonomia do Judiciário".

passo que a maior ou menor utilização do instituto na prática forense é por vezes atribuída ao predomínio de ideologias econômicas e políticas²³.

Parece, entretanto, que ambas as conclusões não se sustentam.

Com efeito, o instituto da suspensão de segurança foi introduzido no País no ano de 1936, período reputado de normalidade democrática e que imediatamente antecedeu ao regime autoritário instaurado por Getúlio Vargas em 1937. Foi mantido na edição do CPC de 1939, na plenitude do período de exceção, mas também após a redemocratização pela Constituição de 1946, por meio da Lei nº 1.533/1951. Embora a Lei nº 4.348/1964, editada nos primórdios do regime militar autoritário, tenha ampliado suas hipóteses de utilização, os novos limites do instituto foram mantidos e ainda mais ampliados após a redemocratização, durante o governo da “Nova República”, por meio da Lei de Ação Civil Pública, de 1985. Durante o governo de difícil qualificação de Fernando Collor, o instituto foi novamente ampliado por meio da Lei 8.437/1992, enquanto a sua regulamentação nos Tribunais Superiores foi procedida por meio da Lei nº 8.038, de 1990. Mas foi especialmente durante os governos democráticos de Fernando Henrique (1995-2002) e Lula (2003-2010), por meio das alterações consolidadas na MP nº 2.180-35/2001 e na Lei nº 12.016/2009, respectivamente, que o instituto alcançou a plenitude da sua abrangência. Referidos governos democráticos, ademais de não revogarem as normas autorizativas da suspensão de segurança que herdaram de seus predecessores, cada um a seu modo ampliou as possibilidades da sua utilização.

No que se refere aos motivos que ensejaram a maior ou menor utilização do instituto, Rodrigues entende que desde a sua criação em 1936 até 1985, ano da edição da Lei de Ação Civil Pública, a utilização da suspensão de segurança foi excepcional, em razão da ideologia liberal que predominou no período, de sorte que a orientação não intervencionista teria dado causa à sua escassa utilização. Os governos de orientação liberal teriam então evitado a utilização de um instituto concebido justamente para retirar a eficácia do mandado de segurança, instrumento de defesa do indivíduo contra o Estado²⁴.

Entretanto, o interregno citado pelo autor foi marcado por governos intervencionistas, como os governos Vargas (1937-1945 e 1950-1954) e Goulart (1961-1964), além do período militar em geral e do governo Geisel (1974-1979) em particular. O próprio governo de Juscelino Kubitschek (1956-1960) amparou a sua estratégia desenvolvimentista na intervenção do Estado na economia. Pode-se mesmo afirmar que o período citado pelo autor foi marcado por governos com pouca afinidade com o liberalismo econômico.

²³ RODRIGUES, op. cit., p. 70.

²⁴ Ibidem, p. 70.

Por conseguinte, se durante o período de 1936 a 1985 o instituto da suspensão de segurança foi pouco utilizado, essa circunstância não se deve à orientação supostamente liberal dos governos de então.

Parece haver explicações mais consentâneas com a realidade histórica. A primeira explicação pode residir na escolha da estratégia para garantir os interesses do Estado tutelados pela suspensão da segurança, ou seja, a saúde, ordem, a segurança e, especialmente, a economia pública. Aparentemente, até a edição da Lei de Ação Civil Pública, em 1985, as intervenções visando à garantia do interesse público em detrimento do exercício dos interesses privados não foram preferencialmente procedidas por meio do uso da suspensão de segurança, mas mediante restrições à concessão de liminares em mandado de segurança.

Conforme lembra Barbi, sérias restrições à concessão de liminares em mandado de segurança foram estabelecidas pela Lei nº 2.770/1956, que proibiu a concessão dessas medidas em quaisquer ações que visassem à liberação de mercadorias e bens de qualquer espécie procedentes do exterior. A restrição teve por inspiração a profusão de ações ajuizadas durante o período de 1946 a 1955 visando à importação de bens, especialmente automóveis, sem a observância de exigências fiscais e cambiais. “Obtida a liminar e retirados da Alfândega os carros, os impetrantes desinteressavam-se do andamento do feito, retardavam-no deliberadamente, ou mesmo promoviam seu extravio, em conluio com funcionários menos escrupulosos”, de sorte que se tornava impossível restituir as coisas ao estado anterior se ao final fosse denegada a segurança. Relata ainda o autor casos em que eram concedidas liminares para percepção de vantagens para servidores públicos em mandados de segurança com até milhares de autores em litisconsórcio e que, em caso de sentença denegatória, tornava-se difícil ao Tesouro reaver aquelas importâncias. Para o autor, foram situações como essas que motivaram a edição da Lei nº 4.348, de 26 de julho de 1964, que veda a concessão da medida liminar nos mandados de segurança impetrados para reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou que visem à concessão de aumento ou extensão de vantagens, proibição ampliada pelo art. 1º, § 4º, da Lei nº 5.021/1966²⁵.

Parece assim evidente que o governo do Presidente Juscelino Kubitschek, qualificado como democrático, mas de orientação econômica intervencionista, embora não tenha se valido da utilização significativa da suspensão de segurança, promoveu a edição de ato legislativo que restringiu seriamente a abrangência do mandado de segurança. Exatamente da mesma forma procedeu o governo intervencionista e autoritário de Castelo Branco (1964-

²⁵ BARBI, op. cit., p. 162-163.

1967), ao editar a Lei nº 4.348/1964. Embora essa lei tenha alargado as hipóteses de utilização da suspensão da segurança, que passou a aplicar-se também à tutela da ordem exônômica, notabilizou-se ela especialmente pelos dispositivos destinados a dificultar a concessão de liminares em mandado de segurança.

Possível assim concluir que os governos desse período apenas preferiram salvaguardar seus interesses mediante restrições ao uso do mandado de segurança em determinadas matérias, não reputando conveniente ou necessário valer-se da suspensão.

Há ao menos uma possível explicação para essa preferência. Antes da Constituição de 1988, o controle de constitucionalidade no Brasil, embora formalmente previsto nas vias incidental e concentrada, era efetivamente realizado em uma dimensão bastante reduzida²⁶. Por conseguinte, as restrições à concessão de liminares ou sentenças em mandados de segurança não eram vulneráveis a arguições de inconstitucionalidade. Ao reverso, a suspensão de segurança dependia de provimento, caso a caso, pelo Presidente do Tribunal. Parece assim razoável supor que se apresentava aos governos de então mais perfectível aprovar uma lei geral que submeter-se a disputas judiciais pelos tribunais do País.

Como lembra Rodrigues, houve uma exacerbação do uso da suspensão de segurança após a edição da Lei de Ação Civil Pública em 1985. Entretanto, esse incremento não deve ser creditado às características intervencionistas do governo do presidente Sarney (1985-1990), mas a uma consequência direta e imediata da utilização da própria ação civil pública. Foi o manejo desse extraordinário e inédito meio de tutela dos interesses transindividuais que deu ensejo à reação do Poder Público pela via do pedido de suspensão de segurança. À semelhança do que antes ocorria com os mandados de segurança coletivos e com os litisconsórcios ativos multitudinários, as ações coletivas prestavam-se à tutela de interesses de grande número de pessoas simultaneamente, com potencial de afetar significativamente o interesse estatal. Ademais, a ação civil pública tem uma grande abrangência, podendo ser manejada para a tutela de interesses bastante variados, os quais frequentemente colidem com interesses do Poder Público.

Parece assim razoável atribuir parte significativa do incremento do uso da suspensão de segurança, a partir da metade dos anos 1980, a uma reação do Poder Público à utilização das ações coletivas, especialmente da ação civil pública.

²⁶ Embora o controle concentrado mediante ação direta de inconstitucionalidade tenha sido introduzido na CF de 1946 pela Emenda Constitucional 16/1965, até a promulgação Constituição de 1988, a legitimidade era atribuída exclusivamente ao Procurador-Geral da República, que até então acumulava as suas funções institucionais com a de representação do Poder Executivo. No que se refere ao controle incidental, embora previsto desde a Constituição de 1891 a sua aplicação pelos juízes e tribunais era pouco expressiva.

A metade da década de 1980 é também o período aproximado em que a utilização da ação de mandado de segurança aumentou significativamente, porque, em um ambiente finalmente democrático, foi possível o florescimento da defesa dos interesses individuais em face do Estado.

Ademais, esse período marca também a significativa ampliação do âmbito de aplicação do mandado de segurança, procedida pela via da interpretação doutrinária e jurisprudencial.

O mandado de segurança destina-se a corrigir o abuso de poder ou a ilegalidade do ato praticado por autoridade pública, ou agente pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público, que viola direito líquido e certo de uma pessoa física ou jurídica²⁷. É assim remédio constitucional, com provimento de tutela diferenciada, destinado a corrigir ilegalidade ou abuso de poder de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público²⁸.

O objeto do mandado de segurança, desde a sua concepção original prevista na Lei nº 191/1936, sempre foi o *ato de autoridade*, definido por Meirelles como toda manifestação ou omissão do Poder Público ou de seus delegados, no desempenho de suas funções ou a pretexto de exercê-las²⁹.

A impetração do mandado de segurança tinha por objeto somente *atos concretos* de autoridades públicas, ou agentes de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público, que caracterizassem ilegalidade ou abuso de poder. Trata-se de condutas que caracterizam atuações em desacordo com as estipulações normativas. De consequência, não se visa a atacar a *norma* que deu supedâneo à atuação da autoridade, mas a *conduta* realizada ao arrepio da prescrição normativa. Essa é a razão pela qual o mandado de segurança, embora tenha como sujeito passivo a pessoa de direito público, é impetrado diretamente contra a pessoa da autoridade pública, a quem incumbe prestar as informações e justificar sua conduta.

Assim, sempre foi assente que não se admite mandado de segurança contra *atos meramente normativos*, a denominada *lei em tese*, porque as leis e os decretos revestidos de generalidade e abstração são insuscetíveis de lesar direitos, exceto se proibitivos³⁰. O seu objeto, portanto, é o *ato administrativo*, norma concreta, emanada pelo Estado ou por quem

²⁷ FACHIN, Zulmar. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Método, 2008. p. 305.

²⁸ BELLINETTI, Luiz Fernando. *Mandado de segurança coletivo: perspectiva conceitual e pressupostos de admissibilidade no direito positivo brasileiro*. 1997. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. p. 110-111.

²⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 32.

³⁰ *Ibidem*, p. 38.

esteja no exercício da função administrativa, que tem por finalidade criar, modificar, extinguir ou declarar relações entre o Estado e o administrado³¹. Por essas razões, o mandado de segurança também se destina à proteção do direito em si mesmo considerado e não à de seu sucedâneo patrimonial, não se prestando, portanto, às pretensões de indenização³².

Admitia-se, por exceção, a impetração do mandado de segurança para atacar as *leis e decretos de efeitos concretos*, assim entendidos “aqueles que trazem em si mesmos o resultado específico pretendido”, como as leis que aprovam planos de urbanização, criam municípios ou desmembram distritos, concedem isenções fiscais e regulam atividades ou condutas individuais, bem como os decretos que desapropriam bens, fixam tarifas ou que fazem nomeações. Esses atos não são propriamente normativos, “são *atos de efeitos concretos*, revestindo a forma imprópria de lei ou decreto por exigências administrativas”. São atacáveis pelo mandado de segurança, porque “atuam concreta e imediatamente como qualquer ato administrativo de efeitos individuais e específicos”³³.

Entretanto, a interpretação jurisprudencial, especialmente a partir da década de 1980, passou a entender que também se qualificavam como *leis de efeitos concretos* as normas gerais impositivas de obrigações aos administrados e cuja aplicação por parte do agente público se revelasse incontestável, pena de responsabilidade funcional, como é o caso das leis tributárias que impõem à autoridade fiscal a atuação vinculada de lançar e cobrar tributos. Admitiu-se assim a utilização do mandado de segurança em hipóteses em que a conduta da autoridade encontra-se de acordo com a lei genérica aprovada pelo Legislativo, consistindo fundamento da impetração, na maioria das vezes, a desconformidade da lei perante a Constituição, hipótese em que a concessão da segurança é precedida da declaração incidental da inconstitucionalidade do ato normativo.

Percebe-se, portanto, que o mandado de segurança passou a ser um eficiente e poderoso instrumento de defesa dos interesses individuais em face do Estado, capaz de rapidamente conceder ao particular a medida que pode afetar significativamente os interesses do Poder Público, particularmente os de natureza econômica, mas também aqueles que afetam seu exercício do poder de polícia.

Razoável, portanto, que a disseminação do uso do mandado de segurança fosse imediatamente acompanhada do incremento do manejo da suspensão da segurança pelo Poder Público.

³¹ FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Mandado de segurança*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 84.

³² BUENO, Cássio Scarpinella. *Mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 8-9.

³³ MEIRELLES, op. cit., p. 39.

Noutro aspecto, após a vigência da Constituição de 1988, o controle de constitucionalidade no Brasil passou a ter plena eficácia, com a restauração da normalidade democrática e em razão de uma nova postura adotada pela magistratura nacional. Em consequência, dispositivos estabelecendo restrições à concessão de liminares e sentenças contra o Poder Público Federal submetiam-se a elevado risco de declaração incidental de inconstitucionalidade por juízes federais.

Ainda paralelamente, após a edição da Constituição de 1988, com a extinção do Tribunal Federal de Recursos e a criação do Superior Tribunal de Justiça e de cinco Tribunais Regionais Federais, iniciou-se um processo de interiorização da Justiça Federal. Verificou-se então a presença de maior número de juízes espalhados por muitas cidades, inclusive pelo interior do País, e especialmente em locais com elevado potencial de conflito entre interesses do Estado e de particulares, como fronteiras e áreas de portos e alfândegas.

A confluência desses fatores aumentou significativamente a possibilidade da concessão de medidas contra o Poder Público, precedidas muitas vezes da declaração incidental da inconstitucionalidade de normas que restringiam esses provimentos.

Por conseguinte, é de se presumir que as restrições à concessão de liminares em mandados de segurança tenham deixado de representar garantia aos interesses do Poder Público, ao passo em que a suspensão de segurança passou a assumir maior viabilidade, por concentrar o poder decisório monocraticamente no Presidente do Tribunal.

Desse quadro, parece possível extrair-se a conclusão de que os governos não foram movidos ao maior ou menor uso do instituto da suspensão pela sua ideologia política ou econômica, mas pela confluência de algumas circunstâncias concretas de cada época, condicionadas ainda pela conformação do ordenamento jurídico constitucional e pela orientação predominante dos tribunais.

1.2 NATUREZA JURÍDICA DA SUSPENSÃO DE SEGURANÇA

Em razão de se tratar de um instituto sem similar no direito brasileiro e cuja regulamentação não se dedicou a estipulações conceituais ou ofereceu maiores parâmetros para sua precisa delimitação, alguns dos aspectos da suspensão de segurança não alcançaram ainda uma construção doutrinária satisfatória. Parece ser precisamente esse o caso da natureza jurídica do pedido de suspensão de segurança.

Nesse quadro, atribui-se ao pedido de suspensão de segurança as mais diversas naturezas, segundo critérios que igualmente carecem de melhor sistematização.

Assim, controverte-se acerca da sua natureza ser jurisdicional ou político-administrativa. Para aqueles que admitem a sua natureza de ato jurisdicional, a controvérsia inicialmente reside em tratar-se o pedido de mero incidente processual ou de ostentar a natureza de ação autônoma. Por fim, independentemente da qualificação como incidente ou ação autônoma, ao instituto são atribuídas, entre outras, as naturezas de recurso, de sucedâneo recursal, de exceção em sentido estrito, de medida cautelar e de medida preventiva.

A determinação da natureza jurídica do instituto é relevante, especialmente porque, em princípio, essa natureza balizaria o âmbito de apreciação do mérito do pedido pelo Presidente do Tribunal. Assim, a entender-se que se trata de ato político-administrativo, o mérito seria um mero juízo de conveniência e oportunidade. Atribuindo-lhe natureza cautelar, recursal, de sucedâneo recursal ou de ação autônoma de impugnação, seria possível indagar-se do acerto da decisão que se pretende suspender. Noutro aspecto, a atribuição da natureza de ação autônoma poderia implicar consequências no que se refere ao procedimento do instituto, com vistas à observância das garantias constitucionais do processo.

Em princípio, a adequada identificação da natureza jurídica da suspensão de segurança, com sua inserção em regime jurídico apropriado, possibilitaria “definir uma principiologia condizente com sua essência e voltada aos seus verdadeiros e legítimos fins”. Cogita-se assim que questões essenciais poderiam encontrar adequada solução a partir da correta identificação da sua natureza jurídica, o que igualmente poderia contribuir para que os pedidos pudessem ser deduzidos com maior rigor técnico³⁴.

1.2.1 Natureza de Incidente Processual ou de Ação Autônoma

Controverte a doutrina acerca de tratar-se o pedido de suspensão de segurança de mero incidente processual ou de ação autônoma. Essa controvérsia pode ser sintetizada nas duas correntes antagônicas melhor representadas por Rodrigues, que se filia ao entendimento de que se trata de *incidente processual*, e a de Venturi, que lhe atribui a natureza de *ação cautelar autônoma*³⁵.

³⁴ VENTURI, Elton. *Suspensão de liminares e sentença contrárias ao poder público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 46-47. Afirma o autor que o uso desmesurado e injustificado da suspensão de segurança deve-se em grande parte à falta de uma identidade técnica e à indefinição sistemática do instrumento.

³⁵ Os autores sustentaram uma polêmica em suas obras, apontando-se reciprocamente as falhas e inconsistências teóricas (RODRIGUES, op. cit., p. 90-92; VENTURI, op. cit., p. 56-59, 71-74). Por sua vez, Rocha, fazendo menção à polêmica sustentada entre referidos autores, aderiu inteiramente às teses e argumentos de Rodrigues (ROCHA, Caio Cesar. *Pedido de suspensão de decisões contra o poder público*. São Paulo: Saraiva, 2012. p.161-169).

Trata-se critério de classificação que pode aparentar reduzida importância, porque a controvérsia, a um primeiro exame, residiria apenas sobre a forma como o pedido é tratado relativamente à ação principal. No entanto, ao menos em princípio, a atribuição da natureza de ação autônoma ao pedido de suspensão, ao invés de mero incidente processual, traria consequências jurídicas, porque poderia implicar uma série de exigências atualmente não observadas na experiência jurisdicional³⁶.

Para Rodrigues, a suspensão de segurança é um *incidente processual*, que surge no curso do processo, interferindo na relação jurídica anterior e criando-lhe alguma espécie de embaraço. Para fundamentar a conclusão, o autor define o incidente processual a partir de suas características essenciais, ou seja, a concorrência de uma situação nova com a circunstância da sua incidência sobre uma situação preexistente. Essa situação nova não se afigura necessária nem essencial à situação sobre a qual recai. Acrescenta que os incidentes processuais se definem ainda pela característica essencial da formação de um procedimento próprio e lateral ao principal, especialmente criado pelo legislador para resolver a situação incidental. Incidentes processuais devem assim estar revestidos das características essenciais da acessoriedade, incidentalidade e existência de um procedimento específico³⁷.

Adotando a doutrina que classifica as causas de prejudicialidade em *pontos incidentes*, *questões incidentes* ou *causas incidentes*, conclui o autor que a suspensão de segurança enquadra-se na segunda categoria, que se configura quando surge no curso normal do processo “uma controvérsia ou dúvida sobre aquilo que se afirma na razão da pretensão (ponto), de modo que pode tratar-se de uma questão incidental relativa ao mérito, ao processo ou até mesmo à ação”. O pedido de suspensão não se trataria de *ponto incidente*, que se resume a “qualquer afirmação ou alegação de fato ou de direito contida na razão da pretensão”. Tampouco configuraria *causa incidente*, porque não se trata de “verdadeiro processo incidental”, no âmbito do qual se exercita direito de ação. Atribui assim à suspensão a natureza de “um típico representante dos incidentes processuais, que se manifesta por intermédio de uma questão incidente por sua vez provocada por uma defesa impeditiva arguida por parte da Fazenda Pública”. Assim, embora a suspensão de segurança exija a formação de um “procedimento lateral, próprio, avulso”, característica de todo incidente processual, não se reveste da natureza jurídica de ação, porque se trata de *questão incidente* e não de *causa incidente*³⁸.

³⁶ Esse ponto é um dos aspectos da polêmica sustentada por Rodrigues e Venturi antes referida.

³⁷ RODRIGUES, op. cit., p. 25-42.

³⁸ Ibidem, p. 27-29.

Rocha adere inteiramente ao entendimento de Rodrigues, no sentido de que se trata de um incidente processual preventivo, porque se manifesta pelo “surgimento de uma questão processual que pode ser arguida mediante defesa impeditiva sustentada pela Fazenda Pública”. A dependência da existência de um processo anterior, característica de todo incidente processual lhe conferiria o contorno acessório ou secundário³⁹.

Acrescenta que a sua natureza de incidente é reforçada pelo fato da competência ter sido atribuída ao Presidente do Tribunal, órgão jurisdicional distinto daquele do processo principal, a exemplo do que ocorre nos incidentes de exceção de suspeição e de uniformização de jurisprudência. Esse aspecto do pedido de suspensão se trataria do principal elemento caracterizador da sua natureza jurídica de incidente e afastaria “uma improvável natureza recursal, administrativa ou cautelar.” Aduz que o fato de suspender a execução da decisão do processo principal não afasta a sua natureza incidental, porque os incidentes podem ser suspensivos, como os de uniformização, de suspeição e de impedimento; ou não suspensivos, como a ação declaratória incidental, a critério do legislador⁴⁰.

Afirma Rocha que o procedimento do pedido de suspensão fornece “o arremate final em benefício da tese da sua natureza incidental”, porque somente essa natureza pode explicar o seu processamento de forma paralela, independente e autônoma ao processo principal, características típicas dos incidentes. Ressalva, entretanto, que os incidentes, embora *funcionalmente vinculados* ao processo principal, podem guardar uma *autonomia estrutural* com relação a ele, se assim o legislador achar conveniente⁴¹.

Por sua vez, Scartezzini assente apenas parcialmente com as conclusões de Rodrigues, no sentido de tratar-se a suspensão de segurança de *incidente*, definido como algo que recai sobre um processo já existente, interferindo no seu desenvolvimento, sem integrá-lo, o que caracteriza a sua acessoriedade, ressalvada pela *autonomia estrutural* a que se refere Antônio Scarance Fernandes. Todavia, com apoio na classificação de Cândido Dinamarco, conclui que a suspensão de segurança situa-se em uma posição intermediária entre a *questão incidente* e a *causa incidente*, ou seja, caracterizaria uma questão que não dá ensejo à formação de um novo processo, mas provoca desvios processuais muito significativos, como ocorre com as exceções de suspeição, impedimento e incompetência relativa⁴².

³⁹ ROCHA, Caio Cesar. *Pedido de suspensão de decisões contra o poder público*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 158.

⁴⁰ Ibidem, p.158-161.

⁴¹ Ibidem, p. 159-160.

⁴² SCARTEZZINI, Jorge Tadeo Flaquer. *Suspensão de segurança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 40, 47.

Em sentido diverso, Venturi atribui à suspensão a natureza de *ação cautelar autônoma*, porque se trataria de “verdadeira demanda de cunho cautelar, que conta com sujeitos, causa de pedir e pedido (objeto) próprios e inconfundíveis com os da lide principal”. Considera que definir a natureza do pedido “meramente como incidente processual” revela apenas uma e eventual característica do instituto, “pecando a tese, inicialmente, pelo método utilizado, na medida em que se ressalta demasiadamente a *forma* de sua dedução em detrimento de sua *natureza ontológica*”. Conclui que, embora o pedido possa ser deduzido na forma de um *incidente processual*, trata-se de característica não essencial à sua definição⁴³.

Considera o autor que a tese da natureza incidental não se sustenta, entre outras razões, porque a incidentalidade nem sempre ocorre em todas as pretensões de suspensão. Aduz que a natureza incidental não justifica a eficácia transcendente e a ultratividade da decisão que defere a suspensão da segurança⁴⁴.

Noutro aspecto, a negação da natureza de ação ao pedido de suspensão de segurança, fundada na impossibilidade de se lhe atribuir a natureza cautelar, decorreria de uma concepção restrita e insatisfatória da tutela cautelar⁴⁵.

Para Bezerra, adotar a tese de que se trata de mera *questão incidente* significaria concluir que o pedido de suspensão “não constituiria *exercício autônomo do direito de ação*, mas mera postulação de resolução de questão controvertida pertinente à própria causa, a ser necessariamente dirimida em momento anterior ao provimento jurisdicional”. Entende que se trata de entendimento de difícil aceitação, porque o pedido de suspensão, embora acessório e dependente da causa principal, “se faz integrado por elementos de identificação subjetivos e objetivos absolutamente distintos desta”. Discorda ainda dos autores que rejeitam a qualificação do pedido de segurança como exercício do *direito de ação* sob argumento de que no seu âmbito não existiria pretensão resistida. Afirma que a *pretensão resistida* pode ser identificada no conflito de interesses entre a pretensão da Administração e do indivíduo beneficiado com a decisão cujos efeitos se pretende suspender⁴⁶.

Exposta sucintamente a controvérsia doutrinária acerca do tema, forçoso é concluir que há de fato um razoável argumento para a atribuição da natureza de ação à

⁴³ VENTURI, op. cit., p. 57-58.

⁴⁴ Ibidem, p. 58-59.

⁴⁵ Ibidem, p. 57. Trata-se de ponto a ser melhor analisado em item subsequente.

⁴⁶ BEZERRA, op. cit., p. 98-101, 122-124. Acrescenta a autora que *as questões incidentes* são sempre prejudiciais, exigindo decisão em momento anterior à prolação da providência jurisdicional definitiva, além de somente poderem ser suscitadas pelos “sujeitos integrantes da relação jurídico-processual”, características ausentes no pedido de suspensão.

suspensão de segurança, na medida em parece mais correta a afirmativa de que o instituto se caracterizaria como *causa incidente*, com sujeitos, causa de pedir e pedido próprios.

Entretanto, essa constatação não leva inevitavelmente à conclusão de que o pedido de suspensão de segurança deve configurar uma ação autônoma, a demandar a instauração de um novo processo, com todos os seus consectários, especialmente as necessidades de citação do autor da causa principal e de resolução por meio de uma sentença. Ademais de tratar-se de um instrumento processual sem similar no direito brasileiro, parece não haver na teoria do direito e nos princípios constitucionais processuais nada que obste o seu tratamento como um incidente processual, tal como ocorre atualmente⁴⁷.

Ressalve-se, entretanto, que a atribuição da natureza de incidente ao pedido de suspensão de segurança não implica a sua subtração do âmbito de aplicação das garantias constitucionais processuais, como o devido processo legal e seus corolários. Em outros termos, não é a ausência de necessidade de citação do autor da ação principal que leva à costumeira supressão do contraditório, mas uma interpretação equivocada da legislação aplicável atualmente procedida pelos presidentes dos tribunais.

De igual forma, a decisão do pedido de suspensão de segurança mediante critérios políticos não decorre da ausência de previsão da necessidade de prolação de um ato formalmente qualificável como sentença, mas da ausência de compreensão do Presidente do Tribunal acerca da sua função constitucional de atuar, com imparcialidade, na solução dos conflitos que lhe são submetidos à apreciação.

De qualquer forma, a definição desse aspecto da suspensão de segurança parece pouco contribuir para a definição da natureza jurídica do instituto. Com efeito, a maior parte dos doutrinadores refere-se à suspensão de segurança como incidente processual, sem, entretanto, dar a essa referência a conotação que lhe empresta Rodrigues.

Parece prevalecer a concepção de que se trata de um aspecto secundário para fins da determinação da natureza jurídica do pedido de suspensão de segurança. Reputa a doutrina mais relevante perquirir se a decisão que defere ou rejeita o pedido é meramente ato político-administrativo ou se trata de decisão jurisprudencial e ainda se essa decisão tem natureza cautelar ou recursal.

⁴⁷ Assim, por exemplo, a eficácia transcendente e a ultratividade referidas por Venturi não parecem obstar a atribuição da natureza de ação incidental, porque as peculiaridades do instituto permitem que o incidente se aplique a mais de uma ação principal e perdure para além da duração da medida judicial por ele suspensa.

1.2.2 Natureza de Ato Político-Administrativo

Parcela da doutrina e da jurisprudência atribui ao pedido de suspensão de segurança a natureza de ato meramente político-administrativo⁴⁸, exercido pelo Presidente do Tribunal mediante critérios de conveniência e oportunidade, negando à decisão que defere ou rejeita o pedido a natureza de ato jurisdicional.

Assim, para Barbi, o dispositivo é tipicamente de direito administrativo, desprovido de natureza processual, porque “regula o dever do servidor ou da autoridade pública de tomar providências para propiciar aos órgãos encarregados os elementos para adequada defesa da Administração Pública nos processos de mandado de segurança”⁴⁹. No mesmo sentido, Meirelles afirma que, embora a lei imponha ao Presidente do Tribunal o dever de motivar a sua decisão, de modo a evidenciar as razões que justificam e legitimam o ato, fica ao seu exclusivo critério a valoração da conveniência e oportunidade da suspensão⁵⁰.

Essas conclusões, entretanto, são repudiadas pela doutrina contemporânea. Ainda que se admita que os pressupostos naturais da suspensão de segurança tenham inspiração política, “a decisão pertinente é eminentemente jurisdicional”⁵¹.

Rodrigues afirma ser inaceitável a concepção de que a suspensão de segurança tem natureza de “medida administrativa praticada pelo presidente do tribunal no exercício de poder de polícia”, adotada a partir da falsa premissa de que se trata de um “incidente *extraprocessual*, fruto da mais pura aplicação do poder de polícia do presidente do tribunal, por sua vez destinado a aplicar o princípio da supremacia da Administração, no sacrifício do interesse privado em face do interesse público”. Argumenta que lhe conferir natureza administrativa implica admitir que “um ato administrativo poderia sobrepor-se a um

⁴⁸ Na definição de Meirelles, atos políticos “são aqueles praticados por agentes do Governo, no uso de competência constitucional, e que se fundam na ampla liberdade de apreciação da conveniência ou oportunidade de sua realização, sem se aterem a critérios jurídicos preestabelecidos”. Ausente uma categoria de atos políticos, “como entidade ontológica autônoma na escala dos atos estatais, a sua qualificação decorre da sua finalidade de realização das conveniências do Estado, razão pela qual os atos dessa natureza não são exclusivos do Executivo.” Anota o autor que, embora os denominados atos *políticos*, assim como os *atos legislativos* e os *atos interna corporis*, não estejam sujeitos à revisão comum da Justiça aplicável aos demais atos administrativos, submetem-se eles a um controle especial do Poder Judiciário. Malgrado sua peculiaridade de serem portadores de maior discricionariedade, não se furtam da “apreciação da Justiça quando arguidos de lesivos a direito individual ou ao patrimônio público”, porque a Constituição veda a inafastabilidade do controle judicial (art. 5º, XXXV) e cabe ao Poder Judiciário aferir a efetiva natureza de determinado ato. Ademais, a discricionariedade do ato político se resume aos aspectos da sua conveniência e oportunidade, à apreciação das circunstâncias que o autorizam e à escolha dos meios, não alcançando a legitimidade do ato em face da lei ou da Constituição (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 609-610).

⁴⁹ BARBI, op. cit., p. 173.

⁵⁰ MEIRELLES, 2001, op. cit., p. 84.

⁵¹ FERRAZ, Sérgio. *Mandado de segurança*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 369.

ato jurisdicional, até mesmo para retirar-lhe a eficácia”. Para o autor, embora o fato do pedido de suspensão não pretender a modificação da decisão lhe afaste a natureza de recurso, não lhe retira a natureza de atividade jurisdicional⁵².

A doutrina contemporânea parece assim assentir com a conclusão de Cunha, no sentido de que o pedido de suspensão tem natureza jurisdicional, ainda que os tribunais superiores o considerem atividade político-administrativa⁵³.

A nota essencial para caracterizar a jurisdicionalidade de um ato praticado pelo juiz, além de ter sido realizado por dever de função, ao contrário do administrador que o executa visando à realização do bem comum, é a sua condição de terceiro imparcial em relação aos interesses sobre os quais recai a sua atividade. Mais do que a substitutividade, é assim a imparcialidade que define a jurisdição. Enquanto a função jurisdicional é exercitada com a única finalidade de “assegurar o respeito ao direito subjetivo”, a Administração age para que “uma certa finalidade seja alcançada”. De consequência, o juiz “é portador de um interesse público na observância da lei, enquanto o administrador, quando cumpre e realiza o direito objetivo, tem posição similar à de qualquer particular”⁵⁴.

Como observa Bezerra, enquanto as decisões administrativas são exaradas pelas próprias partes interessadas, ao apreciar o pedido de suspensão, o Presidente do Tribunal não atua como parte interessada na concessão ou denegação da suspensão, mas com imparcialidade. Assim, sob o aspecto substancial, o pedido de suspensão de segurança tem a natureza jurídica jurisdicional, em razão da existência de um conflito de interesses entre a Administração e o indivíduo a ser dirimido pelo Judiciário. Acrescenta que a suspensão de segurança não se inclui entre aqueles atos dotados de autoexecutoriedade, sem a necessidade prévia da intervenção jurisdicional⁵⁵.

Assim, embora a afirmação da natureza político-administrativa do ato de suspensão possa contar com a “indisfarçável predileção” da jurisprudência nacional⁵⁶, trata-se de concepção desprovida de fundamento. Ainda que se admita que contenha uma carga de discricionariedade, o ato do Presidente do Tribunal que suspende a execução de uma decisão de outro órgão do Judiciário é inquestionavelmente um ato jurisdicional e, nesta qualidade, está adstrito aos princípios que informam a jurisdição e o processo, especialmente o devido processo legal e seus corolários ampla defesa e contraditório.

⁵² RODRIGUES, op. cit., p. 92-94.

⁵³ CUNHA, Leonardo José Carneiro. *A fazenda pública em juízo*. 6. ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 470.

⁵⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista. *Teoria geral do processo civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011. p. 68-69.

⁵⁵ BEZERRA, op. cit., p. 92-93 e 118-119.

⁵⁶ VENTURI, op. cit., p. 52.

Não obsta essa conclusão o fato de se tratar o pedido de suspensão de segurança de ato revestido de características que parcela da doutrina denomina *discricionarietà judicial*.

Como refere Figueiredo, eventual margem inicial de liberdade contida em qualquer norma jurídica esgota-se na análise do caso concreto, na subsunção do caso aos conceitos jurídicos. Discricionarietà e vinculação diferenciam-se pela margem inicial de liberdade contida na norma, razão pela qual se pode afirmar a existência de uma competência jurisdicional “ligada, não em termos abstratos, mas sim no caso concreto”. A subsunção de um caso a um conceito jurídico representa uma relação entre conceitos, de tal sorte que o fato deve ser reduzido previamente a conceito de fato. Citando Garcia de Enterría, lembra a autora que a peculiaridade dos conceitos indeterminados⁵⁷ é a “qualificação única em determinadas circunstâncias concretas”. Logo, na *qualificação dos fatos* não pode haver qualquer *discricionarietà*, que se caracteriza pela pluralidade de soluções possíveis em face de uma mesma norma. Incumbe ao julgador, ainda que em face de conceitos jurídicos indeterminados, realizar a “apreensão dos fatos para posterior subsunção”, porque esses conceitos podem ser passíveis de determinação no caso concreto⁵⁸.

Assim, alguns elementos que integram a normatização da suspensão de segurança, como *interesse público*, embora caracterizem conceitos indeterminados, são determináveis, conceitos a serem trazidos à zona de certeza⁵⁹.

Por conseguinte, no pedido de suspensão o Presidente do Tribunal deve examinar se efetivamente ocorrem as hipóteses de grave lesão à economia, à ordem pública, à saúde e à segurança públicas. Não tem ele liberdade para conceder ou não a suspensão, porque não se trata de ato discricionário, mas “competência-dever para suspensão dentro de balizas estritas, estreitas e nitidamente demarcadas”⁶⁰.

Decorrência lógica dessas premissas é que o ato que suspende a decisão proferida contra o Poder Público, ainda que revestido de algum conteúdo político, deve ser juridicamente fundamentado, vedado um juízo de mera conveniência e oportunidade.

⁵⁷ Conceitos jurídicos indeterminados são espécies que, ao lado dos princípios, compõe o gênero *cláusula geral*. “Conceito jurídico indeterminado identifica um signo semântico ou técnico, cujo sentido concreto será fixado no exame do problema específico levado ao intérprete ou aplicador do Direito. Princípio, por sua vez, traz em si uma idéia de valor, um conteúdo axiológico. Por essa razão, calamidade pública é um conceito jurídico indeterminado; solidariedade é um princípio”. (in BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 309).

⁵⁸ FIGUEIREDO, op. cit., p. 155-160.

⁵⁹ Ibidem, p. 155-156.

⁶⁰ Ibidem, 1997, p. 160.

1.2.3 Natureza Recursal

O vocábulo recurso é “originário do verbo *recursare*, que significa correr para trás, ou correr para o lugar de onde se veio (*re* + *cursus*)”. O recurso é assim o procedimento por meio do qual se provoca o reexame das decisões judiciais, mediante um retorno no curso do próprio processo, a fim de que elas sejam reformadas pelo próprio magistrado que as prolatou ou por outro órgão de jurisdição superior⁶¹.

Entretanto, como ressaltam Didier Junior e Cunha, “o conceito de recurso não pertence à teoria geral do processo”, tratando-se de conceito estabelecido por determinado ordenamento jurídico. Enquanto a teoria geral do processo tem por objeto o estudo da decisão judicial, o delineamento dos meios de sua impugnação são tarefas do direito positivo⁶².

No direito brasileiro, o legislador optou por não formular um conceito explícito e enunciou os recursos taxativamente segundo as características comuns da voluntariedade das partes e de não instaurarem novo processo, prolongando apenas o processo pendente, nos mesmos autos. Dessa conformação legal é que se extraiu a clássica definição de recurso como “o remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração da decisão judicial que se impugna”⁶³.

Adotando o conceito de Barbosa Moreira⁶⁴, Silva ressalta dois elementos essenciais à definição de recurso no direito brasileiro, além da taxatividade: a sua condição de *remédio voluntário*, o que exclui do seu campo de abrangência as formas de revisão de sentenças que prescindam de pedido das partes; e a circunstância de ter lugar na *mesma relação processual*, prolongando a pendência da causa, o que afasta da qualificação de recurso as formas de impugnação provenientes de outra relação processual ou interpostas após o trânsito em julgado, como os embargos de terceiro ou a ação rescisória⁶⁵.

Assim, da restrita categoria de recurso, o direito brasileiro exclui, entre outros, a ação rescisória, meio de impugnação que pressupõe o trânsito em julgado e instaura novo processo, além da remessa oficial, porque lhe falta a iniciativa da parte, bem como os *writs* como o mandado de segurança e o *habeas corpus*⁶⁶.

⁶¹ SILVA, 2011, op. cit., p. 277.

⁶² DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 10. ed. Salvador: Juspodium, 2012. p. 19.

⁶³ ASSIS, Araken. *Manual dos recursos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 36.

⁶⁴ “Recurso é o remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial que se impugna.”

⁶⁵ SILVA, 2011, op. cit., p. 277-278.

⁶⁶ ASSIS, op. cit., p. 36.

Alguns desses meios de impugnação excluídos do conceito de recursos integram a categoria das *ações autônomas de impugnação*, definidas como “o instrumento de impugnação da decisão judicial, pelo qual se dá origem a um processo novo, cujo objetivo é o de atacar/interferir em decisão judicial”. Distinguem-se dos recursos apenas porque não são veiculadas no mesmo processo em que foi prolatada a decisão recorrida. Arrola-se como exemplos a ação rescisória, a *querela nullitatis*, os embargos de terceiro, o mandado de segurança e o *habeas corpus* contra ato judicial e a reclamação constitucional⁶⁷.

A impugnação às decisões judiciais no direito brasileiro é integrada ainda pelo “conjunto heterodoxo dos meios de impugnação de decisões judiciais não previstos como recursos” que recebeu o nome de *sucedâneos recursais*⁶⁸.

O conceito de *sucedâneo recursal* é extraído por exclusão, assim reputando-se o “meio de impugnação de decisão judicial que nem é recurso nem é ação autônoma de impugnação”. Enquadram-se na categoria o pedido de reconsideração, a remessa necessária e a correição parcial⁶⁹. A peculiaridade que os distingue das ações autônomas de impugnação é que impugnam o provimento judicial sem criar processo autônomo⁷⁰.

Os recursos, quanto às suas consequências em relação à decisão recorrida, apresentam dois distintos efeitos, o devolutivo e o suspensivo. O efeito devolutivo, indispensável a que todo e qualquer recurso, “consiste na devolução do conhecimento da matéria impugnada ao órgão *ad quem*, a fim de que possa reexaminar a decisão recorrida”. O efeito suspensivo impede que a decisão recorrida produza imediatamente seus efeitos, o que somente será possível após o julgamento e o respectivo trânsito em julgado⁷¹.

O efeito devolutivo é manifestação do *princípio dispositivo*, fundamental no direito processual, e devolve ao órgão *ad quem* o conhecimento da matéria impugnada. Os limites dessa devolutividade são estabelecidos pelo pedido do recorrente em suas razões de recurso, finalizadas com o pedido de nova decisão. Por essa razão, pressupondo o efeito devolutivo um ato de impugnação, não se pode atribuir esse efeito à remessa necessária do art. 475 do CPC, que consistiria em “consequência análoga ao denominado efeito translativo”⁷².

⁶⁷ DIDIER JUNIOR; CUNHA, op. cit., p. 26.

⁶⁸ ASSIS, op. cit., p. 37.

⁶⁹ DIDIER JUNIOR; CUNHA, op. cit., p. 26. Os autores incluem o pedido de suspensão da segurança nessa categoria. Entretanto, parecem chegar a conclusão distinta ao analisar especificamente a sua natureza.

⁷⁰ ASSIS, op. cit., p. 859-860.

⁷¹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 360. Acrescentam os autores que os recursos podem apresentar ainda os efeitos *expansivo*, *translativo* e *substitutivo*, quando analisados sob a perspectiva da eficácia da decisão recorrida e do julgamento do próprio recurso.

⁷² Ibidem, p. 361.

O efeito suspensivo é uma qualidade do recurso que adia a produção dos efeitos da decisão recorrida. Afirma-se que essa “suspensividade diz mais de perto com a recorribilidade, do que propriamente com o recurso”, porque o efeito suspensivo tem efetivamente seu início com a publicação da sentença e perdura, ao menos, até que se esgote o prazo para o recurso. Logo, o efeito suspensivo já existe durante o prazo para a interposição do recurso. Assim é porque a eficácia imediata da decisão é submetida à *condição suspensiva* de não haver interposição de recurso passível de atribuição de efeito suspensivo⁷³.

Observa-se que a atribuição de natureza recursal ao pedido de suspensão encontra óbice especialmente na ausência de devolução do conhecimento da matéria impugnada ao Presidente do Tribunal, “efeito atribuído a todos os recursos”⁷⁴.

Essa conclusão decorre do entendimento predominante de que o pedido de suspensão “não pretende a reforma ou anulação da decisão, o que significa dizer que, mesmo depois de concedida a medida, o conteúdo da decisão permanecerá incólume”, na medida em que as razões para se postular a sustação da eficácia da decisão residem exclusivamente na sua potencialidade de lesão ao interesse público⁷⁵. O Presidente do Tribunal pode sustar provisoriamente os efeitos da decisão de primeira instância, “mas encontra-se impedido de, examinando os motivos que ensejaram o seu deferimento, reformá-la”, não ocorrendo, portanto, a devolução do conhecimento da matéria, requisito essencial à caracterização de qualquer ato processual como recurso⁷⁶.

Nesse sentido, Scartezzini, entendendo que a decisão do processo de suspensão não pode levar em consideração o mérito da questão *sub judice* no processo principal, conclui que o pedido de suspensão não pode ser enquadrado como recurso, faltando-lhe o efeito devolutivo. Enquanto o recurso visa a um novo julgamento a respeito do que já foi objeto de decisão anterior, o incidente de suspensão “introduz uma nova questão que será resolvida mediante apreciação jurisdicional”. No incidente há assim “uma indagação colateral, substancialmente estranha ao *thema decidendum* ainda que a ele ligado”⁷⁷.

⁷³ Ibidem, p. 375-376. No mesmo sentido, entre outros, DIDIER JUNIOR; CUNHA, op. cit., p. 86-87.

⁷⁴ NERY JUNIOR, op. cit., p. 361.

⁷⁵ RODRIGUES, op. cit., p. 31, 87-89. No mesmo sentido CUNHA, op. cit., p. 467-467.

⁷⁶ ALVIM, Eduardo Arruda. Suspensão da eficácia da decisão liminar ou da sentença em mandado de segurança: aspectos controvertidos do art. 4º da Lei 4.348/64. In: BUENO, Cássio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Cap. 10. p. 255.

⁷⁷ SCARTEZINI, op. cit., p. 33-38. No mesmo sentido, para Didier Junior e Cunha, o pedido de suspensão não tem natureza recursal, em razão de não gerar a reforma, anulação ou desconstituição da decisão judicial cujos efeitos se pretende suspender, não contendo o efeito substitutivo previsto no art. 512 do CPC, além de não estar previsto em lei como recurso (DIDIER JUNIOR; CUNHA, op. cit., p. 529).

Venturi acrescenta que a pendência da medida suspensiva não consiste obstáculo a formação da coisa julgada, uma das principais consequências da pendência de qualquer recurso interposto dentro da relação jurídica processual⁷⁸.

Em sentido diverso, Assis atribui natureza de sucedâneo recursal ao pedido de suspensão de segurança. Afirmar que essa natureza decorre dos pressupostos de cabimento da suspensão da segurança atualmente previstos na legislação de regência, porque “a decisão do presidente do tribunal, fundada em flagrante ofensa à lei ou contrariedade a jurisprudência do tribunal superior, atesta a presença de *error in iudicando* no ato decisório objeto do pedido de suspensão”. Haveria assim reforma do ato, prejudgando o objeto do recurso próprio⁷⁹.

Assevera o autor que a concepção original da suspensão de segurança efetivamente possibilitava bons argumentos para se afirmar que o instituto não se amoldava ao conceito de recurso, porque a suspensão era atrelada exclusivamente aos pressupostos de grave ameaça ao interesse público, que não se confundem com os motivos concessivos da liminar, ou seja, a relevância dos fundamentos da impetração e o risco de ineficácia da medida concedida ulteriormente. Logo, o controle dos motivos da impetração seria realizado pelo eventual agravo, não se prestando o risco de lesão aos interesses públicos para reexaminar o possível erro do juiz na concessão da liminar ou no julgamento do mérito. Considera, entretanto, que a nova redação do § 7º do art. 4º da Lei 8.437/1992, “aludindo à plausibilidade do direito invocado e à urgência na concessão da medida”, equiparou a suspensão ao recurso de agravo, “porque esses conceitos jurídicos indeterminados equivalem, essencialmente, mas com sinal contrário, aos que ensejaram a concessão da liminar, no âmbito da tutela de urgência, e mesmo aos do mérito do mandado de segurança e das demandas de urgência”⁸⁰.

Entendendo que a atual regulamentação da suspensão de segurança implica o reexame dos pressupostos de concessão de medidas judiciais contra o Poder Público, “senão promovendo sua imediata reforma, prejudgando os recursos (agravo de instrumento e apelação) porventura interpostos”, conclui Assis que o instituto, “inicialmente concebido para fins diferentes, porque jungido a campo estrito de atuação, evoluiu no sentido de sobrepor-se aos recursos de apelação ou de agravo”, assumindo funções recursais⁸¹.

⁷⁸ VENTURI, op. cit., p. 49.

⁷⁹ ASSIS, op. cit., p. 890.

⁸⁰ Ibidem, p. 890.

⁸¹ Ibidem, p. 890-891. Helio do Helio do Valle Pereira igualmente considera a possibilidade de tratar-se de um *sucedâneo recursal*, embora entenda que o pedido de suspensão não se presta a reformar ou anular a decisão de instância inferior, destinando-se apenas evitar a concretização de efeitos da decisão judicial questionada (PEREIRA, Hélio do Valle. *Manual da fazenda pública em juízo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 300).

Para Carvalho Filho, embora a legislação aplicável tenha qualificado a suspensão de segurança como *requerimento*, “destinou-a a impugnar o ato judicial que concede a liminar, autorizando seja determinada a sua suspensão, mecanismo que mais se aproxima do recurso”. Pondera que o pedido não visa à cassação do ato concessivo, objetivando apenas a suspensão de sua execução, aspecto que efetivamente caracteriza a medida como *requerimento*, ou “simples pedido, formulado pelo interessado a órgão judicial, com o fim de obter-se a adoção de certa providência, reclamada para sanar situação irregular em determinado processo”. Considera, entretanto, que o deferimento da suspensão “constitui o reconhecimento de que o ato impugnado não merece ter inteira eficácia”. Logo, a decisão do Presidente, ainda que seja insuficiente para cassar o ato, “não é menos certo que sua decisão o atinge frontalmente, pois que lhe retira a idoneidade de produzir efeitos jurídicos. Há, por conseguinte, um *interesse revisional* do postulante, com o que a medida passa a guardar semelhança com os recursos em geral”. Adotado esse entendimento, conclui que a suspensão de segurança ostenta natureza híbrida de *requerimento de natureza recursal*⁸².

Dos exames dos entendimentos mencionados, observa-se que a divergência doutrinária é grandemente influenciada pela concepção dos autores acerca do âmbito de apreciação do mérito do instituto pelo Presidente do tribunal, como adiante se analisará. As discordâncias podem ainda ser creditadas à ausência de critérios científicos adequados para a definição dos meios de impugnação de decisões judiciais, o que levou Assis a atribuir uma crise na própria definição de recurso, porque “as profundas e consistentes exceções ao conceito provocam dúvidas sobre sua utilidade e exatidão, recomendando substituí-lo por outro, mais adequado, de *lege lata*, à realidade multiforme do direito brasileiro”⁸³.

Parece, entretanto, haver uma concordância, entre os poucos autores que se dedicaram ao tema, relativamente à natureza recursal do novo pedido de suspensão previsto no § 4º do art. 4º da Lei nº 8.437/92 e nos §§ 1º e 2º do art. 15 da Lei nº 12.016/2009. Assim, para Bueno essa modalidade de pedido de suspensão de segurança tem finalidade “inescondivelmente recursal”, razão pela qual não poderia se resumir à mera repetição do pedido de suspensão formulado perante a Presidência do Tribunal, dele se exigindo nova fundamentação, a exemplo do que se exige para os recursos em geral⁸⁴.

⁸² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 90-91. Parece, entretanto, que o “interesse revisional” referido pelo autor não se fundamenta em equívoco ou omissão da decisão proferida na ação principal, o que, em princípio impediria o enquadramento na categoria de recurso.

⁸³ ASSIS, op. cit., p. 861.

⁸⁴ BUENO, Cássio Scarpinella. *O poder público em juízo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 44. No mesmo sentido Eduardo Arruda Alvim (ALVIM, op. cit., p. 279-280).

1.2.4 Natureza de Tutela de Urgência

Prevalece na doutrina a conclusão de que a medida que defere a suspensão da segurança tem natureza de tutela de urgência, concedida no exercício de atividade jurisdicional pelo Presidente do Tribunal.

As peculiaridades da medida que concede a suspensão da segurança demandam, todavia, esforço adicional para se determinar a espécie de tutela de urgência por ela representada, ou seja, se tutela genuinamente cautelar, destinada a assegurar o resultado útil do processo, ou antecipação de tutela, apta a satisfazer o próprio interesse em litígio⁸⁵.

1.2.4.1 A controvérsia doutrinária acerca da natureza cautelar ou antecipatória da suspensão de segurança

A doutrina majoritariamente se inclina pela atribuição de natureza cautelar ao pedido de suspensão de segurança, natureza decorrente da sua finalidade de resguardar o interesse público e o resultado útil do processo principal, em face da ameaça de risco de grave lesão à ordem, à segurança, à saúde e à economia públicas. A suspensão de segurança seria caracterizada assim pela instrumentalidade e pela provisoriedade, típicas das cautelares⁸⁶.

Tratando-se o pedido de suspensão de medida de *contracautela*, voltada a subtrair a eficácia da decisão concedida contra o Poder Público, entende-se que no seu âmbito não se examina o mérito da controvérsia principal, "aquilatando-se, apenas, a ocorrência de lesão a interesses públicos relevantes". Logo, o pedido que se formula é apenas o da sustação da eficácia da decisão impugnada, sem que se proceda à sua anulação ou reforma, enquanto a causa de pedir é a ameaça a um dos interesses juridicamente protegidos. Esses pedido e causa de pedir definiriam o mérito do pedido de suspensão, distinguindo-o dos recursos⁸⁷.

Consideradas essas características, afirma-se que o pedido de suspensão de segurança contempla todas as peculiaridades das medidas cautelares: É *instrumental*, ao assegurar o sucesso da decisão final; é *provisorio*, porque subsiste por tempo determinado; é *revogável*, pois não faz coisa julgada material, e é *autônomo*, na medida em que seus fundamentos são diversos e independentes daqueles que embasaram a decisão do processo

⁸⁵ Como adiante se discorrerá, essa dicotomia entre tutela cautelar e tutela antecipada corresponde à classificação correntemente adotada pela doutrina.

⁸⁶ GUTIERREZ, Cristina. *Suspensão de liminar e de sentença na tutela do interesse público*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 53.

⁸⁷ DIDIER JUNIOR; CUNHA, op. cit., p. 529-530.

principal⁸⁸. Coexistiriam no pedido de suspensão, como em todo provimento cautelar, *um periculum in mora (inverso)*, caracterizado pela ofensa a um dos interesses públicos e o *fumus boni iuris*, ou *seja*, a plausibilidade da tese do Poder Público, o que se procede mediante um juízo de cognição sumária pelo Presidente do Tribunal⁸⁹.

Essa afirmação da natureza cautelar é robustecida pelos reiterados julgados dos Tribunais Superiores, que quase invariavelmente se referem à natureza cautelar ou de contracautela do instituto.

Entretanto, ausente nos julgados, em regra, análise mais acurada acerca de tratar-se a decisão do pedido de suspensão efetivamente de medida genuinamente cautelar ou de ser ela revestida de outra natureza, como antecipatória ou interinal.

Diversamente, a doutrina tem se dedicado à tentativa de melhor delimitar, sob essa perspectiva, a natureza jurídica da suspensão de segurança.

Para Venturi, a cautelaridade deriva das próprias características impostas pelo regime legal que regula o pedido de suspensão de segurança, consistindo em uma tutela jurisdicional urgente, necessária para proteger uma situação material juridicamente garantida e que se encontra ameaçada por dano iminente e de difícil reparação. Conclui que a aferição dessa *situação cautelanda*, por meio de uma tutela sumária de efeitos temporários e sob a ótica do *fumus boni iuris e do periculum in mora*, revela a natureza cautelar do instituto⁹⁰.

Afirma o autor que a negação da natureza cautelar ao pedido de suspensão de segurança, alicerçada na sua ausência de referibilidade com o *resultado útil* do processo principal, que é a instrumentalidade típica das medidas cautelares, decorre de uma concepção restrita e insatisfatória da tutela cautelar. Aduz que a tutela cautelar, considerada a necessária interpretação constitucional da garantia da efetividade da tutela jurisdicional, “deve ser encarada atualmente sob uma ótica substancial, abandonando-se a repetida e insuficiente ideia de que se prestaria à mera proteção do processo e não de pretensões materiais carentes de efetiva e urgente intervenção judicial”. Com amparo nas concepções de Cândido Dinamarco e Kazuo Watanabe acerca da instrumentalidade do processo e da necessidade de conferir efetividade à tutela jurisdicional, pugna pela revisão da concepção tradicional da tutela cautelar, pena de resultarem sem proteção alguns interesses. Sustenta que a tutela cautelar deve ser reputada apta a atuar no plano fático, protegendo “o próprio direito material, ainda

⁸⁸ COUTINHO, Ana Luísa Celino. *Mandado de segurança: da suspensão de segurança no direito brasileiro*. Curitiba: Juruá, 1999. p. 105.

⁸⁹ CUNHA, op. cit., p. 470-471. No que se refere à exigência da demonstração da plausibilidade da tese do Poder Público, entretanto, trata-se de questão controversa a ser melhor analisada no capítulo 2.

⁹⁰ VENTURI, op. cit., p. 66.

que de forma temporária, e mediante uma análise sumária, fundada em juízo de probabilidade (verossimilhança)”, o que implicaria aceitar “a autonomia da tutela cautelar, que não deriva nem se resume a uma autonomia procedimental”⁹¹.

Conclui que o pedido de suspensão, ainda que incidentemente deduzido, não se destina propriamente ou unicamente à preservação do resultado útil do processo sobre o qual incide, podendo nem mesmo haver direta e imediata referibilidade entre o objeto da lide principal e o do pedido de suspensão. Essa circunstância, todavia, não implicaria afastar a sua natureza cautelar, uma vez que se busca “a tutela de situações cautelandas substanciais, que podem transcender ao próprio processo judicial no qual se confina procedimentalmente”. Assim, não haveria propriamente referibilidade entre a lide principal e o pedido de suspensão, mas “reflexibilidade imediata e direta da sustação determinada pelo julgamento do pedido incidental sobre a eficácia dos provimentos presentes e futuramente deferidos na relação processual contra o Poder Público”⁹².

Cotejando as características do pedido de suspensão de segurança com a concepção da tutela cautelar por ele sugerida, Venturi conclui ser inafastável o seu enquadramento na categoria de medidas genuinamente cautelares, ainda que com a peculiaridade de que sua finalidade não é salvaguardar o resultado útil do processo, mas o próprio direito substancial de cautela do interesse do Poder Público⁹³.

Parcela considerável da doutrina, no entanto, nega a natureza cautelar do pedido de suspensão exatamente em face dessa finalidade de assegurar o próprio interesse público em litígio. Filiam-se, portanto, ao entendimento de Marinoni, para quem a distinção entre tutelas cautelar e antecipada reside precisamente na constatação de que a primeira não se destina a satisfazer o interesse, mas em assegurar a viabilidade da sua realização. Via de consequência, todas as tutelas que satisfazem o direito material invocado pelo autor são

⁹¹ Ibidem, p. 63-68. Discorda assim o autor da concepção sedimentada a partir do entendimento do Ministro Sepúlveda Pertence, no sentido de que “a suspensão de segurança, concedida liminar ou definitivamente, é contracautela que visa à salvaguarda da eficácia plena do recurso que contra ela se possa manifestar, quando a execução imediata da decisão, posto que provisória, sujeita a riscos graves de lesão a interesses públicos privilegiados”. Afirma que essa concepção implica considerar que a suspensão de segurança somente teria correlação com as decisões judiciais proferidas no curso da relação jurídica processual pendente, não sendo extensível a outras decisões exaradas em processos distintos. Considera essa conclusão inaceitável, porque deixa de explicar a *eficácia transcendente* da decisão suspensiva, ou seja, os efeitos que se projetam para outros processos alheios àquele sobre o qual incide o pedido de suspensão. Anota que a *eficácia transcendente* da decisão se verifica em face da impossibilidade de concessão de nova medida, ainda que no âmbito de outra ação, que de qualquer forma reative a eficácia da decisão cuja execução foi suspensa, impedimento objeto de reiteradas decisões do STF. Acrescenta que a *eficácia transcendente* é observada também pela permissão de se suspender, em uma única decisão, os efeitos de liminares supervenientes, mediante aditamento do pedido original (§ 8º do art. 4º da Lei 8.437/1992).

⁹² Ibidem, p. 68-69.

⁹³ Ibidem, p. 65-67.

antecipatórias, ainda que por vezes não se afigure tarefa fácil visualizar esta realidade, como ocorre em face da tutela inibitória, que se aplica ao direito ainda não violado⁹⁴.

Nesse sentido, Bezerra discorda do entendimento de que a suspensão de segurança tem natureza cautelar, por ela definida como provimento que “se destina a conservar as condições fáticas idôneas para que os provimentos jurisdicionais que lhe são sucessivos possam ser executados de maneira útil”, ou seja, que “têm por objeto eliminar ou neutralizar a ocorrência de circunstâncias fáticas capazes de impedir a efetividade de outras tutelas jurisdicionais a ela posteriores”⁹⁵.

Afirma a autora que a suspensão de segurança tem objetivos, finalidades, requisitos e características distintas das cautelares. Enquanto a suspensão visa a “impedir a consumação de lesões à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas decorrentes dos efeitos normais da execução provisória de determinada tutela jurisdicional presente”, a cautelar visa a “impedir a consumação de lesões à efetividade de tutela jurisdicional futura”. Noutro aspecto, embora sejam ambas acessórias e dependentes em relação à ação principal, a ação cautelar é caracterizada pela instrumentalidade, porque busca “assegurar a efetividade das tutelas jurisdicionais a serem posteriormente exaradas nesta mesma ação principal”. Trata-se de característica ausente na suspensão, porque o Poder Público não ajuíza o pedido com a finalidade de garantir o resultado útil de qualquer outra tutela jurisdicional. Acrescenta que a tutela cautelar é mediata, enquanto a suspensão “assegura a possibilidade imediata da própria tutela do direito postulado”. Para a autora, enquanto a tutela cautelar tem como requisitos o *fumus boni iuris*, representado pelo direito à tutela jurisdicional efetiva, e o *periculum in mora*, caracterizado pelo risco de lesão ao direito à tutela jurisdicional efetiva, a tutela suspensiva tem como requisito apenas a possibilidade de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas⁹⁶.

Considerando que a medida que defere o pedido determina “a efetiva precipitação dos efeitos da manifestação jurisdicional definitiva [...], buscando evitar a inefetividade do comando jurisdicional posterior”, conclui a autora que a tutela concedida

⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 2. p. 199-206.

⁹⁵ BEZERRA, op. cit., p. 102.

⁹⁶ Ibidem, p. 104-107. Conclui a autora que o pedido de suspensão tem *natureza cognitiva constitutiva*, porque o autor do pedido de suspensão postula ao órgão jurisdicional o conhecimento dos fatos, caracterizados pelos efeitos da tutela jurisdicional e pela possibilidade de lesão aos interesses públicos, bem como a avaliação destes fatos em face do direito aplicável. Requer o autor então a determinação das consequências jurídicas decorrentes da incidência das normas jurídicas sobre os atos, com consequente a produção da norma jurídica concreta aplicável no caso em concreto, resultando na modificação de uma situação jurídica anterior.

liminarmente no pedido de suspensão tem natureza antecipatória, cujos requisitos são a plausibilidade do direito invocado e a urgência na sua concessão⁹⁷.

Rodrigues igualmente considera incorreta a atribuição da natureza cautelar à suspensão de segurança, preferindo enquadrá-la como *preventiva*. Na suspensão de segurança, não haveria uma relação de instrumentalidade entre o processo cautelar e o processo principal, entre a suspensão da eficácia da decisão e a tutela jurisdicional pleiteada pelo autor da ação originária, porque “não há uma relação direta ou biunívoca entre o bem tutelado pela medida suspensiva e o bem da vida discutido no processo sobre o qual caiu o incidente”⁹⁸.

Para Scartezzini, a suspensão de segurança tem finalidade *preventiva*, de contracautela, destinada a estabelecer o equilíbrio jurídico e substancial entre os interesses em conflito. Entende que a *preventividade* da suspensão não está atrelada ao resultado útil do processo, não se tratando de instrumentalidade em relação ao processo de origem, porque a decisão suspensiva não lhe analisa o mérito, o acerto ou desacerto da decisão nele proferida. Conclui que essa concepção distancia a suspensão da “cautelar propriamente dita”, pois não guarda relação com o interesse do requerente. De qualquer forma, reputa correta a denominação de *contracautela*, pois se suspende o provimento jurisdicional com o intuito de se evitar prejuízos ao interesse público (*periculum in mora inverso*)⁹⁹.

Assim, a definição da natureza do pedido de suspensão demanda primeiramente uma análise acerca da natureza e das características da tutela genuinamente cautelar e da sua distinção frente às medidas judiciais genericamente referidas como tutelas antecipadas. Demanda especialmente, no entanto, uma melhor compreensão acerca da efetiva finalidade do pedido de suspensão de segurança em relação ao interesse público que se encontra ameaçado pela decisão cujos efeitos se pretende suspender. Em outros termos, demanda esclarecer se a sua finalidade se restringe ao asseguramento do resultado útil do processo principal ou se propriamente salvaguardar o interesse material do Poder Público.

⁹⁷ Ibidem, p. 202-203.

⁹⁸ RODRIGUES, op. cit., p. 180-184. O autor também atribui à decisão do pedido de suspensão a natureza de *atividade de conhecimento*, na modalidade *constitutiva*, definida como a sentença que “expressa uma declaração de existência de um direito de alterar a situação jurídica demandada em juízo”, conjugada com a “criação de uma situação jurídica nova, portanto, distinta da anterior”. A situação jurídica nova consistiria na retirada a exequibilidade da decisão concedida contra o Poder Público.

⁹⁹ SCARTEZZINI, op. cit., p. 48-52.

1.2.4.2 Distinção entre medidas cautelares, antecipatória e interinais

As tutelas de urgência são reputadas o gênero constituído pelas espécies que a doutrina, com algumas divergências de denominação e de critérios de classificação, costuma arrolar como medidas cautelares e tutelas antecipadas¹⁰⁰.

Para a doutrina majoritária, é cautelar a medida que tem por objeto providência destinada “a garantir o processo de conhecimento ou de execução, sem, contudo, conferir ao autor o gozo do direito material afirmado na ação principal”, a exemplo do arresto ou sequestro. É antecipatória a medida que confere “a eficácia da sentença de procedência da ação de conhecimento, importando realização provisória do próprio direito material afirmado pelo autor”, como sucede com a liminar que concede alimentos provisionais¹⁰¹. Assim, atribui-se à *medida cautelar* a natureza instrumental, porque seu escopo é “conceder antecipadamente medidas que viabilizem a prestação jurisdicional almejada”, enquanto a tutela antecipada defere “provisoriamente ao autor, antes do julgamento definitivo da ação, o próprio provimento jurisdicional pretendido, ou seus efeitos (tutela satisfativa)”¹⁰².

Observa-se que a *satisfatividade*, que se restringe ao mundo dos fatos, é o critério utilizado para distinguir a tutela antecipada da genuína cautelar. Essa satisfatividade consiste na coincidência total ou parcial do interesse material que se pretende na tutela final com o que se pretende antecipar. Caracterizada a coincidência, configura-se a antecipação da tutela, enquanto a ausência total dessa coincidência revela a presença de tutela cautelar¹⁰³.

Ovídio Baptista da Silva adere ao entendimento da doutrina predominante, no que se refere ao critério distintivo, ao afirmar que a tutela cautelar “assegura, porém não *satisfaz* o direito assegurado”, entendida a *satisfação* de um direito “como equivalente à sua *realização* concreta e objetiva”, no plano das relações humanas, ou seja, faticamente. No entanto, diverge da definição de tutela cautelar, entendendo que essa espécie de medida exerce

¹⁰⁰ Oportuna a advertência de Bueno de que a distinção entre a tutela antecipada e a tutela cautelar, na perspectiva tradicional, é “uma das mais intrincadas questões a ser enfrentada pelo estudioso do direito processual civil. Muitas vezes, a linha que separa uma da outra é tênue e repousa muito mais na *ênfase* do que é pedido ao Estado-juiz e ao modo de se beneficiar da tutela jurisdicional do que, propriamente, em algo cientificamente comprovado ou que pertença, ontologicamente, à espécie ‘tutela antecipada’ ou ‘tutela cautelar’” (BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*, 4: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 149).

¹⁰¹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 165.

¹⁰² MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 536-537.

¹⁰³ BUENO, 2012, op. cit., p. 150. Como referem Wambier e Talamini, no entanto, há ao menos três sentidos de satisfatividade, como coincidência entre o provimento principal e o cautelar, como irreversibilidade dos efeitos da medida no plano empírico e como prescindibilidade da ação principal (WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: processo cautelar e procedimentos especiais*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 50-51).

a “função de instrumento que *assegura a realização* dos direitos subjetivos”, de proteger o direito provável da parte que a requer, não se destinando meramente a assegurar o processo. Elabora então o conceito de *situação cautelanda* e conclui que fundamental para se conceituar o que seja a tutela cautelar é “estabelecer, no caso concreto, qual o interesse jurídico ameaçado de dano iminente, a carecer de proteção cautelar”¹⁰⁴.

Marinoni também não discrepa da adoção do critério distintivo representado pela satisfatividade do direito postulado na tutela definitiva. Adota, no entanto, critério de classificação que insere a *tutela interinal* como espécie de tutela antecipada. De acordo com o autor, “a tutela de urgência é gênero, do qual são espécies a tutela antecipatória em face do *periculum in mora* e a tutela cautelar”. A tutela antecipatória em face do *periculum in mora* abre-se em tutelas antecipatórias *strictu sensu*, quando deferidas em ações condenatórias e executivas, e tutelas antecipatórias interinais, deferidas nas ações declaratórias, constitutivas e desconstitutivas. Estas últimas atuam no processo até a outorga da tutela final¹⁰⁵.

O entendimento de Bellinetti diverge substancialmente da doutrina majoritária. Para o autor, as tutelas urgentes, definidas como “aquelas dadas em face da existência do perigo de dano decorrente da demora em sua prestação, ou seja, aquelas que se viabilizam pelo *periculum in mora*”, dividem-se em satisfativas, quando deferidas a final, ou não-satisfativas, quando provisórias. Por esse critério de classificação, tutelas urgentes não-satisfativas são o gênero que se divide em tutelas cautelares e tutelas interinais¹⁰⁶.

A tutela cautelar é definida pelo autor como aquela que tem por escopo resguardar uma determinada situação fática ou jurídica até que o conflito de interesses que a envolve seja resolvido pela norma concreta e essa norma se realize no mundo das coisas, preservando o resultado útil do processo principal. Dessa conceituação, extrai-se que a função da cautelar consiste em assegurar o resultado útil do processo de tutela satisfativa, de forma que seja ela proveitosa ao requerente, atendendo à sua pretensão, quando amparada pela ordem jurídica. Esse caráter instrumental e acessório da tutela cautelar demonstra que ela “não se presta à satisfação do direito material, finalidade da tutela satisfativa principal”¹⁰⁷.

¹⁰⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista. *Curso de processo civil: processo cautelar (tutela de urgência)*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 38-52.

¹⁰⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 125-128. Ressalva o autor que as tutelas interinais, especialmente porque passíveis de concessão no âmbito de ações declaratórias, constitutivas e desconstitutivas, podem ser confundidas com as cautelares. Refere o autor que se configura uma “zona de penumbra” que pode levar à inexata compreensão da natureza destas tutelas antecipatórias, uma das razões que levaram à fungibilidade prevista no art. 273, § 7º, do CPC.

¹⁰⁶ BELLINETTI, op. cit., p. 99.

¹⁰⁷ Ibidem, p. 57-60. Anota o autor que alguns doutrinadores, a partir de uma concepção formulada por Carnelutti, sustentam que a tutela cautelar teria por fim também assegurar o equilíbrio das partes no processo. Considera, todavia, que esse entendimento não se afigura correto, porque a função de assegurar o equilíbrio

A tutela interinal, por sua vez, é definida por Bellinetti “como aquela que não assegura o processo principal e tampouco satisfaz a pretensão, mas apenas regula provisoriamente uma situação ligada ao litígio, em face de sua urgência”, como nas hipóteses do art. 273, I, do CPC, ou “em hipóteses expressas em lei como merecedoras de uma antecipação total ou parcial da tutela pleiteada”, tal como sucede com a previsão do art. 273, II, do CPC. A tutela interinal atua assim “para regular interinamente uma situação ligada ao litígio, que exige uma regulamentação provisória, fazendo-o através de uma antecipação, total ou parcial, dos efeitos da tutela satisfativa pretendida”¹⁰⁸.

A definição de Bellinetti de tutela interinal, embora assemelhada à de tutela antecipada, discrepa do entendimento predominante, na medida em que não insere nessa espécie de provimento de urgência a nota da satisfatividade, entendida como a coincidência dos efeitos antecipados com a tutela pleiteada na sentença definitiva¹⁰⁹.

Para o autor, a denominação *tutela antecipada* melhor se presta para designar o gênero constituído pelas medidas cautelares ou interinais e que tem por finalidade adiantar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela que se pretende obter a final, razão pela qual a define como “a constituição de uma norma concreta provisória (e portanto reversível) destinada a reger determinada situação fática ou jurídica até que pela insubsistência dos requisitos que a autorizam seja revogada, ou então sobrevenha uma norma concreta final, que naturalmente substitui a norma provisória, fazendo-a exaurir-se.” Trata-se, portanto de

das partes, “embora possa eventualmente até decorrer da tutela cautelar, como consequência secundária não necessária do provimento que visa garantir o resultado útil do processo principal, não é o objetivo da tutela cautelar”. Ocorrendo essa consequência, terá ela sido meramente fática e acidental da tutela cautelar.

¹⁰⁸ Ibidem, p. 80. Anota o autor que a designação “interinal” é mais adequada que “provisória”, porque a provisoriedade é característica também da tutela cautelar, que não tem o caráter de interinidade, destinando-se apenas a assegurar a efetividade do processo principal. Noutro aspecto, a satisfatividade mencionada pelo autor é de natureza jurídica, não fática, que somente poderia ser deferida pelo provimento definitivo.

¹⁰⁹ Adota o autor conceito de satisfatividade distinto do predominante na doutrina. Filiando-se à concepção de que a satisfatividade somente pode ser pensada no âmbito jurídico, porque “a tutela jurisdicional significa a proteção do Estado, com base no Direito, para os direitos subjetivos e qualquer forma de atuar lícito”, conclui que essa proteção e pode ser considerada satisfativa quando for definitiva. Ressalta o autor que a tutela definitiva não é necessariamente imutável, como ocorre nas denominadas *tutelas satisfativas de urgência*, e que termo definitivo não se refere a algo permanente e imutável, indicando oposição a provisório, algo que não necessita de complemento, que se afigura “bastante em si”. De acordo com essa concepção, a tutela provisória não confere efetiva satisfação, que somente poderá decorrer da apreciação da pretensão da parte mediante o estabelecimento de uma norma concreta que reconheça definitivamente o seu direito, ou seja, mediante uma sentença de mérito, ainda que recorrível. Acrescenta que poderá haver satisfação provisória de determinado interesse, mas se tratará de satisfatividade no plano dos fatos, como sustenta Ovídio Baptista da Silva, ou de satisfatividade em um conceito jurídico-formal, na esteira do que preconiza Galeno Lacerda. A tutela não será juridicamente satisfativa, no entanto, porque a efetiva proteção ao direito subjetivo da parte ainda não foi conferida pelo Estado, na medida em que a norma concreta postulada ainda não foi estabelecida (BELLINETTI, Luiz Fernando. Tutela jurisdicional satisfativa. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 21, n. 81, p. 98, 1996).

classificação que tem por critério o momento da concessão da medida¹¹⁰.

1.2.4.3 Natureza da tutela de urgência deferida no pedido de suspensão

Expostas essas considerações e adotando a ressalva de Bueno de que único *critério útil* para distinguir objetivamente a tutela antecipada da tutela cautelar “é verificar em que condições o que se pretende 'antecipar' coincide ou não com o que se pretende a final”¹¹¹, pode-se concluir, em um primeiro exame, que a natureza jurídica da decisão que defere o pedido de suspensão é de tutela antecipatória, no conceito adotado pela doutrina predominante; de tutela interinal ou antecipatória *stricto sensu*, na definição de Marinoni; ou de tutela interinal, na acepção de Bellinetti.

Eliminada a distorção existente antes da reforma de 1994, a cautelar voltou a ter sua natural função de assegurar a viabilidade da realização do direito, não se destinando a satisfazer, ainda que provisoriamente, o interesse acautelado¹¹². Respeitadas, pois, suas provisoriedade e instrumentalidade ao processo principal¹¹³. Assim, a tutela cautelar cumpre sua função de garantia constitucional do acesso à justiça, fonte de toda e qualquer tutela jurisdicional¹¹⁴, reservando à decisão de mérito a tarefa de tutelar o bem da vida, o que pode ser procedido na sentença definitiva ou antecipadamente.

Sob esta perspectiva, a medida concedida no processo de suspensão de segurança, embora se trate inquestionavelmente de tutela de urgência, não pode ser classificada como cautelar, porque anteciparia, ainda que provisoriamente, o efeito buscado pelo Poder Público na ação principal. Com efeito, tratando-se a medida concedida contra o Poder Público de tutela de natureza condenatória ou executiva, a decisão que defere a suspensão da execução da decisão implica proporcionar ao requerente a manutenção da integridade de seu patrimônio ou desonerá-lo da obrigação de fazer ou não fazer. Por sua vez, a suspensão das medidas de natureza declaratória, constitutiva ou desconstitutiva implica a declaração da certeza do direito e a manutenção da situação jurídica, respectivamente. Em todas essas situações, o deferimento do pedido de suspensão coincide com o que almeja o

¹¹⁰ BELLINETTI, 1997, p. 78-82.

¹¹¹ BUENO, 2012, op. cit., p. 149-154. Ressalva o autor que, na atual quadra do direito, a distinção entre tutela cautelar não se justifica, razão pela qual em boa hora foi adotada a fungibilidade entre as tutelas de urgência pelo § 7º do art. 273 do CPC.

¹¹² MARINONI; ARENHART, op. cit., p. 197-199.

¹¹³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 341.

¹¹⁴ VENTURI, op. cit., p. 59.

Poder Público na ação principal, no exercício do seu direito de defesa¹¹⁵.

A nota distintiva da decisão prolatada pelo Presidente do Tribunal no pedido de suspensão de segurança é que não é ela provisória, no sentido de se destinar a ser substituída pela decisão definitiva, como ocorre usualmente com as tutelas antecipadas. Trata-se de decisão temporária, com vigência vinculada às decisões proferidas no processo principal ou à subsistência da situação de perigo aos interesses do Poder Público¹¹⁶. Essa característica, decorrente das peculiaridades do instituto da suspensão de segurança, parece não se revelar suficiente para atribuir-lhe natureza cautelar, embora contribua para remete-la à “zona de penumbra” referida por Marinoni.

1.3 PROCEDIMENTO DO PEDIDO DE SUSPENSÃO

Examinam-se nesse item alguns aspectos do procedimento do pedido de suspensão de segurança, o que se faz apenas com a finalidade de proporcionar uma razoável compreensão do instituto, necessária para o desenvolvimento da análise a ser realizada na sequência do trabalho. Embora alguns dos aspectos do procedimento suscitem entendimentos divergentes e controvertidos, não é objetivo desse trabalho avançar na matéria, exceto no que se refere aos pontos destacados para análise mais aprofundada, objeto do capítulo seguinte.

O procedimento do pedido de suspensão de segurança adotado pelos tribunais é bastante simples, consentaneamente com a sua finalidade de representar um meio sumário e célere de suspender a execução de decisões contrárias aos interesses públicos.

Conforme sintetiza Bueno, concedida ao particular a liminar em mandado de segurança ou a medida cautelar ou antecipação de tutela nas demais espécies de ação, o Poder Público pode, sem prejuízo da interposição do recurso de agravo, requerer ao Presidente do Tribunal competente a suspensão dos efeitos da decisão. No pedido deverá alegar e demonstrar que os efeitos da decisão comprometem a ordem, a saúde, a segurança ou a economia públicas. Tratando-se de caso de urgência, o pedido pode ser liminarmente concedido. O Presidente pode ouvir o impetrante e o Ministério Público, em cinco dias. Da decisão monocrática do Presidente do Tribunal, acolhendo ou rejeitando o pedido de suspensão, cabe o recurso denominado “agravo interno”, no prazo de cinco dias. Resultando do acórdão que julgar o agravo interno a manutenção da decisão concedida contra o Poder

¹¹⁵ Ainda mais claramente, o instituto se amolda ao conceito de tutela interinal de Bellinetti, no sentido de tutela destinada a regular uma situação durante o processo, em face de sua urgência.

¹¹⁶ Em verdade, os fundamentos do pedido de suspensão podem nem mesmo ser objeto de decisão no processo principal.

Público, pode esse pleitear diretamente perante o Presidente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, a suspensão de seus efeitos. Esse novo pedido cabe igualmente quando, do julgamento do agravo interposto contra a decisão de primeira instância, essa é confirmada ou, tratando-se de decisão denegatória, seja a medida concedida pelo tribunal. Prevê a legislação de regência também a possibilidade de que decisões sobre a mesma tese jurídica tenham seus efeitos suspensos por mero aditamento ao pedido anteriormente deferido. Em quaisquer das hipóteses, a suspensão dos efeitos da decisão antecipatória da tutela tende a perdurar até o trânsito em julgado da decisão final¹¹⁷.

1.3.1 Competência

A competência para a análise do pedido de suspensão de segurança é atribuída monocraticamente ao Presidente do Tribunal competente para apreciar os recursos cabíveis contra a decisão liminar, medida cautelar, antecipação da tutela ou sentença prolatadas pelo juízo estadual ou federal de primeiro grau. Nas hipóteses em que o juiz estadual esteja exercendo competência federal delegada, nos termos do art. 109, § 3º, da Constituição, o pedido de suspensão deverá ser dirigido ao Presidente do Tribunal Regional Federal que abranja aquela área geográfica¹¹⁸.

Tratando-se a decisão que se pretende suspender de medida concedida, em única ou última instância, por tribunais inferiores, o pedido de suspensão deverá ser dirigido ao Presidente do Supremo Tribunal Federal ou ao Presidente do Superior Tribunal de Justiça, quando a causa tiver por fundamento, respectivamente, matéria constitucional ou infraconstitucional, nos termos do art. 25 da Lei nº 8.038/1990.

Contendo a causa de pedir fundamentos constitucional e infraconstitucional, entende-se que se deve aplicar por analogia, a regra do art. 543 do CPC, dirigindo-se o pedido de suspensão para o Presidente do STJ, que o remeteria para o Presidente do STF se entendesse tratar-se de matéria constitucional¹¹⁹. Em sentido oposto, postula-se que se houve matéria constitucional, a competência para o pedido de suspensão será do Presidente do STF, “ainda que venha cumulada ou imbricada com uma outra matéria de índole

¹¹⁷ BUENO, 2012, op. cit., p. 144-145.

¹¹⁸ DIDIER JUNIOR; CUNHA, op. cit., p. 532-533.

¹¹⁹ Nesse sentido, Bueno argumentando que restou assentado no ATA-AGR 111/CE que “o requerimento de pedido de suspensão de tutela antecipada perante o Supremo Tribunal Federal não é impeditivo de idêntica formulação perante o Superior Tribunal de Justiça, se a causa tiver por fundamento matéria infraconstitucional, conforme dispõe o art. 25 da Lei nº 8.038/90” (BUENO, 2007, op. cit., p. 266).

infraconstitucional”, porque essa é absorvida por aquela¹²⁰. Admite-se ainda que, em face de ausência de restrição legal, poderão ser formulados concomitantemente ambos os pedidos, cada um deles endereçado ao respectivo Tribunal. De acordo com esse entendimento, não se aplicará a sucessividade prevista no art. 543, § 1º, do CPC, de sorte que “a decisão favorável que primeiramente for proferida torna prejudicado o outro requerimento”¹²¹.

1.3.2 Legitimação Ativa

A legitimação ativa para o pedido de suspensão de segurança é atribuída à pessoa jurídica de direito público interessada e ao Minsitério Público, nos termos do ar. 25 da Lei nº 8.038/1990, do art. 4º da Lei nº 8.437/1992 e do art. 15 da Lei nº 12.016/2009.

A legitimação das pessoas jurídicas de direito público decorre da própria finalidade do instituto, na medida em a elas incumbe diretamente a proteção da ordem, da saúde, da segurança e da economia públicas, interesses tutelados pela suspensão de segurança. Com efeito, compete privativamente à União, entre outras atribuições, assegurar a defesa nacional, emitir moeda, administrar as reservas cambiais do país e fiscalizar as operações de natureza financeira, planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas, e executar os serviços de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras (CF, art. 21, III, VII, VIII, XVIII e XXII). É ainda competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público, além de cuidar da saúde (CF, art. 23, I e II). O instituto da suspensão da segurança tutela, portanto, alguns dos bens jurídicos considerados valiosos pela Constituição e cuja responsabilidade foi confiada a um ou mais dos entes políticos.

Além do mais, considerado o modelo econômico constitucional brasileiro, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios realizam, diretamente ou mediante concessão ou permissão, obras e serviços públicos que podem ser afetados por medidas judiciais. Em muitas dessas hipóteses, a obra ou serviço afetados pela medida judicial podem ser qualificadas como de interesse público, relativas à ordem, à segurança, à saúde, e mais frequentemente, à economia pública. Essas atividades podem gerar conflitos com os interesses de particulares e mesmo com outros interesses públicos, o que dá ensejo ao ajuizamento de ações visando à sua interrupção ou à modificação de alguns de seus aspectos e, conseqüentemente, também à apresentação do pedido de suspensão de segurança.

¹²⁰ DIDIER JUNIOR; CUNHA, op. cit.; p. 533-534.

¹²¹ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 402-403.

A legislação atribui a legitimidade à “pessoa de direito público interessada”. Esse interesse pode ser *direto*, nas hipóteses em que figurar no polo passivo da relação processual, razão pela qual é afetada diretamente pela concessão da medida judicial. Entretanto, em face da ausência de regulamentação expressa, entende-se, que o interesse pode ser também *indireto*, nos casos em que a medida judicial afete “ato ou fato de pessoa de direito privado, ocorrido em função de vínculo jurídico firmado com a pessoa de direito público”. Ofendida indiretamente a pessoa jurídica de direito público, por ter sido esta a autorizadora do ato da pessoa jurídica de direito privado, igualmente está legitimada para o pedido de suspensão¹²².

A legitimação atribuída ao Ministério Público, por sua vez, decorre diretamente de sua função institucional de, entre outras atribuições, zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (CF, art. 129). Assim, incumbindo ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127), a legitimação para o pedido de suspensão é instrumento para a tutela dos interesses públicos tutelados pelo instituto.

1.3.3 Utilização Concomitante do Agravo e do Pedido de Suspensão

A formulação do pedido de suspensão da execução da medida concedida contra o Poder Público pode ser procedida independentemente da interposição do recurso cabível contra a mesma decisão, que em regra se trata do agravo.

A possibilidade da concomitância do agravo e do pedido de suspensão, relativamente ao mandado de segurança, está atualmente prevista no art. 15, § 3º, da Lei nº 12.016/2009, que preceitua que “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”. No que se refere às demais ações, a previsão, com redação semelhante, consta do § 6º do art. 4º da Lei nº 8.437/1992, incluído pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001¹²³.

¹²² Ibidem, p. 391-392.

¹²³ Carvalho Filho observa que a lei não foi precisa ao estabelecer que “a interposição de agravo de instrumento não prejudica nem condiciona o *julgamento* do pedido de suspensão”. Em verdade, a intenção da lei foi afirmar que a interposição do recurso não constitui prejudicial para a formulação do pedido de suspensão. No que se refere ao *julgamento* do pedido de suspensão, afirma o autor que “se o pedido de suspensão for acolhido e o agravo contra essa decisão a confirmar, terá que considerar-se prejudicado o julgamento do

A justificativa para a concomitância dos pedidos decorre das distintas naturezas e objetivos do agravo e da suspensão de segurança. Desprovido o pedido de suspensão de natureza de recurso, não se aplica o princípio da singularidade ou unirrecorribilidade recursal, razão pela que não há vedação ao ajuizamento concomitante de ambas as medidas. Ademais, o agravo tem sua interposição subordinada à tempestividade, enquanto o pedido de suspensão não se sujeita a qualquer prazo, enquanto não transitar em julgado a decisão que se pretende suspender. Noutro aspecto, enquanto o agravo almeja a reforma ou a anulação da decisão, em razão de um *erro in judicando* ou de um *erro in procedendo*, o pedido de suspensão destina-se a sustar os efeitos da decisão, sem proceder à sua reforma ou anulação, sob fundamento de ameaça de lesão à ordem, à saúde, à economia ou à segurança públicas. O acolhimento de qualquer desses meios de impugnação atenderá à finalidade do Poder Público, suspendendo os efeitos da decisão ou reformando-a¹²⁴.

Afirma-se que o ajuizamento do pedido de suspensão, ademais de não depender da propositura do recurso cabível, também não é condicionado pela sua plausibilidade ou viabilidade. Portanto, os legitimados para o pedido de suspensão podem entender que determinada medida judicial concedida em seu desfavor é perfeitamente jurídica, descabendo qualquer recurso visando à sua reforma, mas atacar a sua execução provisória mediante a justificativa de grave ameaça à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas¹²⁵.

Além de poder ser formulado concomitantemente com o agravo interposto contra a decisão que concede a medida contra o Poder Público, o pedido de suspensão pode ser apresentado em face da denegação desse agravo. Nesse caso, é possível a formulação de pedido de suspensão de segurança ao STJ ou STF, conforme a natureza da matéria discutida, nos termos do § 5º do art. 4º da Lei nº 8.437/1992 e § 2º do art. 15 da Lei nº 12.012/2009¹²⁶.

1.3.4 Instrução do Pedido de Suspensão

A legislação de regência é omissa acerca da instrução do pedido de suspensão de segurança, sujeitando-se a matéria à interpretação doutrinária e jurisprudencial.

agravo de instrumento quando vier a ser julgado, eis que já decidida a matéria objeto da discussão” (Ibidem, p. 403). Parece equivocada a conclusão do autor de que a manutenção da decisão do presidente do tribunal tornará prejudicado o agravo de instrumento, porque são distintas as matérias em discussão em cada instrumento, bem como seus pressupostos e finalidades.

¹²⁴ CUNHA, op. cit., p. 481-483.

¹²⁵ BEZERRA, op. cit., p. 290-291. Trata-se, entretanto de entendimento controvertido, que será melhor analisado no segundo capítulo.

¹²⁶ DIDIER JUNIOR; CUNHA, op. cit., p. 543.

Assim, para Didier Junior e Cunha, não há requisitos formais previstos em lei para o pedido de suspensão, exigindo-se apenas a formulação de *requerimento* pelo legitimado. Entretanto, ainda que ausentes requisitos formais, deve o requerente narrar os fatos e fundamentos da demanda em que foi proferida a decisão que se pretende suspender, além de demonstrar o teor da decisão hostilizada e o consequente dano aos interesses públicos primários protegidos pela suspensão¹²⁷.

O ponto controvertido relativamente à instrução do pedido de suspensão de segurança reside na matéria que deve ser objeto de alegação ou comprovação pelo requerente.

Prepondera o entendimento de que incumbe ao Poder Público demonstrar unicamente que a decisão que pretender suspender acarretará grave lesão aos interesses públicos, se executada imediatamente. Ausente a necessidade de apontar ou comprovar eventuais erros da decisão cujos efeitos se pretende suspender, porque a sua *injuridicidade* ou *ilegalidade* não constitui pressuposto para a suspensão, prescindido de alegação ou comprovação pelo Poder Público¹²⁸.

No que se refere especificamente à demonstração da grave ameaça aos interesses públicos tutelados pela suspensão de segurança, não há uniformidade no entendimento doutrinário e jurisprudencial, encontrando-se diversidade de entendimentos acerca do que deve ser efetivamente comprovado, o que se justifica pelas diversas concepções acerca da natureza jurídica e do âmbito de apreciação do mérito do instituto.

1.3.4.1 Prova da lesão ao interesse estatal

Embora prepondere o entendimento de que a grave ameaça aos interesses públicos deve ser comprovada pelo Poder Público, aqueles que lhe atribuem a natureza jurídica de ato político-administrativo sustentam que essa comprovação é prescindível.

Para Tessler, não se afigura necessária a prova das alegações, inclusive porque não há dilação probatória no incidente, em face do princípio da presunção da veracidade e legalidade do agir da Administração. “Trata-se de uma manifestação do princípio

¹²⁷ Ibidem, p. 534.

¹²⁸ BEZERRA, op. cit., p. 290. Cita a autora entendimento paradigma da ex-ministra do STF Ellen Gracie Northfleet, no sentido de que a decisão judicial cujos efeitos se pretende suspender pode estar em conformidade com o ordenamento jurídico e ser passível de suspensão por causar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas: [...] o que ao Presidente é dado aquilatar, não é a correção ou equívoco da medida cuja Suspensão se requer, mas a sua potencialidade de lesão a outros interesses superiormente protegidos, como se verá adiante. Pode ser que a liminar ou sentença sejam Juridicamente irretocáveis mas, ainda assim, ensejem risco de dano aos valores que a norma buscou proteger e, portanto, antes do trânsito em julgado, devam seus efeitos permanecer sobrestados.

da precaução diante de prováveis riscos: agir antes e na incerteza dos acontecimentos que serão produzidos que devem ser prováveis e não apenas possíveis”. Reconhece a autora que o privilégio não desonera o órgão público de produzir consistente argumentação¹²⁹.

Entretanto, parece mais adequada a conclusão de Figueiredo, de que é necessária a comprovação da grave lesão, não bastando a mera alegação¹³⁰. É assim a prova concreta do risco de grave lesão que comporá o material probatório necessário para que o Presidente do Tribunal colha elementos para uma decisão fundamentada, conferindo legitimidade à suspensão de segurança na sua finalidade de proteger os interesses coletivos¹³¹.

1.3.4.2 Presunção de legalidade do ato administrativo

A dispensa da comprovação não pode se amparar na presunção de legitimidade ou de veracidade do ato administrativo, que se funda na expectativa de que a Administração submete-se à lei e de que todos os seus atos seriam verdadeiros e praticados com observância das normas¹³². Deve-se considerar que a interpretação dada pelo agente público à norma pode revelar-se equivocada, assim como a execução do ato pode sofrer intercorrências que o afastam da finalidade que inspirou a sua realização.

A ausência de dilação probatória não impede a comprovação do direito alegado, mediante prova pré-constituída, tal como sucede no mandado de segurança.

1.3.5 Decisão do Pedido e Necessidade de Fundamentação

Recebida a petição do pedido de suspensão, o Presidente do tribunal poderá determinar a sua emenda ou complementação ou a juntada de algum documento essencial; conceder liminarmente o pedido, sobrestando a execução da decisão, se constatar, em juízo prévio, a plausibilidade do direito invocado e a urgência na concessão da medida; denegar o pedido de suspensão, por não vislumbrar a lesão à ordem, à economia, à saúde nem à segurança pública; determinar a intimação do autor e do Ministério Público para que se pronunciem em setenta e duas horas¹³³.

Para Bezerra, considerando que a tutela suspensiva somente é autorizada em

¹²⁹ TESSLER, Marga Barth. A Justiça Federal e o Processo Civil. In: CICLO DE PALESTRAS DE PROCESSO CIVIL, 1., 2004, Curitiba. p. 8-9.

¹³⁰ FIGUEIREDO, op. cit., p. 151

¹³¹ RODRIGUES, op. cit., p. 173.

¹³² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 69.

¹³³ DIDIER JUNIOR; CUNHA, op. cit., p. 534-534.

hipóteses excepcionais, a suspensão liminar da medida concedida contra o Poder Público, sem a oitiva da parte contrária, somente pode ser deferida em situações ainda mais excepcionais, “quando iminente a periclitção do direito, em face de situação de extrema urgência passível de inviabilizar a tutela jurisdicional”. Acrescenta que o deferimento liminar exige ainda que os argumentos expostos na inicial e as provas documentais que a instruem sejam suficientes para “evidenciar, irrefutavelmente, o atendimento dos pressupostos legais”¹³⁴.

A decisão do Presidente do Tribunal deve ser devidamente fundamentada, inclusive a que indefere o pedido de suspensão, embora a legislação de regência mencione a exigência de fundamentação somente da decisão que o defere. Ademais da exigência de fundamentação do despacho que defere o pedido constar expressamente da legislação de regência, trata-se de aplicação necessária do preceito contido do art. 93, IX, da Constituição, “norma que constitui obstáculo ao arbítrio e resguarda o Estado de Direito”. É inviabilizado o controle dos atos jurisdicionais se não se propicia ao interessado a oportunidade de aferir as razões que motivaram a sua prolação, de sorte que “a fundamentação tem a estatura de efetiva garantia da parte interessada no processo”¹³⁵.

Exige-se, portanto, que a decisão contenha fundamentação específica para o caso concreto, afigurando-se insuficientes referências genéricas ou abstratas de atendimento dos pressupostos da suspensão de segurança. A decisão que acolhe ou que rejeita o pedido de suspensão deve, portanto, “explicitar as razões fáticas e jurídicas que lhes serviram de fundamento, as quais devem restar devidamente comprovadas nos autos”¹³⁶.

Não infirma essa necessidade de fundamentação a circunstância de que os dispositivos de regência da suspensão de segurança mencionam conceitos indeterminados, como “grave lesão” e “interesse público”. A presença de conceitos jurídicos indeterminados exige, na realidade, que as provas sobre as matérias de fato trazidas pelo Poder Público aos autos sejam mais detidamente analisadas¹³⁷.

1.3.6 Recurso de Agravo Interno

Da decisão do Presidente do Tribunal que acolhe ou rejeita o pedido de suspensão cabe o recurso de agravo, no prazo de cinco dias (art. 4º, § 3º, da Lei nº 8.437/1992, § 2º do art. 25 da Lei nº 8.038/1990 e art. 15 da Lei nº 12.012/2009).

¹³⁴ BEZERRA, op. cit., p. 202-203.

¹³⁵ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 398-399.

¹³⁶ BEZERRA, op. cit., p. 255.

¹³⁷ RODRIGUES, op. cit., p. 173.

O art. 15 da Lei nº 12.012/2009 não prevê a possibilidade do agravo contra a decisão do Presidente do Tribunal que indefere o pedido de suspensão, o que leva Bueno a afirmar que deve prevalecer essa ausência de previsão legal, não se aplicando ao mandado de segurança as razões que levaram o Supremo Tribunal Federal a cancelar a Súmula nº 506¹³⁸.

Admite-se que o agravo, a ser dirigido ao Plenário ou à Corte Especial do respectivo Tribunal, pode ser interposto contra a decisão do Presidente do Tribunal que rejeita ou concede liminarmente o pedido de suspensão e também que concede ou denega em caráter definitivo o pedido de suspensão, após o contraditório¹³⁹.

O cabimento do agravo contra a decisão que indefere o pedido de suspensão foi bastante criticado pela doutrina, por caracterizar mais um obstáculo à eficácia do mandado de segurança, especialmente considerando que a situação do particular perante o Poder Público já é absolutamente desfavorável em sede de suspensão de segurança¹⁴⁰. Entretanto, o Plenário do STF, no julgamento da Questão de Ordem na Suspensão de Segurança nº 1.945/AL, cancelou a Súmula 506. Assim, cabe o agravo também da decisão que indefere o pedido de suspensão, inclusive no que se refere ao mandado de segurança.

1.3.7 Novo Pedido de Suspensão ao STJ e ao STF

A Medida Provisória nº 2.180-35-2001 introduziu os §§ 1º e 2º ao art. 4º da Lei nº 4.348/1964 e os §§ 4º e 5º do art. 4º da Lei nº 8.437/1992, dispositivos que permitem ao Poder Público ajuizar novo pedido de suspensão ao Presidente do Tribunal competente para conhecer de eventual Recurso Especial ou Extraordinário (STJ ou STF), conforme a fundamentação do novo pedido seja constitucional ou infraconstitucional, nos casos em que for negado provimento a agravo de instrumento interposto contra a decisão que concede a liminar, ou ainda quando for dado provimento ao agravo interposto pelo autor da ação principal contra decisão que indefere a liminar. Essa previsão foi inserida também nos §§ 1º e 2º do art. 15 da nova Lei do Mandado de Segurança.

Foram, portanto, estabelecidas duas hipóteses de formulação deste "novo" ou "segundo" pedido de suspensão. A primeira possibilidade refere-se aos casos de indeferimento de pedidos de suspensão originariamente formulados contra medidas judiciais

¹³⁸ BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova lei do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 97. Referida súmula estabelecia que o agravo interno somente era cabível da decisão que concedia a suspensão, não da que a denegava.

¹³⁹ DIDIER JUNIOR; CUNHA, op. cit., p. 539.

¹⁴⁰ BUENO, 2007, op. cit., p. 254-255.

deferidas contra o Poder Público. A segunda se apresenta quando o pedido de suspensão pleiteado pelo Poder Público é deferido, mas é posteriormente dado provimento, pelo órgão colegiado do Tribunal, ao agravo interno interposto pelo autor da ação principal. Repristinados os efeitos da medida liminar concedida contra o Poder Público, cabe então um "novo" pedido de suspensão, dirigido ao Presidente do STJ ou STF¹⁴¹.

Assim, a previsão legal do novo pedido de suspensão amplia a vantagem processual e substancial do Poder Público em relação ao particular. Ao particular autor da ação originária, uma vez deferido o pedido de suspensão, será possibilitada a interposição de um agravo interno que será apreciado pelo Pleno ou pela Corte Especial do respectivo tribunal. Caso o agravo do autor não seja provido, não lhe será mais possível qualquer recurso, em face de orientação do STF e do STJ no sentido de que não cabe recurso extraordinário ou recurso especial de decisões proferidas no âmbito do pedido de suspensão¹⁴². O Poder Público, por sua vez, poderá igualmente interpor o agravo interno para o Pleno ou para a Corte Especial do respectivo Tribunal. Desprovido o agravo, embora o Poder Público também não possa interpor recursos especial ou extraordinário, lhe é permitido renovar o pedido de suspensão, diretamente para o Presidente do STF ou do STJ¹⁴³. Ainda que fossem cabíveis os recursos especial e extraordinário, o novo pedido de suspensão possibilitaria ao Poder Público um acesso mais rápido aos Tribunais Superiores, porque os referidos recursos não teriam processamento imediato (art. 542, § 3º, do CPC)¹⁴⁴.

Essa distinção de tratamento exacerba as críticas à conformidade do instituto com a Constituição, ponto que será melhor apreciado no capítulo seguinte.

Entende-se que esse novo pedido de suspensão, diversamente do que ocorre com o pedido de suspensão original, tem natureza de recurso, porque é necessário que o Poder Público demonstre o equívoco da decisão do Presidente do Tribunal que denegou o primeiro pedido¹⁴⁵. Considerada essa natureza recursal do novo pedido de suspensão, argumenta-se ainda que a sua interposição sujeita-se ao prazo de quinze dias, aplicando-se a regra do art. 508 do CPC¹⁴⁶. Em sentido oposto, considerando que o novo pedido de suspensão se trata de instrumento sem similar, não estaria ele sujeito a prazo de interposição, tal como o pedido de suspensão originário¹⁴⁷.

¹⁴¹ Ibidem, p. 260-261.

¹⁴² DIDIER JUNIOR; CUNHA, op. cit., p. 539.

¹⁴³ Ibidem, p. 539-540.

¹⁴⁴ BUENO, 2007, op. cit., p. 261.

¹⁴⁵ ALVIM, op. cit., p. 279-280.

¹⁴⁶ Ibidem, p. 280.

¹⁴⁷ Ibidem.

1.3.8 Suspensão Coletiva de Liminares e de Decisões Supervenientes

O § 8º do art. 4º da Lei nº 8.437/1992 e o § 5º da Lei nº 12.016/2009 permitem ao Presidente do Tribunal suspender diversas liminares com idêntico objeto em uma única decisão, bem como estender os efeitos da suspensão a outras liminares supervenientes. Trata-se de permissivo cuja conformidade com o sistema constitucional processual é igualmente contestada.

Argumenta-se, todavia, que se trata de dispositivo que atende ao princípio da economia processual, porque permite a suspensão de liminares supervenientes mediante simples pedido de aditamento, formulado em um anterior pedido de suspensão. A regra atenderia ainda ao interesse público, na medida em que a permissão da suspensão coletiva tornaria possível a suspensão de medidas concedidas contra o Poder Público que isoladamente não seriam suficientes para justificar a caracterização da grave ameaça à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas. A regra permite, portanto, a suspensão nas hipóteses das chamadas *demandas de massas*¹⁴⁸.

1.3.9 Contraditório no Pedido de Suspensão e no Agravo

A legislação atualmente aplicável ao pedido de suspensão de medidas judiciais em todas as espécies de ação, inclusive no âmbito dos tribunais, estabelece que o Presidente do Tribunal poderá ouvir o autor da ação originária, além do Ministério Público. Embora a Lei do Mandado de Segurança (Lei nº 12.016/2009) não mencione expressamente essa possibilidade, deve-se entender que igualmente se aplica a previsão, por analogia e por obediência aos princípios constitucionais¹⁴⁹.

A teor do que estabelece o § 1º do art. 25 da Lei nº 8.038/1990, nos processos sob responsabilidade do Presidente do STF, o prazo para a oitiva do Procurador-Geral da República e do autor da ação principal é de cinco dias. No âmbito dos tribunais inferiores, o prazo assinalado ao particular e ao Ministério Público é de setenta e duas horas, nos termos do § 2º do art. 4º da Lei nº 8.43/1992.

O princípio do contraditório é considerado “o princípio cardeal para a determinação do próprio conceito de função jurisdicional e que se confunde com a própria história do processo civil, desde o direito romano primitivo.” No direito brasileiro, o

¹⁴⁸ DIDIER JUNIOR; CUNHA, op. cit., p. 541-542.

¹⁴⁹ Nesse sentido: BEZERRA, op. cit., p. 205.

contraditório, ou bilateralidade da audiência, realiza o princípio constitucional do direito de defesa, ou direito ao devido processo legal, consubstanciado no art. 5.º, LV, da Constituição Federal. Entre as poucas limitações que se permite impor ao contraditório, está a possibilidade do juiz conceder liminares *inaudita altera pars*, como acontece no processo cautelar, sempre que a prévia manifestação do demandado puder tornar ineficiente a tutela jurisdicional¹⁵⁰, hipótese, entretando, que o contraditório não é suprimido, mas apenas postergado.

Considerados esses pressupostos da ordem jurídica constitucional, entende-se que o verbo "poder" empregado na legislação que rege a suspensão de segurança não implica mera faculdade do Presidente do Tribunal. A oitiva da parte adversa constitui “nítido *dever*, de verdadeira imposição constitucional (princípio do contraditório), que só admite postergação diante da *necessidade*, devidamente justificada, de proteção imediata de outros valores constitucionais”¹⁵¹. Assim, o exercício do contraditório somente seria dispensado se o Presidente liminarmente denegar o pedido de suspensão formulado pelo Poder Público. Entretanto, se o Presidente admitir o pedido ou conceder liminarmente a suspensão da medida judicial, seria indispensável o contraditório, devendo ser intimados o autor e o Ministério Público para que se manifestem¹⁵². Inadmissível assim que "o autor da demanda tenha suspensa a eficácia da decisão judicial que o favoreceu, decisão esta normalmente pautada num caráter de urgência, sem que se lhe oportunize a chance de ser ouvido acerca da medida que poderá vir a suportar"¹⁵³, ainda que esse contraditório tenha que ser postergado em razão da excepcionalidade da situação¹⁵⁴.

Em sentido diverso, afirma-se que deve o Presidente do Tribunal decidir de plano o pedido de suspensão, sem necessidade de instaurar o contraditório, porque a prévia oitiva da parte adversa ou do Ministério Público poderia inviabilizar a tutela suspensiva, caracterizada pela urgência. Assim, a manifestação do impetrante e do Ministério Público seria “faculdade do presidente, se entender pouco esclarecedor o pedido apresentado e se não considerá-lo, de plano, ilegítimo”. De acordo com esse entendimento, o contraditório, embora não seja dispensado, deve ser postergado e somente pode ser exercido pelo autor da ação principal por ocasião da apresentação de agravo contra a decisão concessiva da suspensão¹⁵⁵.

¹⁵⁰ SILVA, 2011, op. cit., p. 51.

¹⁵¹ BUENO, 2007, op. cit., p. 166. Em sentido contrário, para Ana Luiza Celino Coutinho, a ausência do contraditório no pedido de suspensão se justifica em razão de sua natureza cautelar (COUTINHO, op. cit., p. 140).

¹⁵² DIDIER JUNIOR; CUNHA, op. cit., p. 534-534.

¹⁵³ RODRIGUES, op. cit., p. 202.

¹⁵⁴ BEZERRA, op. cit., p. 209.

¹⁵⁵ PEREIRA, op. cit., 2003, p. 306.

Argumenta-se, todavia, que a obrigatoriedade do contraditório, ademais de exigência do princípio albergado pelo art. 5º, LV, da Constituição, decorre do teor do § 7º do art. 4º da Lei nº 8.437/1992 e do art. 4º do art. 15 da Lei nº 12.016/2009, que preceituam que “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.” Referidos dispositivos somente se revestiriam de sentido se interpretados como expressão da necessidade de processar o pedido de suspensão em contraditório. Logo, somente em casos de urgência, em que o prévio contraditório puder comprometer os interesses tutelados pela suspensão, é que se admite que o pedido seja deferido liminarmente. Colhida então a manifestação do beneficiário da liminar, o Presidente pode manter ou reformar a decisão que suspendeu os efeitos da medida concedida contra o Poder Público. Dessa decisão é que caberia o recurso de agravo interno ou o novo pedido de suspensão de que tratam os §§ 4º e 5º do art. 4º da Lei nº 8.437/1992 e os §§ 1º e 2º do art. 15 da Lei nº 12.016/2009¹⁵⁶.

Considerando ainda que a suspensão de segurança, por sua própria natureza, submete o autor da ação principal a uma situação de inferioridade processual e material frente ao Poder Público, cumpre lembrar a advertência de Oliveira de que “o direito fundamental ao contraditório situa-se para além da simples informação e possibilidade de reação”. Conceitua-se, em verdade, de forma mais ampla, “na outorga de poderes para que as partes participem no desenvolvimento e no resultado do processo, da forma mais paritária possível, influenciando de modo ativo e efetivo a formação dos pronunciamentos jurisdicionais”¹⁵⁷.

Por conseguinte, a observância do contraditório, no sentido de proporcionar a igualdade substancial entre as partes nas suas faculdades de interferir no conteúdo da decisão judicial, se prestaria a reduzir a característica anti-isonômica do pedido de suspensão. Ao reverso, suprimir ou reduzir substancialmente a possibilidade do contraditório implicaria abalar definitivamente o que resta de dignidade constitucional ao instituto¹⁵⁸.

Por fim, considerado o entendimento que atualmente vigora sobre o âmbito de apreciação do mérito do processo de suspensão de segurança, a possibilidade do exercício

¹⁵⁶ BUENO, 2007, op. cit., p. 270-271.

¹⁵⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro; MITIDIERO, Daniel. *Teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 35.

¹⁵⁸ Nesse sentido, para Ferraz, a suspensão de segurança poderia ser encarada de maneira benevolmente, sem eivas de inconstitucionalidade e como instrumento garantidor da prevalência do interesse público, caso fosse efetivamente desenvolvida sob o pálio, entre outros, dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal (FERRAZ, op. cit., p. 361).

do contraditório estaria restrita à existência dos pressupostos materiais de grave ameaça à ordem, saúde, segurança e economia públicas¹⁵⁹.

1.3.10 Intervenção do Ministério Público

A possibilidade da oitiva do Ministério Público pelo Presidente do Tribunal no pedido de suspensão de segurança encontra-se prevista nos mesmos dispositivos que estipulam as condições da manifestação do autor da ação principal. De igual forma, os dispositivos legais mencionam que o Presidente “pode” ouvir o Ministério Público.

Essa previsão também não é considerada mera faculdade do Presidente do Tribunal. Tampouco a intervenção deixa de ser exigível em relação a suspensões de medidas concedidas em mandados de segurança em face da ausência de previsão normativa, porque se trata de intervenção obrigatória decorrente da presença do interesse público (CPC, art. 246)¹⁶⁰.

Considerando que é obrigatória a intervenção do Ministério Público no mandado de segurança, assim como na ação civil pública, na ação popular e no *habeas data*, parece decorrência natural que igualmente se exija a sua intimação para se manifestar no processo que se destina a suspender a execução das medidas deferidas nessas ações.

O Ministério Público desempenha papel relevante no Estado brasileiro, em razão da sua atribuição de proteção aos direitos indisponíveis e aos interesses transindividuais. Na Constituição de 1988, o Ministério Público foi erigido à condição de instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127). Suas funções institucionais incluem zelar pelo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública, promover a ação civil pública para a defesa de interesses transindividuais e exercer outras funções que lhe forem conferidas (art. 129).

Em atenção ao comando constitucional, a legislação ampliou o âmbito da atuação do Ministério Público na proteção das pessoas portadoras de deficiência (Lei nº 7.853/1989), dos investidores no mercado de valores mobiliários (Lei nº 7.913/1989), da criança e do adolescente (Lei nº 8.069/1990), do consumidor e de outros interesses difusos e coletivos (Lei nº 8.078/1990), do patrimônio público (Lei nº 8.429/1992) e da ordem econômica e da livre concorrência (Lei nº 8.884/1994).

¹⁵⁹ BEZERRA, op. cit., p. 207-208.

¹⁶⁰ BEZERRA, op. cit., p. 20-210. Em sentido contrário, Carvalho Filho entende que se trata de mera faculdade do presidente do tribunal, que pode ouvir o Ministério Público, bem como o autor da ação principal, “por prudência.” (CARVALHO FILHO, op. cit., p. 402).

Assim, a tutela de alguns interesses públicos tutelados pela suspensão de segurança, como a ordem econômica, foi atribuída ao Ministério Público por meio de ação civil pública específica (Lei nº 8.884/1994). No que se refere à ordem jurídica, a intervenção ministerial decorre de sua função institucional de zelar pelo efetivo respeito aos direitos assegurados na Constituição (CF 1988, art. 129, II). No que tange à saúde e outros interesses indisponíveis, incumbe ao órgão ministerial zelar para que não haja disposição de interesse que a lei considera indisponível ou, nos casos de indisponibilidade relativa, para que a disposição do interesse se proceda de acordo com as estipulações legais¹⁶¹. Pode essa intervenção ocorrer ainda em relação a interesses que, embora disponíveis, aproveitam à coletividade, em razão de sua dispersão ou abrangência, como na defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos de larga abrangência social¹⁶². Relativamente à segurança, a atuação do Ministério Público decorre genericamente de sua missão de zelar pelo interesse público e especificamente da sua função de titular da ação penal pública e da sua missão de proceder ao controle externo da atividade policial (CF, art. 129, incisos I e VII).

A intervenção do Ministério Público favorece ainda a legitimidade democrática do Judiciário, permitindo a manutenção da sua imparcialidade e da sua independência¹⁶³. Para Dinamarco, o processo é o microcosmo do Estado democrático de direito, por ser construído em clima de liberdade e com abertura para a participação efetiva dos seus sujeitos. Tratando-se de espelho do Estado Social de Direito, o processo deve ser marcado pela legalidade e dotado de meios que assegurem a liberdade e igualdade dos litigantes. O procedimento, como integrante do conceito de processo, tem sua legitimidade fundada na aptidão a proporcionar às partes a participação em contraditório efetivo, observada a regra da paridade em armas. O procedimento confere assim coesão ao sistema, cooperando na condução do processo mediante a conveniente participação do juiz e das partes, inclusive o Ministério Público, instituição incumbida de conciliar as vantagens dos princípios inquisitivo e dispositivo. Nesse aspecto, a intervenção ministerial visando à proteção dos hipossuficientes garante a efetividade do contraditório equilibrado e legitima democraticamente o *procedimento*¹⁶⁴, na medida em que permite ao juiz preservar a sua imparcialidade.

Essa intervenção visando à legitimidade democrática do Judiciário mais se justifica no que se refere à suspensão de segurança, porque se trata de instituto caracterizado

¹⁶¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao ministério público*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 24-26.

¹⁶² MAZZILLI, 2012, op. cit., p. 98

¹⁶³ MAZZILLI, 1998, op. cit., p. 25.

¹⁶⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 290, 312-313.

pela atribuição de preponderância ao Poder Público, representado pelo Poder Executivo, e que pode implicar, ainda que temporariamente, a restrição de alguns direitos individuais constitucionalmente garantidos.

Em síntese, a intervenção do Ministério Público no processo judicial manifesta a soberania do Estado, com a finalidade de proteção do *interesse público*, entendido como o *interesse geral e interesse social*¹⁶⁵. Considerando assim que a finalidade do pedido de suspensão é precisamente a preservação do interesse público, afigura-se indispensável a intervenção ministerial.

1.3.11 Eficácia Temporal da Suspensão de Segurança

Estabelece o § 9º do art. 4º da Lei nº 8.437/1992 que a suspensão dos efeitos da decisão concedida contra o Poder Público perdura até o trânsito em julgado da decisão de mérito do processo principal. Por sua vez, o § 3º do art. 25 da Lei nº 8.038/1990 preceitua que a suspensão terá vigor enquanto pender o recurso, cessando seus efeitos se a decisão for mantida pelo Superior Tribunal de Justiça ou transitar em julgado.

Assim, deferida a suspensão pelo Presidente do Tribunal, permanecem suspensos os efeitos da liminar ou antecipação da tutela, ainda que tenham essas decisões sido substituídas pela sentença. De igual forma, incidindo a suspensão sobre sentença de primeiro grau, permanecem os seus efeitos suspensos mesmo com a superveniência de acórdão confirmatório, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, enquanto não transitada em julgado.

Embora ausente a previsão na Lei nº 12.016/2009, aplica-se a ultratividade também ao mandado de segurança, por força do teor da Súmula 626 do Supremo Tribunal Federal, tema que melhor será analisado no capítulo subsequente, tal como a constitucionalidade e alguns aspectos polêmicos dessa regra.

Por ora, cabe apenas aduzir que a suspensão perderá sua eficácia se a decisão que concede a medida contra o Poder Público transitar em julgado. Inadmitida a sua natureza recursal, permanecem incólumes os fundamentos da decisão suspensa pelo Presidente do Tribunal. Por conseguinte, ainda que se trate de uma sentença de primeiro grau cujos efeitos foram suspensos pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal por força da permissão dos arts. 4º, §§ 1º e 2º, da Lei nº 4.348/1964 e 4º, §§ 4º e 5º, da Lei nº 8.437/1992, o seu trânsito em julgado levará à caducidade da suspensão.

¹⁶⁵ SÁ, José Adonis Callou de Araujo. *Ação civil pública e controle da Constitucionalidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 36.

2 ASPECTOS CONTROVERTIDOS DO INSTITUTO DA SUSPENSÃO DE SEGURANÇA

Dedica-se esse capítulo a alguns dos aspectos do instituto da suspensão que se mostram particularmente relevantes para as reflexões que serão realizadas nos capítulos seguintes, além de consistirem pontos especialmente controvertidos.

Primeiramente se discorrerá sobre os fundamentos de constitucionalidade da suspensão de segurança. Em seguida, serão analisados o âmbito de apreciação do mérito do pedido de suspensão e o limite temporal da vigência da decisão que suspende os efeitos da medida concedida contra o Poder Público. Encerram o capítulo as considerações sobre o uso da suspensão de segurança nas ações coletivas destinadas a tutela de interesses transindividuais.

2.1 FUNDAMENTOS DE LEGITIMIDADE DO PEDIDO DE SUSPENSÃO DE SEGURANÇA

A suspensão da segurança pelo Presidente do Tribunal é reconhecida como medida drástica e excepcional¹⁶⁶ e que caracteriza exceção ao princípio da inafastabilidade do controle judicial, além de reduzir a eficácia de decisões em ações para a tutela constitucional das liberdades, razão pela qual se sustenta a sua inconstitucionalidade, inclusive no que se refere à suspensão de decisões proferidas para tutelar interesses particulares, como ocorre no mandado de segurança¹⁶⁷.

Para Bueno, a suspensão de segurança representa uma “diminuição ou uma redução da máxima eficácia que os sistemas constitucional e processual conferem à liminar e à sentença do mandado de segurança”, afetando o que a ação tem de mais caro que “é sua predisposição constitucional de surtir efeitos imediatos, concretos e favoráveis ao impetrante, seja liminarmente ou a final”. Conclui que a suspensão de segurança, como todos os mecanismos criados pelo legislador infraconstitucional “para obstaculizar, dificultar ou empecer a plenitude da eficácia do mandado de segurança agridem sua previsão constitucional”, razão pela qual deve ser contestada a sua constitucionalidade, independentemente de qual seja a natureza jurídica que é atribuída ao instituto¹⁶⁸.

¹⁶⁶ MEIRELLES, 2001, op. cit., p. 84.

¹⁶⁷ Como anota Sérgio Ferraz: sustentam a inconstitucionalidade do pedido de suspensão Calmon de Passos, Marçal Justen Filho e Sérgio de Andréa Ferreira, entendimento que é, no entanto, minoritário na doutrina. FERRAZ, op. cit., p. 359-360.

¹⁶⁸ BUENO, 2007, op. cit., p. 243-244.

Para Ferraz, a suspensão da liminar ou dos efeitos da sentença por uma autoridade diversa daquela que a concedeu “é constitucionalmente esdrúxula, à vista dos princípios norteadores da função jurisdicional”. Para o autor, o que torna definitivamente inconstitucional o instituto “é a costumeira inobservância das garantias do contraditório, da ampla defesa, do juiz natural e do devido processo legal”. Ademais de atribuir-se um grande poder ao Presidente do Tribunal, permite-se que ele decida sem a audiência dos interessados na manutenção da decisão cuja eficácia se pretende suspender, o que agrava a “inaceitabilidade dessa espúria ablação da função jurisdicional regular”. Conclui que os eventuais equívocos da decisão judicial, ainda que em prejuízo de outros interesses possivelmente mais relevantes, deveriam ser corrigidos pela via recursal¹⁶⁹.

Para Pereira, é “aviltantemente inconstitucional” o instituto, se adotado o entendimento sedimentado na jurisprudência de que a análise do pedido de suspensão deve estar vinculada unicamente ao potencial lesivo da decisão que se pretende suspender, abstraindo-se do seu acerto ou desacerto, de sorte que, ainda que a liminar ou a sentença sejam juridicamente irretocáveis, seus efeitos devem permanecer sobrestados até o trânsito em julgado, se ensejar risco de dano aos valores que a norma buscou proteger. Inadmite o autor que “o Estado estabeleça um arcabouço normativo, conceda direitos e defira mecanismos processuais de proteção para, em momento subsequente, permitir que sejam olvidadas as faculdades concedidas aos particulares”. Entende que, ao assim proceder, concede-se o direito, mas se retira a perspectiva da sua fruição. Acrescenta que a inteligência do “interesse público” albergada pelo instituto apenas prestigia a sua equivocada conceituação como “interesse público secundário”. Conclui que não mais se justifica que o Poder Público use o “vetusto e inconstitucional procedimento”, que em suas origens estava vinculado à inexistência de recurso contra a decisão concessiva da liminar, se existem soluções processuais posteriores que o tornaram obsoleto¹⁷⁰.

Em sentido contrário, Coutinho considera que a suspensão de segurança, “como possibilidade processual para tutela do interesse público não parece ser tão abominável, como muitos autores a qualificam”, observadas as tendências à “coletivização do interesse jurídico” e “à prevalência dos interesses públicos sobre os individuais”. Considera a suspensão de segurança um instrumento para equiparar a situação da Administração pública à do impetrante, porque o “mandado de segurança só pode ser utilizado para defesa de interesses individuais e coletivos, e não de interesse público”. Conclui que o que se afigura

¹⁶⁹ FERRAZ, op. cit., p. 359.

¹⁷⁰ PEREIRA, op. cit., p. 299-303.

criticável é o mau uso que se faz do instituto, por vezes “para defender o interesse privado de determinados grupos, sob a máscara de estar defendendo o interesse público”. Para a autora, a ausência de contraditório na suspensão de segurança também não caracteriza inconstitucionalidade, em face do caráter acautelatório do instituto¹⁷¹.

Rodrigues conclui pela constitucionalidade da suspensão de segurança, em face da supremacia do interesse público sobre o privado e porque o instituto caracterizaria manifestação de um dos aspectos do regime jurídico a que se submete a Administração, ou seja, a existência de limitações e prerrogativas em todas as áreas de atuação. Assim, a suspensão de segurança seria uma das prerrogativas do Poder Público, necessária para realizar o dever de proteção ao interesse público. Ressalva, porém, que se pode configurar desproporcionalidade na atribuição legislativa dessas prerrogativas e limitações, de sorte que o postulado da supremacia do interesse público deve ser aplicado de forma razoável e proporcional, visando à máxima realização dos interesses em confronto, pena de violação do próprio interesse público. Considera inconstitucionais alguns dispositivos relativos à suspensão de segurança, particularmente as regras previstas nos §§ 1º e 5º do art. 15 da Lei 12.016/2009 e nos §§ 4º e 8º do art. 4º da Lei 8.437/1992¹⁷².

Rocha não vislumbra desconformidade do pedido de suspensão em relação aos princípios do devido processo legal, da isonomia, do juiz natural e do contraditório. No que se refere ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, entende que os óbices à efetividade da jurisdição decorrentes da suspensão da eficácia das medidas judiciais concedidas contra o Poder Público justificam-se pelo princípio da supremacia do interesse público, que é manifestação do princípio da proporcionalidade. Assim, ante o conflito entre os postulados da supremacia do interesse público e o da inafastabilidade da jurisdição, ponderou o legislador pela prevalência do primeiro, até que se verifique o trânsito em julgado da decisão que se pretende suspender, momento em que se inverte a prevalência¹⁷³.

Venturi igualmente considera que a medida, inserida no sistema de tutela cautelar, revela-se, abstratamente considerada, em conformidade com o Estado Democrático de Direito, porque permite a proteção do interesse público que poderia ser gravemente comprometido pela manutenção da eficácia da decisão judicial que se pretende suspender. Entende incorreto “afirmar-se, aprioristicamente, que a mera previsão do instituto se revela, por si só, inconstitucional”. Anota, todavia, que se verificam abusos e arbitrariedades na

¹⁷¹ COUTINHO, op. cit., p. 139-144.

¹⁷² RODRIGUES, op. cit., p. 120-122.

¹⁷³ ROCHA, op. cit., p. 85-87. Como adiante se mencionará, o autor entende que a ponderação também é possibilitada ao Presidente do Tribunal ao apreciar o caso em concreto.

aplicação indevida da legislação que rege o instituto. Conclui que essa aplicação inconstitucional do instituto da suspensão, que deturpa a sua vocação ideal, não leva à inconstitucionalidade da própria ideia da sustação da eficácia de decisões prolatadas contra o Poder Público, nas condições legalmente estabelecidas. Ressalva, entretanto, que “é preciso conformar a aplicação do instituto aos princípios constitucionais atinentes ao contraditório, à ampla defesa, ao juiz natural, à efetividade do processo, à inafastabilidade, enfim, a todos aqueles que integram a garantia do devido processo legal”¹⁷⁴.

Para Figueiredo, desconforme com a Constituição seria apenas o uso que eventualmente se faz do instituto. Ressalva, todavia, que a possibilidade da suspensão da segurança concomitante com recurso de agravo constitui violação ao princípio do juiz natural. Lembra a autora que, enquanto a competência para a decisão do agravo, que visa a modificar a decisão na instância *ad quem*, está afeta à turma julgadora, a decisão da suspensão, fundada em pressupostos distintos, é atribuída monocraticamente ao Presidente do Tribunal. Por conseguinte, nos casos em que o agravo se encontra pendente de decisão da turma julgadora, por via oblíqua, permite-se ao Presidente do Tribunal assumir função que deve ser atribuída ao órgão especial ou plenário, caracterizando afronta ao princípio do juiz natural¹⁷⁵.

Expostos esses primeiros entendimentos acerca da constitucionalidade do pedido de suspensão da segurança, observa-se que a sua legitimidade é admitida em face do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, fundamento que informa o Estado contemporâneo, que tem por primado a prevalência do bem-estar coletivo¹⁷⁶.

Acrescente-se que o instituto nasceu atrelado ao mandado de segurança, ação que se destina a tutelar interesses preponderantemente individuais e que não previa, à época de sua instituição, meios recursais eficazes para impugnar decisões contrárias ao Poder Público¹⁷⁷. Assim, o fundamento para a utilização do instituto no mandado de segurança sempre foi a preservação do interesse público, em face de ameaça de lesão decorrente da tutela ao interesse individual concedida pela liminar ou pela sentença.

Esses fundamentos de validade, entretanto, devem ser diferentemente apreciados no que se refere à utilização do instituto em ações diversas do mandado de segurança, ou seja, na ação civil pública e em todas as demais hipóteses de concessão de medidas cautelares, antecipações de tutela e sentenças contra atos do Poder Público.

¹⁷⁴ VENTURI, op. cit., p. 29-33.

¹⁷⁵ FIGUEIREDO, op. cit., p. 151-164.

¹⁷⁶ DI PIETRO, op. cit., p. 65.

¹⁷⁷ VENTURI, op. cit., p. 35-36.

2.1.1 A Gênese e a Evolução Atreladas ao Mandado de Segurança

A avaliação dos fundamentos de legitimidade da suspensão da segurança demanda a prévia compreensão de que sua gênese e evolução estiveram atreladas ao mandado de segurança, de sorte que seus pressupostos foram concebidos tendo por referência as características e finalidades da ação mandamental.

As características do mandado de segurança que levaram à concepção da suspensão de segurança foram a celeridade do procedimento, decorrente da ausência de instrução probatória, mas especialmente a possibilidade da concessão de liminares que antecipavam o próprio provimento final, à semelhança dos provimentos possessórios e ao contrário do que ocorria com as medidas cautelares.

Esses provimentos liminares, que passaram a ser permitidos pelo mandado de segurança, consistiam um instrumento valioso para o particular até então inédito no direito brasileiro. Como lembra Barbi, os procedimentos existentes no processo civil brasileiro durante o Império e nos primeiros anos da República não eram suficientemente rápidos e eficazes para a proteção imediata dos direitos do indivíduo oponíveis contra o Estado. Ressentiam-se especialmente da inaptidão para a tutela imediata de interesses que não podiam ser satisfeitos por reparação pecuniária. Frustradas as tentativas de superação da deficiência mediante a utilização dos procedimentos possessórios e da ampliação do âmbito de aplicação do *habeas corpus*, o mandado de segurança veio proporcionar ao particular um instrumento de proteção dos direitos privados afetados pela atuação estatal¹⁷⁸.

Assim, em contrapartida ao potencializado e valioso instrumento de tutela de direito líquido e certo caracterizado pelo mandado de segurança, o legislador criou um mecanismo destinado a possibilitar, em situações especiais, a suspensão da execução imediata da liminar ou da sentença, quando demonstrados os pressupostos estabelecidos em lei¹⁷⁹. Compreensível, pois, que o ineditismo do mandado de segurança tenha gerado a preocupação de conferir ao Estado um instrumento de preservação dos interesses públicos, especialmente em face da ausência de meio recursal adequado, como adiante se analisará.

Noutro aspecto, ainda mais relevante para a análise da legitimidade da suspensão é a compreensão de que, na sua origem e primeiros tempos, os interesses que poderiam ser afetados pela decisão suspensiva eram preponderantemente individuais e particulares, que são tipicamente os interesses tutelados pelo mandado de segurança.

¹⁷⁸ BARBI, op. cit., p. 30-31.

¹⁷⁹ COUTINHO, op. cit., p. 70.

De consequência, abriu-se ensejo para a fundamentação do instituto no princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.

2.1.2 Justificativa na Supremacia do Interesse Público

O fundamento de validade último do instituto da suspensão de segurança sempre foi a prevalência do interesse público, definido como “aquelas aspirações ou vantagens lícitamente almejadas por toda a comunidade administrada, ou por uma parte expressiva dos seus membros”¹⁸⁰, ante eventual lesão decorrente da tutela ao interesse individual concedida pela liminar ou pela sentença.

Para Di Pietro, o princípio de que os interesses públicos desfrutam de supremacia sobre os individuais, que inspira o legislador e vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação, constitui o marco do desenvolvimento do direito público, depois de superados o individualismo e o primado do direito civil¹⁸¹.

Em fins do século XIX, como decorrência de profundas transformações econômicas, sociais e políticas, o Estado viu-se premido a abandonar a sua conduta passiva e a atuar no âmbito das atividades antes exclusivamente privadas. Paralelamente, o Direito deixou de ser mero instrumento de garantia dos direitos individuais e passou a ser considerado meio para consecução da justiça social e do bem-estar coletivo. Em nome do primado do interesse público, o Estado ampliou o âmbito da sua atuação, com o consequente alargamento do próprio conceito de serviço público. O exercício do poder de polícia do Estado foi significativamente ampliado, para abranger as ordens econômica e social, além de albergar também a imposição de obrigações positivas. A nova ordem consitucional passou a admitir preceitos que revelam a interferência crescente do Estado na vida econômica e no direito de propriedade. Em nome dos interesses públicos que incumbe ao Estado tutelar, foram constitucionalizadas normas que permitem a intervenção do Estado no funcionamento e na propriedade das empresas, que condicionam o uso da propriedade à sua função social e que permitem a desapropriação por interesse social, bem como aquelas destinadas à proteção dos interesses difusos, como o meio ambiente e o patrimônio histórico e artístico nacional¹⁸².

¹⁸⁰ MEIRELLES, 1995, op. cit., p. 82.

¹⁸¹ DI PIETRO, op. cit., p. 65-67. Acrescenta Di Pietro que o princípio da supremacia do interesse público é complementado pelo da indisponibilidade do interesse público, porque a Administração não pode dispor dos interesses públicos cuja tutela lhe é legalmente atribuída. A autoridade não pode, portanto, renunciar ao exercício das competências que lhe são outorgadas por lei.

¹⁸² Ibidem.

Nesse contexto das novas funções do Estado contemporâneo, em que a sua atuação visando ao atendimento do interesse coletivo potencializa as possibilidades de conflitos com os interesses individuais, é que floresceu o princípio da supremacia do interesse público, pressuposto do próprio Estado do Bem Estar Social.

No que tange aos valores que poderiam se qualificáveis como prevalentes para fins de aplicação do princípio da supremacia do interesse público, apontam-se aqueles que a ordem constitucional elegeu como particularmente valiosos, inclusive a proteção da ordem, da economia, da segurança e da saúde públicas, cuja salvaguarda constitui os pressupostos da suspensão da segurança¹⁸³.

Dessas primeiras considerações, exsurtem as fortes razões que levam a doutrina nacional a atribuir ao princípio da supremacia do interesse público sobre o particular o principal esteio de legitimidade do instituto da suspensão de segurança.

Nesse sentido, para Rodrigues, o instituto constitui a manifestação da supremacia dos interesses diretamente tutelados pela Administração em prol do seu titular, que é a coletividade. Trata-se de evidente opção legislativa pela proteção imediata do interesse público em detrimento de outro interesse com dimensão mais restrita, porque o Estado Democrático deve servir a todos, na medida das possibilidades, ainda que ao custo da imposição de limitações a outros interesses¹⁸⁴.

Entende o autor que, ao exercer seu poder de império, inclusive ao usar a prerrogativa da suspensão de segurança em seu favor, a Administração está cumprindo um dever, que é pressuposto do seu poder, de delimitar as liberdades individuais, com a exclusiva finalidade de preservar os valores da sociedade, que são reputados superiores. Assim, por outra ótica, não se trataria de limitar a propriedade ou a liberdade do particular, mas de garantir a proteção da coletividade. Essa concepção encontraria fundamento na redefinição do papel do Estado, porque, superada a concepção individualista em que valores públicos e privados são bem definidos, não mais haveria de se falar em limitações às liberdades individuais. Ao Estado não mais incumbiria a tutela dos interesses individuais e o dever de proteção dos interesses coletivos seria repartido entre o Estado e toda a comunidade¹⁸⁵.

Scartezini igualmente conclui que o fundamento de validade da suspensão reside na sua função é proteger os interesses da coletividade ameaçados por interesses

¹⁸³ RODRIGUES, op. cit., p. 120-122.

¹⁸⁴ RODRIGUES, op. cit., p. 118. No mesmo sentido, para Carvalho Filho, a finalidade da suspensão de segurança é a necessidade de se estabelecer algum “mecanismo de frenagem contra a concessão de liminares contra atos do Poder Público, principalmente quando o ato judicial acarreta prejuízo para os objetivos a que se preordena o Estado em favor e como gestor do interesse coletivo” (CARVALHO FILHO, op. cit., p. 390).

¹⁸⁵ RODRIGUES, op. cit., p. 118-120.

contrapostos, individuais ou coletivos. Assim, similarmente ao que ocorre na desapropriação, o Poder Público interfere na propriedade privada por razões de necessidade, utilidade pública ou interesse social. Conclui pela conformidade do instituto com a Constituição, porque é razoável que a proteção a um direito individual deva ceder em face do interesse público e porque o tratamento processual aparentemente anti-isonômico visa a uma igualdade substancial¹⁸⁶.

Para Coutinho, a suspensão de segurança caracteriza faculdade e dever atribuídos ao Poder Judiciário de rever suas decisões para obter uma situação favorável à Administração, a quem incumbe preservar e promover o interesse público. Afirmar a autora que assim é pela razão formal decorrente da legitimidade atribuída pelas próprias normas de regência às pessoas jurídicas de direito público, bem como em razão de configurar finalidade precípua do Estado zelar pela ordem, saúde, segurança e economia públicas¹⁸⁷.

Com opinião dissonante acerca da constitucionalidade da suspensão de segurança, Bueno entende que o instituto somente se harmoniza com a Constituição e com o mandado de segurança se efetivamente se configurar hipótese de manifestação do princípio basilar da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, caso em que a liminar que favorece um particular deve ceder espaço a um interesse maior e mais amplo, que é o da coletividade. Entende o autor, entretanto, que ainda que considerado esse pressuposto, há dificuldades em compatibilizar a suspensão de segurança com os valores albergados pela Constituição. Para sustentar sua afirmação, lembra que o prevalecimento do interesse público sobre o particular não se concretiza, em regra, sem qualquer ônus ou contraprestação para o Poder Público, impondo-se a este, ao menos, o dever de indenizar o particular mediante justa e prévia indenização em dinheiro em face da perda do seu direito em favor do Estado¹⁸⁸.

2.1.3 Justificativa na Irrecorribilidade das Decisões em Mandado de Segurança

O instituto da suspensão da segurança surgiu para suprir a ausência de recurso eficaz contra as decisões proferidas no mandado de segurança¹⁸⁹, embora a evolução tenha disseminado a sua utilização em outras ações¹⁹⁰.

¹⁸⁶ SCARTEZINI, Jorge Tadeo Flaquer. *Suspensão de segurança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 62-64.

¹⁸⁷ COUTINHO, op. cit., p. 70, 88.

¹⁸⁸ BUENO, 2007, op. cit., p. 244-245.

¹⁸⁹ Para conferir o acerto da afirmativa, confira-se a justificativa do relator do Projeto da Lei nº 191/1936, Alcântara Machado *apud* VENTURI, op. cit., p. 36.

¹⁹⁰ ASSIS, op. cit., p. 888.

Ao referir-se à suspensão antes prevista no art. 13 da Lei nº 1.533/1951, reproduzido na nova Lei do Mandado de Segurança, Bueno afirma que a previsão tem justificativa mais histórica do que técnica, porque o dispositivo assume a função de efeito suspensivo da apelação da decisão que concede a ordem, dotada de eficácia imediata, por força do parágrafo único do art. 12 da Lei nº 1.533/1951. Anota que essa solução foi adotada porque, quando o instituto foi inserido no ordenamento jurídico, e mesmo por ocasião da edição do art. 4º da Lei nº 4.348/1964, não havia, “ao menos com a clareza e a técnica que hoje existem”, mecanismos de suspensão dos efeitos de semelhantes decisões. A suspensão seria “uma espécie de válvula de escape, que fazia as vezes do efeito suspensivo inexistente para a apelação ou para o reexame necessário em determinados casos concretos”¹⁹¹. Prestava-se, portanto, para atenuar o rigor decorrente do ato judicial que concedia a liminar¹⁹².

A suspensão de segurança, imediatamente atrelada ao mandado de segurança, decorreu assim diretamente da característica peculiar dessa espécie de ação de prever recursos em regra desprovidos de efeito suspensivo, com exceção do agravo de instrumento disciplinado pela Lei 9.139/1995¹⁹³.

Em verdade, conforme anota Rodrigues, no anteprojeto original que deu origem à suspensão da segurança positivada por meio do art. 13 da Lei nº 191/1936, previa-se que a finalidade do instituto seria precisamente conferir efeito suspensivo ao recurso. Na redação final, no entanto, foi adotada uma fórmula mais ampla que permitia a suspensão da decisão proferida contra o Poder Público não apenas para conferir efeito suspensivo ao recurso, mas em qualquer caso, independentemente da interposição do recurso¹⁹⁴.

Assim, ainda que não tenha prevalecido a intenção original de atrelar a suspensão de segurança ao recurso interposto contra a decisão concessiva da segurança, com a precípua finalidade de atribuir-lhe efeito suspensivo, resta evidente que foi esse um dos motivos da criação do instituto. O que ocorreu posteriormente foi a opção preferencial do Poder Público pela suspensão em detrimento do recurso, na medida em que pode se afigurar mais fácil obter uma suspensão de segurança do que um provimento em um agravo.

¹⁹¹ BUENO, 2007, op. cit., p. 164.

¹⁹² CARVALHO FILHO, op. cit., p. 390.

¹⁹³ COUTINHO, op. cit., p. 18. Rodrigues lembra que a ausência de previsão de recurso com efeito suspensivo na própria lei do mandado de segurança aliava-se à impossibilidade da utilização do sistema recursal do Código de Processo Civil de 1939 na via do mandado de segurança, de acordo com a redação original do art. 19 da Lei 1.533/1951 (RODRIGUES, op. cit., p. 74).

¹⁹⁴ A redação original do anteprojeto transcrita pelo autor tinha o seguinte teor: “Não terá efeito suspensivo o recurso da decisão que conceder o mandado. Se, entretanto, o cumprimento imediato acarretar dano irreparável à ordem ou à saúde pública ou à segurança nacional, o Presidente do Tribunal ad quem poderá suspender, a requerimento da autoridade, a execução do mandado até a decisão do recurso” (RODRIGUES, op. cit., p. 69).

De qualquer forma, como observa Bueno, atualmente o sistema processual civil contempla diversas formas de suspensão da eficácia das decisões, quando constatado que milita em favor do recorrente o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, tal como o pedido de atribuição de efeito suspensivo previsto no parágrafo único do art. 558 e a ação cautelar no âmbito recursal, autorizada pelo parágrafo único do art. 800, ambos do CPC. Por conseguinte, a suspensão de segurança poderia ser substituída por fórmulas recursais mais amoldadas aos preceitos constitucionais¹⁹⁵.

Também para Pereira, dotado atualmente o Poder Público de mecanismos eficazes para suspender os efeitos nocivos da liminar ou da sentença, em face da ampla recorribilidade das decisões, não mais se justifica o uso deste “vetusto e inconstitucional procedimento”. Considera o autor, entretanto, que há uma dificuldade adicional em relação às decisões proferidas pelos tribunais em causas da sua competência original ou julgadas em grau recursal, porque referidas decisões, em regra, são atacáveis pelos recursos especial ou extraordinário, desprovidos de efeito suspensivo. Aceita o autor a utilização da suspensão da segurança em tais situações, postulando, todavia, que a decisão suspensiva não poderia se fundar no “argumento singelo da ofensa ao interesse público”, demandando “a presença de aparência de bom direito, bem como a situação de emergência existente”, o que implica análise da juridicidade da decisão que se pretende suspender¹⁹⁶.

2.1.4 Justificativa na Temporariedade da Suspensão

Sustenta-se a legitimidade da suspensão da segurança na temporariedade da medida suspensiva. O sacrifício do interesse tutelado pela decisão cujos efeitos foram suspensos somente se verificaria enquanto não se tem a certeza definitiva sobre o direito afirmado, de sorte que eventual inconstitucionalidade somente poderia ser arguida em face da impossibilidade de se obter, de modo célere e efetivo, a tutela pretendida na ação principal¹⁹⁷. Inserido no sistema cautelar, o instituto seria consentâneo com o Estado Democrático de Direito, porque se susta apenas a execução provisória da decisão recorrível¹⁹⁸.

Nesse sentido, para Carvalho Filho, a suspensão tem a exata finalidade de admitir a correção de ato concessivo de medida judicial que afeta “situação fático-jurídica de relevância mais elevada, mas que, em princípio, tem caráter apenas temporário, de sorte que a

¹⁹⁵ BUENO, 2007, p. 164.

¹⁹⁶ PEREIRA, op. cit., p. 303-304.

¹⁹⁷ RODRIGUES, op. cit., p. 123-124.

¹⁹⁸ VENTURI, op. cit., p. 29-31.

decisão que defere o pedido de suspensão “terá o efeito de suspender a execução da liminar e não a de revogar, o que teria diversa natureza”. A suspensão, portanto, “indica que a liminar não deve se executada *“si et in quantum*, mas que, alteradas as condições que a fundamentaram, poderá ser restabelecida, ocasionando a produção de seus efeitos”¹⁹⁹.

Considerando o pressuposto de que o interesse privado não é inconciliável com o interesse coletivo, Rodrigues conclui que a suspensão de segurança é, em verdade, uma exigência da própria Constituição, porque caracteriza uma “imediata e célere prestação jurisdicional na proteção preventiva dos interesses coletivos da sociedade”, direito de acesso à justiça correlato ao do particular, que é titular de direito líquido e certo e pretende ver executada uma decisão que o favorece. Acrescenta que a decisão que suspende a execução de uma decisão visa apenas a evitar que o interesse coletivo seja lesado enquanto não se obtém a decisão definitiva sobre a afirmação de direito daquele em favor de quem foi concedida a decisão cuja eficácia se pretende, temporariamente, suspender²⁰⁰.

Ressaltando que a suspensão tem vigência temporária, perdurando somente enquanto durar o processo principal, rejeita o autor a afirmativa de que haverá sacrifício do direito particular em prol do interesse público, na medida em que eventual decisão definitiva favorável ao autor da ação principal dará causa à integral preservação de seus interesses privados, não lhe advindo qualquer prejuízo em benefício do interesse público. Considera que o que se sacrifica, apenas temporariamente, “é a afirmação do direito particular em face da afirmação do direito do interesse público”, porque se o direito do particular for confirmado ao final da ação, não subsistirá a suspensão da execução da decisão. Por conseguinte, a alegada inconstitucionalidade do instituto residiria apenas na impossibilidade de se obter de modo célere e efetivo, a imediata, mas provisória, fruição do interesse postulado em juízo. Ressalva, todavia, que nesse ponto incide “uma balança de valores criada pelo legislador”, de sorte que no caso concreto seja assegurada “a mais completa proteção preventiva do interesse público, cuja lesão seria infinitamente de pior reparação, em sacrifício da afirmação do direito de menor dimensão”. Acrescenta que essa apreciação judicial deve ser sempre procedida mediante “a devida ponderação dos interesses em jogo, com respeito à razoabilidade de proporcionalidade da sua aplicação”²⁰¹.

A afirmação da constitucionalidade do instituto fundada na temporariedade da medida, no entanto, deixa de considerar que a legislação vigente, exceto no que se refere

¹⁹⁹ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 394.

²⁰⁰ RODRIGUES, op. cit., p. 123-125.

²⁰¹ Ibidem, p. 124-125.

ao mandado de segurança, prevê a duração da medida suspensiva concedida pelo Presidente do Tribunal até o trânsito em julgado da decisão de mérito da ação principal (Lei 8.437/1992, art. 4º, § 9º). Mesmo no que se refere ao mandado de segurança, malgrado a ausência de previsão legal, a jurisprudência entende aplicável a ultratividade da medida, nas condições da Súmula do STF nº 626, ao menos no que se refere à suspensão de medidas judiciais concedidas em processo de competência originária dos tribunais.

Esta ultratividade é criticada pela doutrina, porque o efeito suspensivo estaria vinculado à decisão objeto do recurso e perderia sua razão de ser quando é proferida a decisão substitutiva da anterior, conforme se analisará em item subsequente. Todavia, prevalece a sua aplicabilidade pelos tribunais, de sorte que a execução da tutela concedida ao particular contra o Poder Público pode permanecer suspensa até o trânsito em julgado da sentença prolatada na ação principal.

Assim, ainda que o fato da medida suspensiva perdurar até o trânsito em julgado da decisão do processo principal não retire a sua qualidade de temporária, a constatação inequívoca é que a suspensão prolongada da execução da decisão que favorece o particular pode, em algumas situações, esvaziar completamente a sua utilidade, caracterizando afronta ao princípio da efetividade da jurisdição.

Nesse ponto, oportunas as objeções de Figueiredo aos argumentos de que a possibilidade de reparação prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, aliada ao escopo de preservação do interesse público, pode justificar a suspensão da liminar e da sentença²⁰²:

A Constituição brasileira, das mais modernas do mundo no atinente aos direitos e garantias individuais e coletivos, às escâncaras, sem qualquer cerimônia ou subterfúgio, consagrou valores fundamentais ao homem e à coletividade. Abriu-lhes as portas do primado da jurisdição ampla, plena, até para prevenir ameaça de lesão. Deu-lhes - pois quem dá os fins, deve dar os meios - amplas garantias para defesa desses direitos individuais e coletivos (sem exauri-los em sua enumeração, nos termos do art. 5º, § 2º), e, sobretudo, as garantias céleres do mandado de segurança, individual e coletivo, do *habeas corpus*, do *habeas data*, do mandado de injunção, especialmente para evitar preditas lesões [...] Evitar a lesão é diverso de repará-la. O novo texto constitucional brasileiro - e não apenas a legislação infraconstitucional - visa a afastar até a mera ameaça.

Conclui a autora que somente em face da impossibilidade de se evitar a lesão é que se deve cogitar da indenização como meio corretivo, porque “lançar o jurisdicionado às vias mais dificultosas, quando postula bem de vida *in natura*, *in specie*, é

²⁰² FIGUEIREDO, op. cit., p. 158-159.

violar preceito constitucional”. Lembra que a vocação do mandado de segurança é entregar ao titular do direito a prestação *in natura*, porque o direito lhe é assegurado por meio do seu *exercício* e não pela forma *indireta* da equivalência econômica²⁰³.

Essas precisas observações, embora expendidas relativamente ao mandado de segurança, aplicam-se igualmente às ações coletivas destinadas à tutela de interesses transindividuais, com as peculiaridades que adiante serão apreciadas.

No que se refere à afirmação de Rodrigues de que a convivência entre os interesses privados e o interesse público deve ser procedida mediante a devida ponderação dos interesses em conflito, trata-se possibilidade controvertida na atual quadra do direito, de acordo com o entendimento doutrinário e jurisprudencial predominante.

2.1.5 Justificativa na Precariedade da Decisão Suspensa

A precariedade da decisão prolatada contra o Poder Público é igualmente fundamento de legitimidade da suspensão de segurança, argumento que usualmente se soma à temporariedade da decisão suspensiva antes mencionada. Sustenta-se a constitucionalidade do instituto em face de sua natureza de contracautela, considerando-se razoável suspender uma decisão concedida contra o Poder Público, que ademais de ameaçar interesses públicos relevantes, é ainda provisória e muitas vezes prolatada após cognição sumária.

Como refere Rodrigues, as tutelas cautelares e antecipatórias contra o Poder Público são usualmente deferidas após cognição sumária, porque são destinadas a neutralizar os efeitos do tempo no processo. A menor extensão horizontal ou a menor profundidade do alcance do conhecimento exigido para a concessão dessas medidas, decorrente de um conjunto probatório incompleto, implica uma “sensível temperança nas exigências do convencimento do magistrado”, que deve assegurar o processo ou o direito material, “trocando a certeza pela probabilidade, para a concessão da medida neutralizadora”²⁰⁴.

Assim, uma liminar cuja suspensão é postulada pelo Poder Público pode ter sido concedida após cognição sumária, porque o “material sobre o qual incide o exame do juiz é, em si mesmo, quase sempre, incompleto”, de modo que o direito afirmado, antecipado e provisoriamente entregue ao postulante foi objeto de uma cognição que não teve e não terá o mesmo substrato de convencimento que o órgão jurisdicional terá quando da decisão final que

²⁰³ Ibidem, p. 158-159.

²⁰⁴ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo civil ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 124.

alcançará a coisa julgada material²⁰⁵.

Por conseguinte, tratando-se de decisão fundada em cognição incompleta, circunstância que aumenta significativamente a possibilidade de ser ela revista ao final da instrução probatória, colhe-se um forte argumento para que sua eficácia seja suspensa, quando sua imediata execução caracterizar ameaça a interesses públicos relevantes, como a ordem, a saúde, a segurança e a economia públicas.

Entretanto, a suspensão de segurança pode atualmente atingir todas as espécies de provimentos judiciais concedidos contra o Poder Público, desde medidas cautelares e antecipações de tutela, provimentos que efetivamente são concedidos, em regra, em cognição sumária, mas também sentenças e até mesmo acórdãos de tribunais. Nessas duas últimas hipóteses, presume-se que a cognição que amparou a decisão decorreu de regular e exaustiva dilação probatória, em cognição exauriente, portanto.

Necessário assim analisar a subsistência do argumento da precariedade das decisões em cada uma das espécies de provimentos judiciais.

Admite-se que em regra o grau de certeza exigido para a concessão de medidas cautelares, que visam a assegurar o resultado útil do processo, é menor do que para o deferimento de antecipações de tutela, cujo provimento antecipa o próprio interesse pleiteado pelo autor. Por sua vez, a concessão da liminar em mandado de segurança assumiria uma situação peculiar, porque a decisão da liminar deve ser fundada na prova pré-constituída apresentada pelo autor. O grau máximo de certeza passível de ser obtido em uma decisão judicial, e que consiste na *certeza processual*, no entanto, somente pode ser almejado, em regra, nas decisões definitivas de mérito.

Esses graus de certeza das decisões judiciais guardam relação, embora não absoluta, com a amplitude (ou extensão) e com a intensidade (ou profundidade) da cognição realizada, ou seja, com a cognição nos planos horizontal e vertical²⁰⁶.

Ao limitar a cognição nos planos vertical ou horizontal, a legislação estabelece técnicas que caracterizam procedimentos informados por valores. Assim, o procedimento de cognição sumária tem por fim “privilegiar a certeza e a celeridade, ao permitir o surgimento de uma sentença com força de coisa julgada material em um tempo inferior àquele que seria necessário ao exame de toda a extensão da situação litigiosa”²⁰⁷.

Mas a sumariedade da cognição não se vincula à sumariedade

²⁰⁵ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão de segurança*. Op. cit., p. 161-162.

²⁰⁶ Sobre cognição e suas limitações horizontais e verticais, confira-se o magnífico trabalho de Kazuo Watanabe (WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012).

²⁰⁷ MARINONI, 2010, op. cit., p. 148-151.

procedimental, afigurando-se possível a cognição sumária em processo ordinário e, reciprocamente, cognição exauriente em processo sumário. Assim, as tutelas antecipatórias ou cautelares podem ser concedidas em atividade judicial de cognição sumária no âmbito de procedimentos ordinários. Ao reverso, o procedimento sumário, embora caracterizado por simplificação e concentração de fases procedimentais, não implica necessariamente cognição sumária, especialmente no plano vertical. Na realidade, conforme Marinoni e Arenhart, o procedimento denominado sumário não é um “procedimento de cognição sumária”, não permitindo que o juiz prolate sentença com base em *fumus boni juris*. Distingue-se do ordinário porque seu procedimento é mais concentrado e não admite prova técnica de maior complexidade. É assim apenas formalmente sumário²⁰⁸.

No que se refere ao pedido de suspensão de segurança, para Bezerra, a cognição se desenvolve, quanto à sua intensidade, de modo *exauriente* nas *tutelas definitivas*, *embora em procedimento sumário*, porque os Presidentes dos Tribunais apreciam os pedidos de suspensão após conhecimento pleno, completo e integral do objeto da demanda; e *superficial*, nas *tutelas liminares*. No que tange à sua amplitude, a cognição é apenas *parcial*, porque o objeto sob análise do órgão jurisdicional se restringe a apenas uma parcela do conflito de interesses, caracterizado pela suspensão dos efeitos de determinada tutela jurisdicional por grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas²⁰⁹.

Mas, relativamente ao ponto ora em apreciação, ou seja, a justificativa da suspensão de segurança na precariedade da tutela deferida contra o Poder Público, interessa mais propriamente a cognição realizada no âmbito do processo principal e que amparou a concessão da medida que se pretende suspender. Para tanto, indispensável distinguir as espécies de tutelas em função da cognição que em relação a elas usualmente se realiza.

Em relação às tutelas de natureza cautelar, Rodrigues afirma que o juízo de probabilidade mais brando exigido para a sua concessão decorre do “caráter acentuadamente público da tutela cautelar, cujo objeto é a proteção do próprio processo principal”, fato que interfere na atuação do magistrado, que pode assumir comportamento mais participativo, em razão da natureza publicista da situação tutelada. A atuação do magistrado tenderia à inquisitorialidade, portanto, com as possibilidades da concessão de medidas cautelares de ofício e de determinar medida cautelar diversa da solicitada, quando entender a mais correta²¹⁰.

No que tange às antecipações de tutela, afirma-se que um maior grau de

²⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 2, p. 65.

²⁰⁹ BEZERRA, op. cit., p. 213.

²¹⁰ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo civil ambiental*. Op. cit., p.125.

probabilidade é exigido pelo magistrado ao analisar os pedidos que podem trazer um benefício antecipado em favor do requerente, ao mesmo tempo em que não se reveste da natureza publicista atribuída às cautelares²¹¹.

Por fim, a liminar em mandado de segurança possui a peculiaridade de ser deferida com amparo em prova pré-constituída, de sorte que, se concedida após a manifestação da autoridade coatora, o magistrado disporá, em tese, dos mesmos elementos que se lhe apresentarão por ocasião da prolação da sentença.

No que se refere às sentenças, por óbvio, tratam-se provimentos amparados em cognição exauriente, ainda que prolatadas em situação de julgamento antecipado da lide, hipótese em que o litígio se resume a questões de mérito ou que se reputou suficiente a instrução probatória já realizada.

Relativamente à suspensão de acórdãos proferidos pelos tribunais, ademais de fundados em cognição exauriente, não mais estão sujeitos a reexame de prova, porque eventuais recursos especial e extraordinário somente podem se fundar em matéria de direito.

Expostas essas considerações introdutórias, parece subsistir o argumento da precariedade da medida concedida contra o Poder Público quando se tratar de medida cautelar e de tutela antecipada. Trata-se, todavia, de presunção fundada na observação do que ocorre na maioria dos casos, nada obstando que uma cautelar ou tutela antecipada sejam concedidas após cognição exauriente.

Diversa é a situação da liminar no mandado de segurança, porque o pedido deve ser instruído com prova pré-constituída. Via de consequência, o conjunto probatório de que disporá o magistrado para analisar o pedido de liminar, exceto se se tratar de concessão *inaudita altera parte*, será o mesmo existente por ocasião da prolação da sentença.

Para Rodrigues, no entanto, ainda que se trate de decisão em mandado de segurança “fulcrada em fatos líquidos e certos, provados documentalmente”, agiu acertadamente o legislador ao permitir a suspensão, porque, “entre a execução de uma decisão provisória e a afirmação comprovada de grave lesão aos interesses públicos preferiu, por lógico, optar por este último”, ao menos até que a afirmação de direito no mandado de segurança seja definitivamente comprovada²¹².

A observação deixa de considerar, todavia, que a suspensão de segurança também não admite dilação probatoria. Logo, a certeza que ampara a decisão da suspensão, na melhor das hipóteses, também será fundada em prova pré-constituída. Portanto, a assertiva do

²¹¹ Ibidem, p.126.

²¹² RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão de segurança*. op. cit., p. 162-163.

autor de que a “afirmação de grave lesão aos interesses públicos” está “comprovada” deve ser reduzida ao seu efetivo significado, para dela excluir-se qualquer pretensão de certeza jurídica decorrente de dilação probatória exauriente e exercida mediante contraditório e ampla defesa. Na realidade, é da praxe forense que as suspensões sejam deferidas sem o exercício do contraditório e até mesmo sem prova das alegações de ameaça aos interesses públicos.

No que se refere às sentenças, por óbvio, tratam-se provimentos amparados em cognição exauriente, razão pela qual em relação a elas é bastante fragilizada a fundamentação da constitucionalidade da suspensão da segurança com amparo na precariedade da decisão concedida contra o Poder Público.

Ainda mais vulnerável é o argumento relativamente à suspensão de acórdãos proferidos pelos tribunais, hipóteses em que as decisões, ademais de fundadas em cognição exauriente, não mais estão sujeitas a reexame de prova, porque eventuais recursos especial e extraordinário somente podem se fundar em matéria de direito. Mesmo no que se refere às matérias de direito, ainda que o acórdão proferido contra o Poder Público seja passível de recurso, essa possibilidade é vinculada ao preenchimento de certos requisitos, exigíveis para a interposição dos Recursos Especial e Extraordinário.

Expostas essas considerações acerca do grau de cognição que usualmente ampara cada espécie de provimento jurisdicional, cabe ainda considerar que a natureza do interesse cuja tutela se pretende também pode interferir nas exigências formuladas pelo magistrado para o seu convencimento.

Parece assitir razão a Rodrigues, ao afirmar que se verifica uma tendência de maior flexibilidade do magistrado ao apreciar a presença dos pressupostos para a concessão da cautelar ou tutela antecipada, quando o interesse afirmado pelo autor for reputado indisponível ou de natureza pública. Menos rigorosa tenderia a ser a exigência do conhecimento para deferir-se a medida protetiva quando se tratar de interesse coletivo ou difuso, como o ambiental. Assim, a tutela do equilíbrio ecológico tenderia a exigir do magistrado um menor grau de probabilidade para a concessão da medida, caso em que ainda é de presumir-se uma atuação mais inquisitiva do julgador²¹³.

Acrescenta o autor que o menor grau de exigência para o convencimento do juiz em matéria ambiental não se restringe às tutelas de urgência, porque o conceito de *probabilidade* aplica-se também aos provimentos jurisdicionais definitivos, na medida em que os conceitos de *poluidor* e de *poluição* exigem que, para se identificar a conduta poluente, é

²¹³ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo civil ambiental*. Op. cit., p.126-127.

suficiente a demonstração da probabilidade do nexo causal. De consequência, o nexo causal entre a poluição e o poluidor poderia ser suficientemente demonstrado pelo vínculo indireto entre o sujeito e a atividade poluente, caso de probabilidade, portanto²¹⁴.

Assim, tratando-se de tutela de interesses públicos ou indisponíveis, entre eles e especialmente o ambiental, haveria uma tendência de concessão de medidas liminares, atecipações de tutela e mesmo sentenças com menor grau de exigência de demonstração da probabilidade ou da certeza do direito. Via de consequência, as decisões que tutelam esses interesses apresentariam uma tendência de se revelarem particularmente precárias.

Referida abordagem, no entanto, deixa de considerar que a ordem vigente prevê a duração da medida suspensiva até o trânsito em julgado da decisão de mérito da ação principal (Lei 8.437/1992, art. 4º, § 9º e entendimento jurisprudencial no que se refere ao mandado de segurança, em face da ausência de previsão na Lei nº 12.016/2009).

Assim, o fundamento de validade da suspensão da segurança caracterizado pela precariedade da decisão que se pretende suspender é enfraquecido pela ultratividade da decisão suspensiva, porque desconsidera o grau crescente de certeza que se obtém da sentença que, após dilação probatória e pleno exercício do contraditório, confirma a liminar ou a tutela antecipada. Ainda mais claramente o fundamento de legitimidade é infirmado relativamente à suspensão de acórdãos de tribunais que confirmam as sentenças de primeiro grau, especialmente sobre matérias de fato, porque se trata de aspecto insuscetível de apreciação em eventuais recursos especial ou extraordinário.

Registre-se, entretanto, a oportuna observação de Rodrigues de que certas matérias, como a proteção ambiental, permitem ao magistrado, mesmo em sede de sentença definitiva, fundamentar sua decisão em juízo de probabilidade.

Trata-se, todavia, de opção da ordem jurídica constitucional, tal como ocorre no direito consumerista ou laboral. Entendeu o legislador que nesses casos, em razão da especial relevância dos interesses que se objetiva preservar, ou da hipossuficiência de seus titulares, a exigência do grau de certeza da prova poderia ser relativizada ou transferido o ônus da prova à parte adversa. Esse tratamento constitui meio de dar substância ao princípio do contraditório, permitindo que o processo se desenvolva mediante a maior igualdade possível entre as partes. Noutro aspecto, não se atribui ao magistrado discricionariedade, porque a eventual flexibilização do grau de exigibilidade do conjunto probatório é balizada por parâmetros previamente estabelecidos pelo legislador.

²¹⁴ Ibidem, p.128. Essa seria a inteligência do art. 3º, IV, da Lei 6.938/1981, que menciona atividade que, direta ou indiretamente, cause degradação ambiental.

2.1.6 Constitucionalidade de Pontos Específicos da Suspensão de Segurança

Parcela da doutrina insurge-se ainda contra alguns aspectos específicos do instituto da suspensão de segurança, particularmente aqueles objeto de regulamentação mais recente procedida pela Medida Provisória nº 2.180-35-2001 e pela nova Lei do Mandado de Segurança (Lei nº 12.016/2009).

É opinião doutrinária recorrente a inadequação do uso de medidas provisórias para se introduzir as referidas alterações, porque ausentes os requisitos exigidos pelo artigo 62 da Constituição Federal.

Nesse sentido, Pereira afirma que houve abuso de poder legislativo, porque ausentes os requisitos de urgência e relevância que justificassem a modificação de um sistema legislativo em vigor há anos. Acrescenta que as alterações não visavam ao interesse público, mas dificultar o acesso à jurisdição, mediante a retirada da eficácia da atividade judicial. Insurge-se particularmente contra as modificações que permitiram a sucessão de pedidos de suspensão e a retirada de eficácia de várias tutelas por meio de uma única decisão suspensiva²¹⁵. Semelhantes críticas às modificações por meio de medida provisória encontram-se, entre outros, em Rodrigues²¹⁶, Bueno²¹⁷, Venturi²¹⁸ e Rocha²¹⁹.

De se considerar, todavia, que todas as alterações na regulação da suspensão de segurança procedidas por meio de medidas provisórias, consolidadas na MP nº 2.180-35-2001, à exceção da ultratividade da decisão, foram reproduzidas na nova Lei no Mandado de Segurança, devidamente editada pelo Legislativo²²⁰.

No que se refere aos aspectos materiais, são particularmente contestados o denominado “novo pedido de suspensão”, ou “*pedido per saltum*”, e a suspensão coletiva de liminares por um único despacho do Presidente do Tribunal²²¹.

²¹⁵ PEREIRA, op. cit., p. 310-313.

²¹⁶ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão de segurança*. op. cit., p. 84-87.

²¹⁷ BUENO, 2007, op. cit., p. 259-43-244.

²¹⁸ VENTURI, op.cit., p. 40-45.

²¹⁹ ROCHA, op. cit., p. 96-113.

²²⁰ No entanto, observa-se que Rocha, ao elaborar suas sugestões para adequar o pedido de suspensão às exigências constitucionais, se restringe a sugerir a “revisão pura e simples da MP 2.180-35/2001”, além da revisão da própria Emenda Constitucional que equiparou a referida MP à lei (Ibidem, p. 208-209).

²²¹ O “novo pedido de suspensão” ou “*pedido per saltum*” está previsto nos §§ 1º e 2º do art. 4º da Lei nº 4.348/1964 e nos §§ 4º e 5º do art. 4º da Lei nº 8.437/1992, todos introduzidos pela Medida Provisória nº 2.158-35-2001, e ainda nos §§ 1º e 2º da Lei nº 12.016/2009). A suspensão coletiva de medidas concedidas contra o Poder Público, por sua vez, está prevista no § 2º do art. 4º da Lei nº 4.348/1964 e no § 8º do art. 4º da Lei nº 8.437/1992, ambos introduzidos pela Medida Provisória nº 2.158-35-2001, e no § 5º da Lei nº 12.016/2009).

Em relação ao primeiro aspecto, a Medida Provisória nº 2.180-35-2001 introduziu os §§ 1º e 2º ao art. 4º da Lei nº 4.348/1964 e os §§ 4º e 5º do art. 4º da Lei nº 8.437/1992, dispositivos que permitem ao Poder Público ajuizar novo pedido de suspensão ao Presidente do Tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário, nos casos em que for negado provimento a agravo de instrumento interposto contra a decisão que concede a liminar, ou ainda quando for dado provimento ao agravo interposto pelo autor da ação principal contra decisão que indefere a liminar. Essa previsão foi inserida também nos §§ 1º e 2º da nova Lei do Mandado de Segurança.

Para Bueno, foi estabelecido um desequilíbrio processual, por meio de um “atalho ainda mais curto para as Cortes superiores” que favorece unicamente o Poder Público, acrescentando-lhe mais um privilégio processual. Rompe-se a isonomia processual, princípio fundamental do processo por força do art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal, porque aos particulares não é permitido o acesso direto e imediato às Cortes superiores, ademais dos recursos a elas disponíveis (Recursos Especial e Extraordinário) sujeitarem-se a pré-questionamento e à observância de pressupostos específicos, além de não admitirem reexame de provas. Entende que esse privilégio não se coaduna com as garantias constitucionais, “inclusive a relativa ao mandado de segurança e de sua aptidão de dar ao particular tudo o que é seu, sem qualquer embaraço e, se a urgência do caso concreto exigir, liminarmente”. Acrescenta que a garantia do devido processo legal interdita a criação de regras processuais casuísticas em benefício do Estado e não se coaduna com o estabelecimento de uma “função revisora ampla e imediata das Cortes Superiores” em benefício de apenas uma das partes, esvaziando as competências dos juízes e tribunais inferiores^{222 223}.

Para Rodrigues as regras rompem a isonomia constitucional, “criando trampolins processuais de uma só via para levar uma causa do primeiro grau para os tribunais de cúpula”, de sorte que a desproporção estabelecida entre as partes torna inviável ao particular a obtenção da tutela jurisdicional²²⁴.

No que se refere à suspensão de múltiplas liminares por meio de uma única decisão, essa possibilidade está prevista no § 2º do art. 4º da revogada Lei nº 4.348/1964 e no § 8º do art. 4º da Lei nº 8.437/1992, ambos introduzidos pela MP nº 2.158-35-2001, e no § 5º

²²² BUENO, Cássio Scarpinella. As novas regras da suspensão de liminar em mandado de segurança. In: BUENO, Cássio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Cap. 7. p. 200-205. Para o autor, é ainda questionável a competência dos presidentes do STF e do STJ para julgar o novo pedido de suspensão, porque os artigos 102 e 105 da Constituição Federal não estabelecem essa competência.

²²³ BUENO, 2007, op. cit., p. 259-273.

²²⁴ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão de segurança*. Op. cit., p. 122-124.

do art. 15 Lei nº 12.016/2009. Permite-se ao Presidente do Tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, cujo objeto seja idêntico, mediante simples aditamento do pedido original.

A doutrina critica essa previsão, em razão da forma como foi procedida a alteração²²⁵ e porque se trataria de tentativa do legislador infraconstitucional de criar efeito vinculante de decisões, matéria que exige emenda constitucional. Considera-se que a regra, que pretende que um só pedido de suspensão se preste a suspender a execução de todas as liminares presentes e futuras, afronta o devido processo legal e o princípio do contraditório, de sorte que a “extensão da decisão para fora dos limites da relação jurídica processual em que foi requerido o pedido de suspensão é medida arbitrária”²²⁶.

Para Venturi, esse “efeito extensivo dos pedidos de suspensão” pode acarretar “supressão de julgamento”, com inobservância do contraditório. Sustenta ademais que a extensão da decisão com efeitos *erga omnes* pretendida pela norma é inaplicável em relação a mandados de segurança individuais. No que se refere às ações coletivas, entende que a extensão da decisão decorre da eficácia *erga omnes* própria das decisões proferidas em relação a essa espécie de ação²²⁷.

Dissentindo dessas críticas, Cunha entende que a permissão da extensão da decisão que defere a suspensão atende à economia processual, ao mesmo tempo em que elimina a possibilidade de decisões judiciais conflitantes e geradoras de situações anti-isonômicas²²⁸. De igual forma, Eduardo Arruda Alvim entende que se afigura perfeitamente razoável que as medidas liminares supervenientes possam ser também suspensas mediante simples aditamento do pedido inicial²²⁹.

2.1.7 Inconstitucionalidade Decorrente do Uso da Suspensão de Segurança

Ainda que se repute constitucional a atual configuração do instituto da suspensão de segurança, constata-se a desconformidade com a Constituição no uso que dele

²²⁵ BUENO, 2007, op. cit., p. 272.

²²⁶ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão de segurança*. Op. cit., p. 105-107.

²²⁷ VENTURI, op. cit., p. 217-220. Lembra ainda o autor que a previsão legal da extensão da decisão suspensiva levou o Supremo Tribunal Federal a decidir que, em tais, casos, torna-se necessária a supressão do contraditório, pena de inviabilizar-se procedimentalmente a emenda à inicial (AgRg na SS 1.918/DF, rel. Ministro Maurício Correia), conclusão inaceitável, porque o contraditório imediato, além de indispensável ao devido processo legal, viabilizaria uma mais cuidadosa cognição nessa excepcional modalidade de tutela cautelar.

²²⁸ CUNHA, op. cit., p. 502.

²²⁹ ALVIM, op. cit., p. 283.

se faz na prática forense, porque o interesse público é frequentemente alegado pelo Poder Público, sem que seja provado ou devidamente apreciado pelo Presidente do Tribunal.

Embora se afirme que não é necessária a prova das alegações, porque não há dilação probatória no incidente ou em face do princípio da presunção da veracidade e legalidade do agir da administração pública²³⁰, a necessidade da comprovação da grave lesão mostra-se mais consentânea com os princípios que informam o processo e a jurisdição.

A ausência de dilação probatória não impede a comprovação do direito alegado, mediante prova pré-constituída, tal como sucede no mandado de segurança.

A dispensa da comprovação não pode amparar-se na presunção de legitimidade ou de veracidade do ato administrativo, que se funda na expectativa de que a Administração se submete à lei e de que todos os seus atos seriam verdadeiros e praticados com observância das normas²³¹. Com efeito, a interpretação dada pelo agente público à norma pode revelar-se equivocada, bem como pode ocorrer a desconformidade em relação aos preceitos legais quando da execução da obra ou do serviço públicos. Noutro aspecto, encontrando-se o Poder Público em litígio, trata-se de parte e assim deve ser tratada, dela exigindo-se a lealdade processual, mas não se podendo esperar conduta inteiramente pautada pelo apego à imparcialidade. Com efeito, a praxe forense ensina que os advogados e prepostos do Estado, por falta de autonomia ou por receio de responsabilização funcional, tendem a defender ferrenhamente o Poder Público, ainda que este esteja desprovido de razão. Logo, assim como em qualquer outra postulação formulada em juízo, toda afirmação sobre matéria de fato deve ser devidamente comprovada, ressalvadas as hipóteses de fatos notórios, confessados pela parte contrária ou incontroversos (CPC, art. 334, I a III).

O exame da casuística revela ainda que o princípio do contraditório, especialmente nos tribunais inferiores, somente é observado em caso de eventual interposição do agravo interno, embora o artigo 4º, § 2º, da Lei 8.437/1992 estabeleça que o Presidente do Tribunal poderá ouvir o autor e o Ministério Público, em setenta e duas horas. Referida previsão tem sido tratada como mera faculdade, de sorte que a medida suspensiva é concedida sem prévia oitiva do autor da ação principal ou do Ministério Público.

Neste quadro, embora se repute constitucional e democrático, o instituto da suspensão da segurança demanda uma revisão no modo em que se procede a sua utilização no âmbito dos tribunais.

²³⁰ TESSLER, op. cit., p. 8-9.

²³¹ DI PIETRO, op. cit., p. 69.

2.2 MÉRITO DO PEDIDO DE SUSPENSÃO DE SEGURANÇA

Embora inexista acordo entre os processualistas acerca da exata conceituação de mérito, há uma tendência de aproximação do seu conteúdo ao do pedido do autor. A doutrina converte assim razoavelmente em assimilar o mérito ao *objeto litigioso*, que é definido pelo pedido do autor, acrescido dos pedidos formulados também pelo réu, nas hipóteses em que a lei o permite²³². Para as finalidades desse trabalho, entende-se por mérito do pedido de suspensão de segurança a matéria que deve ser objeto de apreciação pelo Presidente do Tribunal, ao decidir se defere o pedido do Poder Público²³³.

Doutrinariamente, embora os autores aparentemente se dividam em dois segmentos relativamente ao âmbito de apreciação do mérito do pedido de suspensão de segurança, em realidade parece prevalecer um entendimento eclético.

Uma corrente considerada predominante considera que a cognição no pedido de suspensão de segurança é apenas parcial quanto à sua amplitude, de modo que as questões processuais ou de mérito relativas à demanda originária não integram o objeto submetido à apreciação do Presidente do Tribunal. Essas questões somente poderiam ser discutidas pelos meios processuais adequados, ou seja, pelos recursos ou sucedâneos recursais. É vedada a apreciação dessas questões no âmbito do pedido de suspensão, porque o instituto possui como objeto específico a suspensão dos efeitos da execução de determinada tutela jurisdicional em razão de grave lesão aos interesses públicos tutelados pela legislação. Logo, a injuridicidade da decisão judicial não é pressuposto para o deferimento do pedido de suspensão, que se resume à potencialidade de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas, que decorreriam da imediata execução da decisão²³⁴.

Essa corrente majoritária, no entanto, não adota entendimento uniforme acerca da matéria. Em verdade, como adiante se mencionará, parcela significativa dos autores que entendem que a injuridicidade da decisão que se pretende suspender não é requisito da

²³² Como adverte Watanabe, fundamental é a percepção de que a expressão *objeto litigioso do processo* é tomada no sentido do “objeto sobre o qual deve o juiz decidir *principaliter*, e não todo o objeto da cognição e da resolução”, ou seja, sobre o *objeto do processo* (WATANABE, op. cit., p. 104-113). No mesmo sentido, Oliveira afirma que o pedido do autor fixa o *objeto litigioso*, ou a lide, na terminologia carnelutiana. O *objeto do processo*, no entanto, é também integrado pela contestação do réu e suas exceções. Assim, embora a resistência do réu à pretensão do autor não amplie o objeto da lide, aumenta a cognição, mediante a arguição de matérias processuais ou fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor (OLIVEIRA, Robson Carlos. *Os poderes do juiz na execução por quantia certa contra devedor solvente*. 2008. Disponível em: <<http://www.sapientia.pucsp.br>>. Acesso em: 2 jun. 2012).

²³³ Trata-se de definição que se aproxima do conceito de *objeto do processo*, sentido que aparentemente utiliza a doutrina a seguir referida. Não há, portanto, a pretensão de estabelecer a distinção entre *objeto litigioso* e *objeto do processo* para efeitos de delimitação do mérito do pedido de suspensão.

²³⁴ BEZERRA, op. cit., p. 242-244.

suspensão postula que esses requisitos não se resumem à mera demonstração da grave ameaça aos interesses do Poder Público.

Parcela minoritária da doutrina entende que as questões relativas à ação originária devem ser apreciadas pelos presidentes dos tribunais no julgamento do pedido de suspensão, razão pela qual a injuridicidade da decisão cujos efeitos se pretende suspender deve somar-se ao risco de lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, como pressuposto para o seu deferimento. De acordo com esse entendimento, é vedada a suspensão da execução de decisões judiciais exaradas em conformidade com o ordenamento jurídico, ainda que acarretem grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas²³⁵.

Nesse quadro, prevalece o entendimento doutrinário de que o mérito do pedido de suspensão de segurança fica restrito à demonstração da grave ameaça ao interesse público decorrente da decisão que se pretende suspender, embora com as ressalvas e temperamentos que adiante se mencionará.

No âmbito dos tribunais, embora se constatem decisões admitindo um mínimo de delibação acerca da plausibilidade da defesa do Poder Público no processo principal, prevalece largamente o entendimento restritivo acerca do âmbito de apreciação do mérito da suspensão. Por conseguinte, considerando o Presidente do Tribunal restar caracterizada a ameaça de lesão aos interesses públicos, a decisão concedida contra o Poder Público é suspensa, ressalvadas circunstâncias excepcionais.

Assim sendo, em princípio, ainda que a ameaça ao interesse tutelado na ação principal seja grave e de grande magnitude, a tutela concedida para a proteção de tais interesses não prevalecerá se o Poder Público demonstrar no pedido de suspensão de segurança que o cumprimento da decisão causará grave lesão à ordem, à saúde, à segurança pública ou à economia públicas. Logo, embora se afirme que o princípio que informa o instituto é similar ao do *periculum in mora* inverso²³⁶, trata-se de peculiar utilização de meio de contracautela que atribui total prevalência a um dos interesses, desconsiderando a ameaça ou a lesão ao outro interesse que está em situação de conflito.

Nos itens seguintes, são analisados os requisitos para o pedido de suspensão. Dedicar-se um tópico à análise da exigência de constatação de “manifesta ilegitimidade” prevista no art. 4º da Lei nº 8.437/1992. Em seguida, é analisada com mais profundidade a possibilidade de se incluir no âmbito do mérito do pedido de suspensão a apreciação das questões relativas ao processo principal.

²³⁵ Ibidem, p. 242-244.

²³⁶ SCARTEZINI, op. cit., p. 62.

2.2.1 Requisitos Materiais

É condição para o deferimento do pedido de suspensão de segurança que a execução da medida judicial concedida contra o Poder Público configure grave ameaça à ordem, à segurança, à saúde e à economia públicas. Tratam-se, evidentemente, de conceitos jurídicos indeterminados, mas passíveis de determinação.

Para Carvalho Filho, ainda que vagas as expressões definidoras dos interesses protegidos, é possível entender a *ordem pública* como aquela composta de um mínimo de condições essenciais para proporcionar o bem-estar aos membros da coletividade, abrangendo, em sentido lato, os aspectos relativos à tranquilidade, à segurança e à salubridade pública e à paz social. A *saúde pública* é definida como o “o conjunto de fatores que previnem e combatem as enfermidades das populações”. Por sua vez, a *segurança pública* tem relação intrínseca com a de ordem pública, apresentando caráter instrumental em relação a esta, e pode ser definida como um conjunto de processos políticos e jurídicos estabelecidos com a finalidade de garantir a ordem pública na convivência em sociedade. Por fim, a *economia pública* é definida pelo autor como “o complexo de elementos que ensejam a regularidade dos padrões econômicos e financeiros do grupo social”^{237 238}.

No que se refere à economia pública, interesse especificamente objeto desse trabalho, Bezerra entende que o termo deve ser compreendido em amplo sentido, podendo se referir à *economia* ou às *finanças* de determinada entidade de direito público. Acrescenta que esses interesses podem ser considerados atingidos quando os efeitos das decisões judiciais lhes acarretarem prejuízo econômico ou pecuniário, além de “grave comprometimento do montante das receitas e das despesas previstas nas leis orçamentárias”²³⁹. Todavia, entende-se que não basta qualquer dano ao Erário para amparar o pedido de suspensão, ademais de não se restringir a análise ao montante pecuniário envolvido, mas “à possibilidade de cumprimento da decisão prejudicar de forma grave a Administração e consequentemente a coletividade”²⁴⁰.

Para controvérsia acerca da taxatividade desses pressupostos ou se estaria autorizada a aplicação do instituto a situações envolvendo outros interesses públicos. Bezerra, após citar entendimentos doutrinários em ambos os sentidos, cogita de se estender a aplicação

²³⁷ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 394.

²³⁸ Considerando que as hipóteses de ameaça aos interesses públicos segurança, ordem e saúde não constituem objeto específico desse trabalho, indica-se entre outras, as análises efetuadas por: (BEZERRA, op. cit., p. 304-339; VENTURI, op. cit., p. 148-153; SCARTEZINI, op. cit., p. 91-99; ROCHA, op. cit., p. 231-234).

²³⁹ BEZERRA, op. cit., p. 340-348.

²⁴⁰ SCARTEZINI, op. cit., p. 94-95.

aos casos de grave lesão ao meio ambiente²⁴¹. Em julgado do dia 29/06/2010, o STJ indeferiu Agravo Regimental contra decisão que havia deferido a suspensão dos efeitos da sentença com fundamento precisamente na ameaça de dano ambiental²⁴².

2.2.2 Gravidade da Lesão ao Interesse Público

Nos termos do que estabelecem os dispositivos que regem a suspensão de segurança, somente a *lesão grave* à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas autoriza a suspensão dos efeitos de medidas judiciais concedidas contra o Poder Público. Tratando-se a suspensão de segurança de “uma providência drástica e excepcional, só se justifica quando a decisão possa afetar de tal modo os interesses da coletividade que aconselhe sua sustação até julgamento final”²⁴³. Não se justifica assim a medida quando a lesão aos referidos interesses não se qualifique pela gravidade, magnitude ou importância²⁴⁴.

Reputam-se insuficientes para amparar o pedido as alegações de dificuldades financeiras ou crises da pessoa jurídica de direito público e que haverá agravamento da situação em decorrência dos efeitos da medida concedida contra o Poder Público. Alegações genéricas dessa ordem não demonstram a potencialidade concreta da grave lesão aos interesses tutelados na norma²⁴⁵.

Entretanto, Bezerra, com apoio no entendimento de Ellen Gracie Northfleet, considera que a aferição da gravidade, magnitude, seriedade ou importância da lesão aos

²⁴¹ BEZERRA, op. cit., p. 296-302. Cita a autora decisão do STJ que confirmou tutela suspensiva para evitar dano ao *ambiente* (Agravo Regimental na Petição nº 924/GO (DJ, 29.5.2000, p. 106), bem como decisão do STF que negou provimento a recurso para manter tutela jurisdicional suspensiva dos efeitos de decisão que autorizara o desmatamento em área de Mata Atlântica (Agr. na SS nº 209/SP (DJ, 17.6.1988, p. 15.250).

²⁴² AgRg na Suspensão de Segurança nº 2.333-CE (2010/0027414-0), Relator Min. Ari Pargendler. Consta do voto do relator: “Aqui, tal como dito no decisum que deferiu a suspensão dos efeitos da sentença, ‘independentemente do acerto, ou não, da decisão que autorizou, na espécie, o prosseguimento do empreendimento imobiliário, o certo é que, se isso acontecer, o respectivo efeito será irreversível. Numa época de tantos gravames ao meio ambiente, o princípio da precaução recomenda que se aguarde o desfecho final da causa para que as edificações sejam levantadas’ (e-STJ, fl. 84)”.

²⁴³ MEIRELLES, op. cit., p. 84.

²⁴⁴ BEZERRA, op. cit., p. 292-294. A autora cita a doutrina de Ellen Gracie Northfleet (in Suspensão de sentença e de liminar. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo – Nova Série, p. 173: “Como tantas vezes já mencionado, defere-se a Suspensão quando presentes os requisitos autorizadores dessa intervenção *verdadeiramente extraordinária* da presidência. O máximo de rigor na averiguação de sua ocorrência é aconselhável para evitar-se que a medida, vulgarizada, seja manejada como sucedâneo recursal e, distorcida de sua finalidade, subverta a normalidade do trânsito das decisões pelas instâncias revisoras. Tenho sustentado que a Suspensão de ato judicial constitui, no universo de nosso sistema normativo, *providência de caráter extraordinário*. É imperativo, portanto, que a presidência, no exercício de sua atribuição, face à *nota de absoluta excepcionalidade* que reveste a medida, proceda à estrita exegese das hipóteses insculpidas na legislação de regência. Dessa forma, só é aplicável a medida quando a manutenção da decisão hostilizada importe em verdadeiro risco de lesão aos interesses públicos tal como tutelados na instância das suspensões.”

²⁴⁵ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão de segurança*. op. cit., p. 173.

interesses públicos pode decorrer “do conjunto de demandas propostas ou em iminência de serem propostas com o mesmo objeto”. Nesse sentido, cita a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, que tem admitido a caracterização da gravidade da ameaça em face do efeito multiplicador decorrente da reiteração de ações judiciais propostas com o mesmo objeto. Acrescenta a observação de Juvêncio Vasconcelos Viana de que, nesses casos, a suspensão teria “efeito didático”, desestimulando o ajuizamento de outras ações com o mesmo objeto²⁴⁶. De igual forma, Didier Junior e Cunha afirmam que a suspensão deverá se deferir, ainda que a medida judicial beneficie um único autor, nos casos em que se constatem várias demandas similares em andamento, anunciando uma “potencial lesão ao interesse público, com a probabilidade de se concretizar o chamado efeito multiplicador”²⁴⁷.

Em sentido contrário, Rodrigues sustenta que “o risco de grave lesão que motiva e justifica o pedido de suspensão deve ser atual, imprevisível e iminente”, razão pela a proliferação de pedidos judiciais similares não se presta a fundamentar a suspensão²⁴⁸.

2.2.3 O Conceito de Flagrante Ilegitimidade da Lei nº 8.437/1992

O artigo 4º da Lei nº 8.437/1992 permite ao Presidente do tribunal suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de *flagrante ilegitimidade*, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

A menção contida no dispositivo legal às hipóteses de *manifesto interesse público* não deu causa a maiores controvérsias doutrinárias, porque foi diretamente assimilável aos pressupostos de ameaça de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

No entanto, a previsão da condição de *flagrante ilegitimidade*, elemento normativo inédito relativamente à suspensão de segurança, deu causa a controvérsia doutrinária, porque, ao menos em um primeiro exame, condicionaria o deferimento do pedido de suspensão de segurança à demonstração de alguma ordem de equívoco na decisão que se pretende suspender.

²⁴⁶ BEZERRA, op. cit., p. 294-296.

²⁴⁷ DIDIER JUNIOR; CUNHA, op. cit., p. 541-542.

²⁴⁸ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão de segurança*. Op. cit., p. 173.

Para Carvalho Filho, a situação de *flagrante ilegitimidade* ocorre “quando o ato concessivo da liminar desatende frontalmente aos pressupostos que devem embasá-lo”, ou seja, quando a medida judicial for concedida ainda que não haja “o menor indício da existência do risco de lesão irreparável e da plausibilidade do direito”. Acrescenta que se afigura correta a menção à *ilegitimidade*, conceito que indica contrariedade ao “*consensus*, vale dizer, o sentimento geral das pessoas” e que é mais abrangente que o de *ilegalidade*, que implica apenas o confronto formal com a lei. A medida judicial poderia assim ser suspensa, ainda que concedida em conformidade com a lei, caso a avaliação efetuada pelo magistrado se revelasse “inteiramente descompassada da que fazem as pessoas de modo geral”²⁴⁹.

Rodrigues não atribui relevância à previsão legal. Para o autor, a menção à *flagrante ilegitimidade*, como motivo ensejador da suspensão da execução da decisão judicial, trata-se de “grave deslize” do legislador. Adotando o entendimento de que o acerto da decisão que se pretende suspender é irrelevante para a decisão do pedido de suspensão, considera a menção legal desprovida de sentido. Menciona ainda que se a expressão for tomada em sentido literal, como ausência de legitimidade ativa do autor, seria o caso de permitir ao Presidente do Tribunal extinguir o processo em face da carência de ação²⁵⁰.

No mesmo sentido, Rocha afirma que a introdução do pressuposto da *flagrante ilegitimidade* é aparentemente “incoerente com o próprio sistema do pedido de suspensão no qual se insere”, porque a matéria jurídica relativa à ação originária tem reduzida importância para o pedido de suspensão. Entretanto, não exclui a possibilidade da apreciação das questões relativas ao processo principal, ressalvando que essa análise, no âmbito do pedido de suspensão, deve se realizada “desde uma perspectiva mais afastada, mais superficial, com o intuito de ponderar quais as eventuais chances da medida que se pretende suspender vir a prosperar no futuro, a fim de se evitar a postergação do cumprimento de uma decisão que, fatalmente, prevalecerá”²⁵¹.

2.2.4 A Incontrastabilidade do Interesse Tutelado pela Decisão que se Pretende Suspender

É entendimento predominante na doutrina que o âmbito de análise do mérito da suspensão de segurança está restrito ao potencial lesivo da decisão que se pretende

²⁴⁹ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 397.

²⁵⁰ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão de segurança*. Op. cit., p. 164-167. No mesmo sentido, Bezerra, op. cit., p. 348-350, aduz que a expressão acrescentada às normas em referência em nada contribui para o aperfeiçoamento do instituto da suspensão de segurança. Similar é ainda o entendimento de Elton Venturi, op. cit., p. 126-130.

²⁵¹ ROCHA, op. cit., p. 175.

suspender, afigurando-se irrelevante a sua conformidade com o ordenamento jurídico ou a sua adequação ao conjunto probatório coligido aos autos. Assim, considera-se vedado ao Presidente do Tribunal o exame do mérito da ação principal, bem como prolatar decisão revogando ou reformando a medida concedida contra o Poder Público, pena de caracterizar decisão *ultra petita* e em desacordo com a legislação que rege a suspensão de segurança.

Entretanto, conforme anota Bezerra, a questão não se encontra pacificada, porque segmento importante da doutrina entende que as questões relativas à ação principal devem ser analisadas ao apreciar-se o pedido de suspensão²⁵².

Acrescenta a autora que também o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca do âmbito de apreciação do mérito da suspensão de segurança oscilou ao longo dos anos. Anota que o STF havia consolidado o entendimento sobre a impossibilidade de apreciação, no processo de suspensão, das questões processuais e de mérito relativas à demanda de origem. Assim, no Agravo Regimental na Suspensão de Segurança nº 228/BA (DJ, 17.06.1988, p. 15.250), o plenário do Supremo, tendo por relator o Min. Rafael Mayer, decidiu que ao Presidente do Tribunal caberia apenas verificar os pressupostos para a suspensão, sendo descabida a discussão sobre as questões meritórias ou sobre a juridicidade da decisão impugnada. De igual sorte, no julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Segurança nº 303/DF (DJ, 26.04.1991, p. 05094), o plenário do STF, sob relatoria do Min. Néri da Silveira, decidiu que, no âmbito do pedido de suspensão, não se discute o mérito do mandado de segurança, mas somente a ocorrência da ameaça de grave lesão a ordem, a saúde, a segurança e a economia públicas. No mesmo sentido, os Agravos Regimentais na Suspensão de Segurança nº 471/DF (DJ, 04.06.1993, p. 11.011) e nº 490/RJ (DJ, 28.05.1993, p. 10382), ambos de relatoria do Min. Sydney Sanches²⁵³.

Lembra a autora que entendimento do STF sofreu alteração a partir do julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Segurança nº 846/DF (DJ, 08.11.1996, p. 43.208), ocasião em que o seu Plenário, sob a relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, passou a incluir no mérito do pedido de suspensão as questões processuais e de mérito afetas à causa originária, sob o fundamento de que, "sendo medida cautelar, não há regra nem princípio segundo os quais a suspensão da segurança devesse dispensar o pressuposto do *fumus boni juris* que, no particular, se substantiva na probabilidade de que, mediante o futuro provimento do recurso, venha a prevalecer a resistência oposta pela entidade estatal à pretensão do impetrante". Esse novo entendimento do Plenário do STF foi albergado também, entre outros,

²⁵² BEZERRA, op. cit., p. 217-219.

²⁵³ Ibidem, p. 218-221.

no julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Segurança nº 1.015/SP (DJ, 24.09.1999; p. 00040), de relatoria do Min. Carlos Velloso, concluindo-se pela exigência, em juízo de delibação, de plausibilidade das razões opostas pelo Poder Público à pretensão do impetrante para o deferimento do pedido de suspensão, além da existência de riscos de grave lesão aos interesses públicos. De igual forma, no Agravo Regimental Suspensão de Segurança nº 2.210/SE (DJ, 19.12.2003, p. 00050), o Min. Maurício Corrêa considerou imprescindível a análise do mérito da causa originária para fins de julgamento do pedido de suspensão²⁵⁴.

Ressalva a autora, entretanto, que em decisões mais recentes, o próprio Ministro Maurício Corrêa entendeu que "não cabe, no âmbito da suspensão de segurança, examinar com profundidade e extensão as questões envolvidas na lide, devendo a análise limitar-se, apenas, aos aspectos concernentes à potencialidade lesiva do ato decisório em face dos interesses públicos relevantes" (Agravo Regimental na Suspensão de Segurança nº 2.316/PE, DJ, 21.05.2004, p. 00033)²⁵⁵.

Para a autora, é acertado o entendimento de que as questões relativas à demanda principal não integram o objeto submetido à apreciação dos presidentes dos tribunais, tratando-se de cognição apenas parcial, no que se refere à sua amplitude. Assim, as questões relativas à tutela jurisdicional que se pretende suspender somente podem ser discutidas através dos meios processuais adequados, ou seja, recursos ou sucedâneos recursais legalmente admitidos. Acrescenta que o pedido de suspensão possui como objeto específico "a suspensão dos efeitos da execução de determinada tutela jurisdicional por grave lesão aos interesses públicos tutelados pela legislação regente", objeto alheio ao dos meios recursais, que constitui a "anulação, a reforma, a integração ou o aclaramento do conteúdo da tutela jurisdicional". Por essa razão, conclui que a decisão judicial concedida contra o Poder Público, ainda que "em absoluta consonância com o ordenamento jurídico nacional, revestida, pois, de indubitável juridicidade, pode ter os efeitos de sua execução excepcionalmente obstados por malferimento aos aludidos interesses públicos"²⁵⁶.

No mesmo sentido, Rodrigues afirma que "todos os textos legais que cuidam do tema são claros quando mencionam que o instituto em estudo tem por objeto a suspensão de execução do pronunciamento, cuja razão e motivo para tal é o de evitar a grave lesão ao interesse público". O objeto de julgamento do pedido de suspensão não coincide com o da causa principal, e o que justifica a suspensão da execução da decisão não é a

²⁵⁴ Ibidem, p. 221-224.

²⁵⁵ Ibidem, p. 224-225.

²⁵⁶ Ibidem, p. 213-216.

injuridicidade da decisão que se pretende suspender, “ainda que tal possa ocorrer”. Assim, a competência atribuída ao Presidente do Tribunal estaria restrita a aferir se está presente o risco ao interesse do Poder Público decorrente da execução da medida judicial concedida. Permitir-lhe modificar, cassar ou adulterar a decisão cuja execução se pretende suspender configuraria “transbordamento da competência” que lhe foi entregue e implicaria admitir, por via transversa, natureza recursal ao instituto”²⁵⁷.

Em sentido diverso, Bueno conclui que o Poder Público, ao requerer a suspensão da segurança, deve comprovar que a tutela judicial que acarreta lesão aos interesses públicos foi concedida mediante erro de julgamento ou de procedimento²⁵⁸.

Trata-se de entendimento isolado, porque mesmo a corrente doutrinária que postula uma ampliação do âmbito de apreciação do mérito do pedido de suspensão de segurança admite que não se trata de demonstrar a injuridicidade da decisão proferida no processo principal. Em outros termos, essas correntes postulam que a decisão do pedido de suspensão não deve se restringir à verificação da ameaça aos interesses do Poder Público, mas igualmente não exige a demonstração de que a decisão que se pretende suspender incidiu em erro de procedimento ou de julgamento.

Os autores que adotam esses entendimentos ecléticos ou intermediários postulam que o Presidente do Tribunal deve proceder a uma análise da plausibilidade do recurso facultado ao Poder Público ou que realize uma ponderação dos interesses em conflito. Em ambos os casos, entende-se que essa análise deve ser procedida sem a apreciação da juridicidade da decisão que se pretende suspender.

Em um primeiro grupo, situam-se os autores que, embora entendendo que o mérito do pedido de suspensão se resume à verificação das hipóteses de grave ameaça aos interesses públicos, ressalvam que essa restrição não exclui a necessidade da demonstração da *plausibilidade* do eventual recurso do Poder Público. Postulam, por conseguinte, a *delibação* a que se referem os acórdãos do Supremo Tribunal Federal antes referidos.

Assim, Tombini, após ressalvar o entendimento pessoal e dos tribunais superiores de que não cabe examinar, no pedido de suspensão, as questões de fundo envolvidas na lide, conclui que esse entendimento “não deixa de admitir um exercício mínimo de delibação do mérito, haja vista cuidar-se de contracautela, vinculada aos pressupostos da plausibilidade jurídica e do perigo da demora, que devem estar presentes para a concessão das liminares”. Afirmar que se deve mensurar, caso a caso, o potencial lesivo da tutela deferida

²⁵⁷ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão de segurança*. Op. cit., p. 155-157.

²⁵⁸ BUENO, 2007, op. cit., p. 245.

contra o Poder Público, para verificar se estão caracterizados os pressupostos para o deferimento do pedido de suspensão e o risco inverso²⁵⁹.

Para Eduardo Arruda Alvim, o pedido de suspensão de segurança somente pode ser deferido se o recurso facultado ao Poder Público contra a decisão que se pretende suspender se mostrar *plausível*. Para chegar a essa conclusão, considera que deve ser aplicada à suspensão de segurança a regra do art. 558, parágrafo único, do CPC, que permite ao relator suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara, quando for “relevante a fundamentação” do agravo. Observa que a *relevância da fundamentação* a que se refere o dispositivo significa que o recurso deve se revelar plausível. Referindo-se especificamente ao mandado de segurança, conclui que essa assertiva, válida para qualquer recurso desprovido de efeito suspensivo, deve ser também reputada válida relativamente à suspensão de efeitos de decisões proferidas em sede do *writ*, ação destinada à exequibilidade imediata das sentenças concedidas em seu âmbito²⁶⁰.

Pondera o autor que essa conclusão não pode ser afastada pela invocação da preponderância do interesse público sobre o particular, porque a medida liminar, que é imanente ao mandado de segurança, é concedida após a constatação da situação de *periculum in mora* e da relevância da fundamentação constante da petição inicial, ademais de haver prova documental do alegado. Assim, por implicar o esvaziamento do próprio objeto do mandado, a suspensão da eficácia da liminar somente poderia ser deferida se demonstrado que a decisão que a concedeu não está correta. Ressalva o autor, entretanto, que essa necessidade de demonstração do *fumus boni iuris* não implica a análise do mérito da demanda principal no âmbito do processo de pedido de suspensão, mas que se deverá analisar se as razões do pedido do Poder Público são *plausíveis*, afastando a possibilidade do deferimento em casos fundados em argumentos já reconhecidamente tidos por ilegais ou inconstitucionais²⁶¹.

Para Scartezini, ao analisar o pedido de suspensão, o Presidente do Tribunal não pode adentrar no mérito da questão, avaliando o acerto da decisão, mas apenas apreciar sua potencialidade de causar grave lesão aos interesses públicos. Aderindo ao entendimento de Bueno, no entanto, acrescenta que o interesse público somente pode existir se estiver inserido nos limites impostos pela ordem jurídica aos particulares e ao Estado, razão pela qual a atuação estatal somente é possível se estiver agasalhada pela ordem jurídica. Assim, a suspensão somente será legítima se o interesse público estiver abrangido pela ordem jurídica,

²⁵⁹ TOMBINI, Carla Fernanda Leão Barcelos. *Suspensão de segurança na visão dos tribunais superiores*. Belo Horizonte, Forum, 2009. p. 89-90.

²⁶⁰ ALVIM, op. cit., p. 252.

²⁶¹ Ibidem, p. 253, 264.

o que implica, consoante o entendimento de alguns julgados do STF, verificar a existência do *fumus boni iuris*, ou seja, “a probabilidade de êxito do recurso do Poder Público, ou a plausibilidade jurídica do pedido”²⁶².

Acrescenta o autor que analisar a plausibilidade do direito buscado pelo Poder Público não implica apreciar o acerto da decisão que se pretende suspender, porque somente os aspectos atinentes ao interesse coletivo podem ser considerados, “pena de se transformar o incidente em recurso o que feriria flagrantemente o princípio da isonomia”. Assim, tratando-se de pedido fundado em pretensão cuja contrariedade à lei ou à Constituição Federal já foi reconhecida, não haveria justificativa para o deferimento da suspensão. Cita como exemplo pedido de suspensão de segurança apresentado em demanda que visava ao levantamento de cruzados novos bloqueados pelo Plano Collor, cuja inconstitucionalidade já havia sido reconhecida pelos tribunais. Acrescenta que esse entendimento está em consonância com a previsão do § 7º do art. 4º da Lei 8.437/1992, que determina que “o presidente do tribunal poderá conferir ao pedido de efeito suspensivo liminar, se constatar, em juízo prévio, a plausibilidade do direito invocado e a urgência na concessão da medida”²⁶³.

De igual forma, Cunha conclui que a restrição ao exame do mérito da demanda originária não afasta a exigência de um mínimo de plausibilidade da tese do Poder Público, postulando que a comprovação do *periculum in mora inverso*, caracterizado pela ameaça ao interesse público, seja acompanhada da demonstração dessa plausibilidade, apreciada em cognição sumária pelo Presidente do Tribunal²⁶⁴.

A circunstância de que a análise da plausibilidade do eventual recurso do Poder Público será procedida pelo Presidente do Tribunal em âmbito de cognição sumária ou superficial parece ser o argumento comum dessa corrente que postula a restrição do âmbito de apreciação do mérito do pedido de suspensão, mas admite a denominada *delibação*.

Entretanto, conforme argumenta Venturi, a superficialidade da aferição da plausibilidade do eventual recurso do Poder Público não afasta a conclusão de que o Presidente do Tribunal estaria adentrando no mérito da ação no âmbito da qual foi deferida a medida cuja eficácia se pretende suspender²⁶⁵.

²⁶² SCARTEZINI, op. cit., p. 104-105.

²⁶³ Ibidem, p. 50, 105. No mesmo sentido parece ser a conclusão de Gilberto Etchaluz Vilella, ao afirmar que a análise ao mérito da ação principal deve ser excepcional “quando se duvide, por exemplo, da existência de *fumus boni iuris* ou de *periculum in mora* na liminar atacada, ou quando se esteja ante caso em que haja ocorrido prescrição ou decadência (VILLELA, Gilberto Etchaluz. *A suspensão das liminares e das sentenças contra o poder público*. Porto Alegre: Síntese, 1998. p. 123-124).

²⁶⁴ CUNHA, op. cit., p. 470-471.

²⁶⁵ VENTURI, op. cit., p. 160.

Uma segunda corrente doutrinária, embora aparente adotar a tese restritiva acerca do exame do mérito do pedido de suspensão de segurança, vai ainda além na admissão de alguma forma de consideração acerca do mérito da ação principal, postulando a própria ponderação dos interesses em conflito²⁶⁶.

Assim, por exemplo, malgrado a ênfase com que Bezerra se filia ao entendimento de que a juridicidade da decisão que concede a tutela contra o Poder Público é insuscetível de apreciação no âmbito do pedido de suspensão, entende ela ser viável a *ponderação*, pelo Presidente do Tribunal, dos interesses em conflito. Embora afirme que o exame das razões fáticas e jurídicas a ser procedido pelo Presidente do Tribunal refere-se unicamente às “questões processuais e meritórias próprias da ação de suspensão”, ou seja, se os efeitos decorrentes da execução da tutela jurisdicional impugnada são capazes de lesionar gravemente os interesses públicos, a autora entende ser possível “que a integralidade da situação fático-jurídica” seja considerada no julgamento do pedido de suspensão²⁶⁷.

Estabelece a autora uma dicotomia, ao afirmar que os presidentes dos tribunais devem considerar a “integralidade da situação fático-jurídica, onde também se insere a demanda de origem”, ou seja, conhecer de todas as “todas as questões fáticas e jurídicas pertinentes à demanda de origem”, embora essas questões não devam ser analisadas “sob o aspecto da juridicidade”. Entende assim que os presidentes dos tribunais devem conhecer amplamente todas as questões fáticas e jurídicas, porque esse conhecimento é necessário para que se possa “aferir se no caso concreto os interesses públicos especialmente protegidos devem ou não prevalecer sobre os interesses particulares”. Ressalva que somente neste sentido pode-se afirmar que a decisão judicial que aprecia o pedido de suspensão “não pode cingir-se à mera análise dos pressupostos elencados nas normas jurídicas de regência”²⁶⁸.

Para a autora, o deferimento da suspensão exige, além da demonstração da grave ameaça à saúde, à ordem, à segurança e à economia públicas, a caracterização de que no caso concreto prevalecerá “o interesse público sobre o interesse particular”, postulando que essa prevalência seja verificada em conformidade com o princípio da proporcionalidade. Ressalvando a ausência de previsão legal nesse sentido, conclui que o exame da

²⁶⁶ A *ponderação* aqui referida, no sentido utilizado pelos autores a seguir mencionados, amolda-se a um conceito elaborado “sem maiores preocupações dogmáticas, como um modo de solucionar qualquer conflito normativo, relacionado ou não com a aplicação de princípios”, como refere Ana Paula de Barcelos (in BARCELOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005). Referem-se os autores ainda a *ponderação de interesses*, conceito que não se revela inteiramente adequado, na medida em que a ponderação não se procede propriamente entre os interesses, mas entre as normas que os veiculam. A análise acerca desses aspectos será retomada no capítulo final do trabalho.

²⁶⁷ BEZERRA, op. cit., p. 256.

²⁶⁸ Ibidem, p. 256-257.

proporcionalidade dos interesses em conflito decorre de exigência constitucional, com a finalidade de solver a colisão entre princípios de semelhante hierarquia constitucional, ou seja, o princípio da supremacia do interesse público, que fundamenta o pedido de suspensão, e o princípio da efetividade da tutela jurisdicional, que fundamenta a postulação do particular de manter intactos os efeitos da execução de tutela jurisdicional deferida em seu favor²⁶⁹.

De igual forma, embora Rodrigues adote interpretação restritiva acerca do mérito do pedido de suspensão, porque o que justifica a suspensão da decisão não é a sua injuridicidade, conclui que a apreciação a ser procedida pelo Presidente do Tribunal deve ser sempre procedida mediante a devida ponderação dos interesses em conflito²⁷⁰.

No mesmo sentido, embora Venturi entenda não ser razoável ou lícito condicionar o deferimento da suspensão da execução da decisão à viabilidade ou probabilidade de sua posterior cassação ou reforma por meio do eventual recurso ou remessa necessária, também considera a possibilidade de ponderação dos interesses em conflito²⁷¹.

Sustenta Venturi que a exigência de um juízo de delibação acerca da viabilidade do eventual recurso do Poder Público subverte o regime aplicável à suspensão de segurança, além de caracterizar usurpação da competência jurisdicional atribuída aos tribunais para o processamento e julgamento dos recursos cabíveis. É assim seu entendimento que o *fumus boni iuris* exigível “para julgamento de procedência dos pedidos de suspensão há que ser referível direta e imediatamente à situação cautelanda e não à plausibilidade de a demanda instaurada contra o Poder Público vir a ser julgada improcedente”²⁷².

Entretanto, o autor reputa aceitável que a decisão do Presidente do Tribunal no pedido de suspensão seja procedida mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade, porque “em muitas ocasiões, se estará precisamente diante da contraposição de interesses legítimos, porém inconciliáveis, cabendo ao Poder Judiciário determinar qual prevalecerá, ao menos temporariamente”. Acrescenta que “os órgãos encarregados de apreciar os pedidos de suspensão têm à sua disposição o critério da proporcionalidade como poderoso e efetivo instrumento legitimante de suas decisões”,

²⁶⁹ Ibidem, p. 257-260.

²⁷⁰ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão de segurança*. op. cit., p. 124-125. Entende o autor que o fato de não se poder entrar no mérito da juridicidade da decisão não exclui a possibilidade da consideração do interesse que lhe é subjacente. Conclui ser correto afirmar que razões jurídicas sustentam a aplicação da máxima do sopesamento pelo presidente do tribunal, porque “uma coisa é suspender porque a decisão *a quo* teria sido errada, e outra é suspender porque razões de proteção do interesse público (jurídicas, portanto) exigem que ocorra a imediata suspensão da execução da medida prolatada pelo juiz *a quo*” conforme nota de rodapé nº 201, p. 156.

²⁷¹ VENTURI, op. cit., p. 159-162, 215-216, 277-279.

²⁷² Ibidem, p. 150-162.

recurso de que tem se valido o Supremo Tribunal Federal, em reiteradas oportunidades, “seja para deferir seja para indeferir a pretensão de suspensão de liminares e sentenças”²⁷³.

Aduz Venturi que essa apreciação sobre os interesses em conflito mediante sopesamento das pretensões contrapostas, por meio dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade, mais se afigura necessária tratando-se de suspensões de medidas judiciais concedidas em âmbito de ações coletivas para tutela de interesses difusos e coletivos. Nesse ponto, critica o autor as decisões que concedem a suspensão da eficácia de decisões contrárias ao Poder Público no âmbito de processos coletivos, sem que se adote a cautela de “justificar possíveis choques entre as pretensões difusa ou coletivamente versadas na ação coletiva com o pretenso interesse público residente na suspensão”, hipóteses em que “tal cotejamento sequer é imaginado ou suscitado durante o procedimento de suspensão, como se a transcendência subjetiva *erga omnes* do provimento deferido em demanda coletiva nada representasse para a concretização ou a preservação do real interesse público”²⁷⁴.

Por sua vez, Rocha adota a concepção de que são igualmente justificáveis o exercício da ponderação dos interesses em conflito e a verificação da plausibilidade do recurso facultado ao Poder Público. Entende o autor correta a realização da ponderação dos interesses em conflito pelo Presidente do Tribunal, embora afirme que a decisão do pedido de suspensão não poderia “ingressar indistintamente no mérito da causa subjacente”. Considera que, ao ignorar completamente a matéria objeto do julgamento da lide principal, a decisão do Presidente poderia acarretar injustiça. Acredita então que o conflito entre os princípios da supremacia do interesse público e o da inafastabilidade da jurisdição se resolve mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade. Assim, o princípio da proporcionalidade, que é elemento justificador da própria criação do pedido de suspensão de segurança, configura-se “elemento essencial para conferir limites à propositura e ao deferimento do incidente”²⁷⁵.

Sustenta ainda o autor que incumbe ao Presidente do Tribunal analisar, ainda que sem maior profundidade, a probabilidade de a decisão que se pretende suspender vir a ser confirmada em decisão definitiva, após o julgamento dos recursos ainda pendentes²⁷⁶.

²⁷³ Ibidem, p. 215-216. Cita o autor a SS 13191DF, rel. Min. Celso de Mello, DJ 19.04.1999, p. 31, em que o STF, mediante ponderação de interesses em conflito, indeferiu pedido de suspensão fundado em ameaça de lesão à economia pública optando pela prevalência dos interesses de servidores públicos, em face do caráter alimentar das parcelas remuneratórias objeto das decisões que se pretendia suspender. No caso, se concluiu ainda pela ausência da caracterização da grave ameaça à ordem e a economia públicas.

²⁷⁴ Ibidem, p. 277-278.

²⁷⁵ ROCHA, op. cit., p. 187-196.

²⁷⁶ Ibidem, p. 187-196. Cita o autor decisões nesse sentido proferidas pelo STF no agravo regimental contra decisão que havia concedido a suspensão de segurança nº 846-3/DF, bem como decisão na Reclamação n. 3763/CE, através de voto do Min. Cezar Peluso.

Ressalva o autor que o Presidente do Tribunal, ao averiguar a probabilidade de modificação da decisão que se pretende suspender, não julgará a questão de mérito, o que implicaria usurpar a competência dos órgãos jurisdicionais competentes para apreciar os recursos. Sustenta que a análise deve ser procedida abstraindo-se o Presidente de considerar o seu próprio entendimento e os elementos de seu convencimento, limitando-se a “cotejar os aspectos jurídicos envolvidos na decisão objeto do incidente, com tudo aquilo que já foi julgado, em casos semelhantes, pelas instâncias superiores”. Acredita que essa concepção exclui a possibilidade de contradição com a natureza jurídica do pedido de suspensão²⁷⁷.

Destoa dos entendimentos antes referidos a concepção de Gutierrez sobre a matéria, ao afirmar que a questão merece tratamento distinto conforme se trate de pedido de suspensão formulado perante o Supremo Tribunal Federal em outros tribunais, inclusive o Superior Tribunal de Justiça²⁷⁸.

A autora louva o entendimento do STF na Suspensão de Segurança nº 1.002-6, que concluiu que, “ainda que não se cuide de recurso, o deferimento do pedido de suspensão de segurança não prescinde de todo da delibação do mérito da controvérsia subjacente à decisão concessiva da liminar ou do mandado de segurança”, razão pela qual a evidente inviabilidade do recurso interposto ou anunciado leva à impossibilidade da suspensão da segurança²⁷⁹.

Entende a autora que a conclusão do Min. Pertence acerca desse “juízo de delibação, em *cognitio sumaria*, do mérito do processo principal”, sustenta-se em uma interpretação sistemática dos princípios processuais inseridos na ordem constitucional. Atribuindo natureza cautelar à suspensão de segurança, cogita a autora de paralelo com a previsão do artigo 558 do Código de Processo Civil, que permite ao relator do agravo, em casos em que possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação”, suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara²⁸⁰.

Considerando, entretanto, que o instituto da suspensão de segurança tem por finalidade a proteção do interesse público, “consubstanciado nos bens jurídicos de superlativa importância”, conclui que a lei não atribuiu poderes aos presidentes dos tribunais para “adentrar no mérito da ação principal, restringindo-se à análise do risco de iminente lesão aos bens postos sob proteção”. Acrescenta que este deve ser o procedimento “até o momento em

²⁷⁷ Ibidem, p. 190-196.

²⁷⁸ GUTIERREZ, op. cit., p. 93-101.

²⁷⁹ Ibidem, p. 94-96.

²⁸⁰ Ibidem, p. 95-96.

que a decisão que se pretende ver suspensa possa ser reformada”, ou seja, enquanto couber recurso contra a decisão que se pretende suspender. Tratando-se, porém, de pedido de suspensão dirigido ao Presidente do Supremo Tribunal Federal, entende a autora que se afigura possível o juízo de delibação mencionado pelo Ministro Pertence, especialmente quando já tiver entendimento sumulado a respeito da matéria, porque caberia ao Presidente do STF, “como órgão de cúpula do Poder Judiciário e guardião da Constituição Federal, dar a última palavra, não havendo assim mais possibilidade reforma da decisão”²⁸¹.

Analizados os entendimentos doutrinários mencionados, parece possível concluir-se que os autores que se dedicaram ao tema tendem, em verdade, a admitir alguma espécie de consideração acerca dos interesses tutelados na ação principal e da plausibilidade do recurso facultado ao Poder Público. Por conseguinte, reputa-se que os interesses tutelados na ação principal podem ser contrastados com os interesses tutelados pela suspensão de segurança. Entende-se, todavia, que essas considerações não implicam exame do mérito da ação principal, porque não se procederá, em qualquer hipótese, a sua reforma ou anulação.

No que se refere aos tribunais, embora se constate julgados que admitem a possibilidade de juízo de delibação ou de ponderação de interesses, em regra, trata-se de hipóteses em que os interesses defendidos pelo Poder Público revelam-se insustentáveis, inclusive objeto de reconhecimento de ilegalidade ou de inconstitucionalidade pelos Tribunais Superiores.

2.3 ULTRATIVIDADE DA DECISÃO SUSPENSIVA

A denominada ultratividade da decisão que defere a suspensão dos efeitos de medida judicial concedida contra o Poder Público consiste na subsistência da suspensão mesmo após a substituição da medida suspensa por decisão superveniente, proferida no mesmo processo. Estabelece o § 9º do art. 4º da Lei nº 8.437/1992 que a suspensão dos efeitos da decisão liminar, da tutela antecipada ou da sentença concedidas contra o Poder Público perdura até o trânsito em julgado da decisão de mérito do processo principal. Por sua vez, o § 3º do art. 25 da Lei nº 8.038/1990 preceitua que a suspensão terá vigor enquanto pender o recurso, cessando seus efeitos se a decisão for mantida pelo Superior Tribunal de Justiça ou transitar em julgado.

²⁸¹ Ibidem, p. 100-101. De se considerar, entretanto, que não cabe ao Presidente do STF a decisão final sobre qualquer matéria veiculada em sede de recursos extraordinário ou de agravo. Ainda que lhe seja permitido decidir monocraticamente, as decisões do presidente dos tribunais, inclusive do STF, são passíveis de recursos às suas turmas ou ao seu Plenário.

Assim, suspensa a execução de uma medida liminar ou de uma tutela antecipada concedidas contra o Poder Público, a superveniência da sentença de primeiro grau que as confirme não afasta a suspensão, nem tampouco demanda a apresentação de novo pedido com essa finalidade. De igual forma, a superveniência do acórdão confirmatório da decisão de primeiro grau, inclusive aquele proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, desde que não transitado em julgado, também não afasta a suspensão antes deferida.

Embora se admita que a duração da medida suspensiva não deva perdurar necessariamente até o trânsito em julgado da decisão do processo principal, assim será somente se o órgão prolator da decisão suspensiva estabelecer outro *dies ad quem*²⁸² ou condicionar a sua vigência conforme lhe afigure conveniente.

A ultratividade da decisão que suspende aos efeitos da medida judicial concedida contra o Poder Público é criticada pela doutrina, porque o efeito suspensivo vincula-se à decisão cujos efeitos foram suspensos. A suspensão perde sua razão de ser quando é proferida a decisão substitutiva da anterior, porque essa juridicamente deixa de existir²⁸³. Afirma-se que se trata de solução que não se coaduna com o sistema constitucional do processo civil, “porque inutiliza a razão de ser da função jurisdicional preventiva”²⁸⁴.

Nesse sentido, Rodrigues repudia a regra da ultratividade, porque “se o mérito do pedido de suspensão é suspender a eficácia de uma liminar, e a causa de pedir é o risco de grave lesão ao interesse público”, não há como admitir que possa ainda vigorar uma suspensão da execução de uma liminar que já não existe.

Deixando de existir a liminar, o incidente perderá o seu objeto, “em típico caso de perda superveniente do interesse de agir, recaindo o ônus para o legitimado postular novamente a medida nos casos em que a lei admite, só que dessa vez como novo objeto: suspender a execução da sentença”.²⁸⁵

Aduz Bueno que a conclusão pelo repúdio à regra da ultratividade decorre também da constatação de que a suspensão de segurança foi concebida “para fazer as vezes do que os efeitos suspensivos dos recursos bem desempenham nos dias atuais”, razão pela qual o efeito suspensivo deve vincular-se intimamente à decisão que se pretende suspender e perde sua razão de existir quando uma nova decisão substitui a anterior²⁸⁶.

²⁸² BUENO, 2007, op. cit., p. 164.

²⁸³ Ibidem, p. 250-251.

²⁸⁴ BUENO, 2012, op. cit., p. 144.

²⁸⁵ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão de segurança*. op. cit., p. 189-190, 193. Acrescenta Coutinho que a executoriedade e a ausência de efeitos suspensivos são características intrínsecas do mandado de segurança (COUTINHO, op. cit., p. 125-126).

²⁸⁶ BUENO, 2008, op. cit., p. 81.

Scartezini também considera inaceitável a ultratividade da suspensão, porque os efeitos da sentença estariam suspensos por antecipação. Lembra que incide na hipótese a regra do art. 128 do CPC, que estabelece que o juiz está adstrito a decidir o que lhe foi apresentado, sendo-lhe defeso conhecer de questões não suscitadas. Assim, o pedido de suspensão está condicionado à existência de uma decisão a ser suspensa, afigurando-se inviável pedido de suspensão de uma decisão futura. Inviável o pedido antecipado, também é inviável a extensão dos efeitos da suspensão²⁸⁷.

Em sentido contrário, Eduardo Arruda Alvim, amparado em jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, sustenta a validade da manutenção da suspensão mesmo após a substituição da decisão cujos efeitos foram suspensos, de sorte que os efeitos da suspensão da liminar devem subsistir à sentença. Argumenta que no pedido de suspensão o que se verifica é se os requisitos para o deferimento do pedido (grave ameaça aos interesses públicos) foram reputados presentes. Assim, se esses pressupostos estavam presentes quando deferida a liminar, a superveniência da sentença é irrelevante para alterar a eficácia da decisão de suspensão²⁸⁸.

Para Bezerra, a ultratividade dos efeitos da tutela suspensiva decorre da própria causa que justifica a existência do instituto, ou seja, “a possibilidade de danos a interesses públicos primários decorrentes dos efeitos normais decorrentes da execução provisória de determinadas tutelas jurisdicionais”. Assim, enquanto perdurar a possibilidade de realização da execução provisória, persistem os efeitos da decisão que defere o pedido de suspensão, independentemente da necessidade de formulação de novo pedido. Afirma que essa conclusão decorre da própria interpretação literal das normas que regem o instituto, mas também da sua interpretação teleológica e do princípio da economia processual²⁸⁹.

Venturi igualmente considera correta a regra da ultratividade, porque a superveniência da sentença de procedência, ainda que corrobore os fundamentos em que funda a demanda contra o Estado, nenhuma influência ou modificação acarreta sobre a análise do mérito da suspensão, que é exclusivamente baseado no *fumus boni iuris* e no *periculum in mora* da grave lesão aos interesses públicos. Afigurando-se distintos os fundamentos da ação principal e do pedido de suspensão de segurança, a suspensão da liminar ou da sentença pode vigorar até o julgamento final do mérito da decisão que se pretende suspender²⁹⁰.

²⁸⁷ SCARTEZZINI, op. cit., p.75-76.

²⁸⁸ ALVIM, op. cit., p. 276.

²⁸⁹ BEZERRA, op. cit., p. 261-273.

²⁹⁰ VENTURI, op. cit., p. 244.

Pondera inicialmente o autor que a interpretação restritiva quanto à duração da eficácia da suspensão deferida pelo Presidente do Tribunal teria implicações “em relação à inafastabilidade da defesa da ordem, da saúde, da segurança ou da economia pública, com a eventual necessidade de sucessivos pedidos de suspensão sendo manuseados pela entidade legitimada”. Admite, por outro lado, que a interpretação de que a suspensão dos efeitos da decisão perdura até o trânsito em julgado do processo principal gera efeitos deletérios ao autor da ação contra o Poder Público, comprometendo ou inviabilizando o acesso à justiça, em razão da supressão da eficácia dos provimentos de urgência²⁹¹.

Conclui, entretanto, que a ultratividade da decisão suspensiva é decorrência necessária da natureza cautelar da suspensão de segurança, devendo-se aplicar ao instituto os princípios atinentes ao respectivo regime cautelar, extraíveis do sistema constitucional processual brasileiro. Para chegar a essa conclusão, vale-se da regra do art. 807 do Código de Processo Civil, segundo a qual as medidas cautelares conservam sua eficácia pelo prazo de 30 dias, quando se tratar de medida cautelar antecedente, e “na pendência do processo principal”, nos demais casos. Esta regra, quando aplicada ao regime jurídico dos pedidos de suspensão, levaria à conclusão de que a eficácia da suspensão deferida pelo Presidente do Tribunal deve prolongar-se até o julgamento final da ação contra o Poder Público, ainda que a liminar cujos efeitos foram suspensos seja sucedida por uma sentença de procedência²⁹².

Venturi repudia ainda o argumento de que a vigência da suspensão seria faticamente equiparável ao processamento de recurso com efeito suspensivo, em razão da diversidade da natureza jurídica de ambos. Considera que, enquanto o efeito suspensivo decorrente do recurso ocasiona a manutenção do estado de ineficácia da decisão impugnada até o seu respectivo julgamento, a decisão que defere a suspensão susta a execução de decisão judicial apta a produzir imediatamente os seus efeitos. Assim é porque o recurso se funda na premissa de que a decisão recorrida pode revelar-se equivocada ou injusta, o que será objeto de apreciação pelo órgão recursal. Ao reverso, o pedido de suspensão funda-se na premissa de que a permissão da eficácia imediata dos efeitos da decisão pode acarretar graves e irreparáveis lesões a interesses públicos relevantes. Assim, seria tecnicamente sustentável a duração da suspensão enquanto permanecerem os fundamentos da lesividade apontada, não se havendo de cogitar de tratamento similar ao dos efeitos suspensivos dos recursos²⁹³.

²⁹¹ Ibidem, p. 241.

²⁹² Ibidem.

²⁹³ Ibidem, p. 243.

Didier Junior e Cunha sustentam que seria “desgastante, arriscado, temerário e até contrário ao interesse público”, exigir que o Poder Público tivesse que ajuizar novo pedido de suspensão em face da superveniência da sentença, “quando ainda persistem os mesmos motivos que renderam ensejo ao deferimento da suspensão de liminar”. Reconhecem que “não parece lógico manter suspensa a sentença e as decisões posteriores, antes mesmo de elas existirem”. Considerando, entretanto, o princípio da supremacia do interesse público, entendem necessário manter a coerência e a unidade no sistema, “impedindo que a lesão que se evitou com o deferimento da suspensão de liminar se consume, quando sobrevenha sentença ou qualquer outra decisão posterior”²⁹⁴.

Argumentam ainda os autores que a ultratividade presta-se a preservar a hierarquia entre os órgãos jurisdicionais, impedindo que uma sentença de primeiro grau tenha a faculdade de revogar a decisão do Presidente do respectivo Tribunal, bem como até mesmo a decisão do seu Plenário ou da sua Corte Especial, nos casos de confirmação da decisão monocrática²⁹⁵.

É bem verdade, entretanto, que a sentença não estaria propriamente revogando a decisão do Presidente do Tribunal ou do seu Plenário ou Corte Especial, porque essa decisão não teria atacado o mérito da anterior medida liminar, mas somente suspenso a sua imediata execução.

Ademais, o argumento de Didier e Cunha é manejado por Bueno em sentido oposto, ao afirmar que não se pode admitir “que a decisão do Presidente do Tribunal de segundo grau possa ter mais valia do que eventual análise a ser feita pelos Tribunais Superiores em grau recursal em havendo interposição de recursos para aquelas Cortes”²⁹⁶. A situação ocorre porque a decisão do Presidente do Tribunal de Justiça ou do Tribunal Regional Federal que suspende uma liminar de primeiro grau perdura até mesmo após decisão proferida pelo Plenário do Superior Tribunal de Justiça. Logo, a decisão do Presidente do Tribunal inferior tem o poder de suspender os efeitos de uma decisão do STJ, enquanto essa não transitar em julgado.

Nesse ponto, Rodrigues oferece uma interpretação que procura eliminar essas objeções diametralmente opostas. Concorde na essência com Bueno ao afirmar que a interpretação de que a regra da ultratividade permite que a decisão suspensiva da segurança teria vigência até o trânsito em julgado da decisão de mérito da causa é “absurda e contraria as

²⁹⁴ DIDIER JUNIOR; CUNHA, op. cit., p. 536-537.

²⁹⁵ Ibidem, p. 537.

²⁹⁶ BUENO, 2008, op. cit., p. 82

regras mais comezinhas de direito processual”, porque o poder do Presidente do Tribunal de suspender a eficácia de uma decisão permaneceria intacto mesmo que a antiga decisão já tivesse sido substituída por outras, inclusive colegiadas. Conclui o autor que a previsão legal deve ser interpretada no sentido de que a decisão suspensiva do Presidente do Tribunal não pode ser cassada por um juízo de competência hierárquica inferior. Assim, por exemplo, quando a suspensão de uma liminar for deferida pelo presidente do STJ, a perda da eficácia da suspensão não seria imediata. O Presidente do STJ deveria ser informado, no âmbito do incidente, de que a medida liminar foi substituída pela sentença. Essa sistemática evitaria que uma “decisão inferior” desconsiderasse a “decisão superior”, porque a revogação da eficácia da suspensão seria procedida pelo próprio STJ, pelo seu Presidente, após a devida provocação nos autos da suspensão de segurança. Entende o autor essa é a interpretação válida da regra da ultratividade da suspensão de segurança²⁹⁷.

Venturi analisa igualmente esse ponto, sob um enfoque distinto. Afirma que a regra a ultratividade da decisão do pedido de suspensão deve ser compreendida “muito mais como regra criada para favorecer funcionalmente o Poder Público, tornando dispensável a dedução de tantos pedidos de suspensão quantos fossem os provimentos desfavoráveis prolatados no curso do processo”, do que para permitir “uma sobreposição de competência jurisdicional ou compelir o autor da ação a, necessariamente, ter que aguardar o trânsito em julgado da decisão final do processo para a exequibilidade da tutela jurisdicional”²⁹⁸.

Entende assim que a regra não criou uma “espécie de supercompetência do juiz Presidente ou do tribunal encarregado de conhecer originariamente do incidente suspensivo”. Sustenta que o STJ ou o STF, ao apreciar recursos interpostos no âmbito de um processo no qual uma corte local ou regional deferiu a suspensão da decisão concedida contra o Poder Público, “não estão absolutamente submetidos à suspensão outrora deferida, antes de tudo por força de suas competências constitucionais”. Valendo-se da referência contida na Súmula 626 do STF, de que o tribunal encarregado de apreciar originariamente o pedido de suspensão pode determinar restrições temporais à suspensão deferida, conclui que “a ultratividade da suspensão não ocorre necessariamente em todos os casos, nem implica falta de competência dos tribunais superiores para se manifestarem sobre a necessidade ou viabilidade de a suspensão perdurar, por exemplo, na pendência de recursos especial e ou extraordinário. Conclui que, interposto recurso especial ou extraordinário na ação principal, é transferida para o respectivo tribunal superior a competência não somente para a análise de

²⁹⁷ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão de segurança*. Op. cit., p. 192-194.

²⁹⁸ VENTURI, op. cit., p. 246.

um novo pedido de suspensão, mas também para a “apreciação da pretensão de possível restauração da eficácia do provimento judicial suspenso por via de incidente de suspensão já deduzido e deferido anteriormente na instância *a quo*”²⁹⁹.

O entendimento pela validade da ultratividade da decisão suspensiva foi consolidado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (Súmula 626), “desde que o objeto da liminar deferida coincida, total ou parcialmente, com o da impetração”³⁰⁰. Esse entendimento tem sido reafirmado pelo Superior Tribunal de Justiça³⁰¹.

2.3.1 Aplicação da Ultratividade em Mandados de Segurança

A ultratividade da decisão que suspende os efeitos da medida judicial concedida contra o Poder Público não estava prevista nas Leis nº 191/1939, 1.533/1951 e 4.348/1964 e tampouco na redação originária da Lei nº 8.437/1992. Sua introdução no ordenamento jurídico foi procedida por meio da MP nº 2.180-35-2001, que acrescentou o § 9º ao art. 4º da Lei nº 8.437/1992, estabelecendo que “a suspensão deferida pelo Presidente do Tribunal vigorará até o trânsito em julgado da decisão de mérito da ação principal”. A nova Lei do Mandado de Segurança igualmente não contempla a previsão da ultratividade.

Em razão de o referido dispositivo ter sido inserido apenas na Lei nº 8.437/1992, sustenta Bueno que a ultratividade da decisão suspensiva não se aplica ao mandado de segurança, porque em relação ao *writ* não incidiu o acréscimo da MP nº 2.180-35-2001³⁰². No entendimento do autor, ademais do dispositivo não ter incidência sobre o

²⁹⁹ Ibidem, p. 246-247.

³⁰⁰ Contrariando as evidências, Tombini afirma que a jurisprudência é oscilante sobre a matéria e conclui haver “uma inclinação pela prejudicialidade do pedido de suspensão aviado em face da concessão de liminar após a prolação de sentença de procedência do feito nos autos originários (TOMBINI, op. cit., p. 135-140). Para amparar suas conclusões cita os pedidos de suspensão de segurança nº 3172/MA e STA 119/PR, ambos de relatoria da Min. Ellen Gracie, publicados no DJe-136 de 06/11/2007 e no DJ 01/082007, p. 00053, respectivamente, além do RESP nº 97.838/RS (relator Min. Milton Luiz Pereira, DJ 25.08.1997, p. 39.298). Parece, entretanto haver um equívoco de interpretação relativamente aos pedidos de suspensão nº 3172/MA e STA 119/PR. Nos dois julgados a Ministra Presidente não se pronunciou sobre a ultratividade da medida suspensiva ou sobre a prejudicialidade do pedido de suspensão em face de posterior sentença de procedência na ação principal, porque, na realidade, se tratava de pedido de suspensão originariamente formulado perante o STF. Não havia, portanto, anterior decisão deferindo a suspensão do acórdão que manteve a liminar (SS nº 3172/MA), nem tampouco do acórdão que deferiu a antecipação da tutela (STA 119/PR). No que se refere à decisão do STJ no RESP nº 97.838/RS, embora o Presidente tenha efetivamente declarado a insubsistência da suspensão de segurança após a sentença favorável à parte autora, trata-se de julgado de 16/06/1997, antes, portanto, da inserção do § 9º ao art. 4º da Lei nº 8.437/1992, procedido pela MP nº 2.180-35, de 2001, bem como da edição da Súmula do STF nº 626, de 2003.

³⁰¹ Nesse sentido, as decisões no AgRg nos EDcl na Suspensão de Liminar e de Sentença Nº 1.437-PR (2011/0221731-1), relator Min. Ari Pargendler, Julgado: 24/11/2011; e no AgRg na Petição Nº 4.487-DF (2006/0014341-0), relator Min Barros Monteiro, Julgado: 06/09/2006.

³⁰² No mesmo sentido, Caio Cesar Rocha, op. cit., p. 239.

mandado de segurança, a sua aplicação estaria restrita ao novo pedido de suspensão de que trata o § 4º do art. 4º da Lei nº 8.437/1992³⁰³.

Conclui assim que, em relação ao mandado de segurança, a “eventual suspensão da liminar não se sobrepõe ao proferimento da sentença”. Argumenta que a sentença, quando concessiva da segurança, substitui imediatamente a liminar, em razão da ausência de efeito suspensivo da apelação dela cabível, nos termos do artigo 12, parágrafo único, da Lei nº 1.533/1951. Logo, a sentença demandaria a formulação de um novo pedido de suspensão, mediante a demonstração da ocorrência dos pressupostos que o autorizam a partir da sentença, ou seja, seria necessário demonstrar que o comando da sentença, não mais da liminar, caracteriza ameaça de grave ao interesse público.

Entretanto, em sessão plenária realizada no dia 24 de setembro de 2003, o STF aprovou a Súmula nº 626, estabelecendo que a suspensão da liminar em mandado de segurança, salvo determinação em contrário da decisão que a deferir, terá vigor até o trânsito em julgado da decisão definitiva de concessão da segurança ou, em caso de recurso, até a sua manutenção pelo Supremo, “desde que o objeto da liminar deferida coincida, total ou parcialmente, com o da impetração”.

Assim, como admite Bueno, resta clara a interpretação do STF pela extensão da ultratividade da decisão suspensiva para o mandado de segurança, ainda que ausente previsão legal. Entende o autor, entretanto, que a regra somente se aplica aos mandados de segurança impetrados originariamente nos tribunais, porque foram dessa espécie as ações que geraram os precedentes que deram causa à edição da Súmula nº 626³⁰⁴. Esse entendimento é acompanhado por Cunha, que o justifica em face dos precedentes e também porque, quando deferida a suspensão pelo Tribunal Superior, qualquer decisão que vier a ser proferida, antes do trânsito em julgado, fica “sujeita à sua jurisdição e competência”³⁰⁵.

A teor do entendimento sumulado pelo STF, portanto, a ultratividade da decisão suspensiva aplica-se a todas as espécies de ação, exigindo-se apenas que o conteúdo da liminar seja idêntico ao da sentença que julga o mandado de segurança, ou seja, “que haja coincidência entre o que o impetrante pretende a título de tutela de urgência e aquilo que ele pretende a título de tutela de mérito”, hipótese em que a liminar terá natureza antecipatória³⁰⁶.

Entende-se ainda que é do impetrante do mandado de segurança o ônus de requerer ao Presidente do Tribunal a revogação da medida, bem como demonstrar que a

³⁰³ BUENO, 2007, op. cit., p. 160-162.

³⁰⁴ Ibidem, p. 162-163.

³⁰⁵ CUNHA, op. cit., p. 494.

³⁰⁶ BUENO, 2007, op. cit., p. 162.

situação fática que levou à suspensão dos efeitos da liminar não prevalece quando da prolação da sentença do *writ*. Essa conclusão decorre da constatação de que é usual que, se os efeitos da liminar eram prejudiciais ao interesse público, “com a mesma carga de razão os efeitos da decisão (final) que a confirma serão também”³⁰⁷.

Dessa forma, considera-se unificado, também nesse aspecto, o tratamento relativo ao instituto da suspensão, aplicando-se a regra da ultratividade à suspensão de medidas concedidas no âmbito de mandados de segurança e também em outras espécies de ação, inclusive a ação civil pública.

2.3.2 A Ultratividade da Decisão Suspensiva e o Grau Crescente de Certeza das Decisões Judiciais

A ultratividade da decisão que suspende os efeitos da medida concedida contra o Poder Público se fundamenta na assertiva de que superveniência da sentença de procedência não teria influência no pedido de suspensão, porque distintos são os seus fundamentos, pressupostos e objetivos. Logo, se os pressupostos da suspensão estavam presentes quando foi deferida a liminar ou a tutela antecipada, estarão igualmente presentes em face da sentença que confirma o teor dessas medidas.

A questão, entretanto, deve ser analisada também sob outro enfoque. Ainda que o teor da sentença coincida com o da liminar e com o do pedido, a liminar é concedida em cognição sumária e a sentença após dilação probatória exauriente³⁰⁸.

Esta afirmação mais se revela verdadeira em se tratando de ação civil pública, em que há ampla dilação probatória. Ao contrário do que sucede no mandado de segurança, cuja prova do direito líquido e certo deve ser pré-constituída, inadmitindo-se a dilação probatória, na ação civil pública a possibilidade de produção de provas é ampla.

Assim, o fundamento de validade da suspensão, caracterizado pela precariedade da decisão que se pretende suspender, é infirmado pela ultratividade da decisão suspensiva, porque desconsidera o grau crescente de certeza que se obtém da sentença que, após dilação probatória e pleno exercício do contraditório, confirma a liminar ou a tutela antecipada. De igual sorte, nega-se valor à certeza, especialmente em matéria de fato, decorrente do pronunciamento do Tribunal *a quo* que confirma a sentença de primeiro grau, porque se trata de aspecto insuscetível de apreciação em recursos especial ou extraordinário.

³⁰⁷ Ibidem, p. 162-163.

³⁰⁸ SCARTEZINI, op. cit., p.74-75.

De consequência, argumenta-se que a ultratividade trataria de aniquilar de vez a finalidade precípua das tutelas de urgência de “produzir efeitos úteis, necessários e imediatos àquele que se apresenta munido de maior probabilidade de êxito no desfecho da ação”. A finalidade da tutela de urgência é precisamente “proteger quem aparenta ser o verdadeiro titular de situações jurídicas subjetivas”, mesmo antes de se realizar a cognição jurisdicional completa sob contraditório. Logo, deixar de proteger imediatamente quem aparenta ter mais razão implicaria esvaziar o conteúdo essencial da tutela de urgência³⁰⁹.

Assim, de acordo com esse entendimento, ainda que a sentença mantenha integralmente a liminar, nos termos do que exige a Súmula do STF nº 626, seria necessária a apresentação de novo pedido de suspensão.

2.4 A UTILIZAÇÃO DA “SUSPENSÃO DE SEGURANÇA” NAS AÇÕES COLETIVAS³¹⁰

A preservação do interesse público é igualmente fundamento para a utilização do instituto da “suspensão de segurança” nas ações coletivas, meios de tutela de interesses transindividuais de enorme interferência em atos governamentais, especialmente aqueles que traduzem expressão da sua política econômica. Assim, por meio de ações coletivas, especialmente da ação civil pública, são tutelados interesses, como o ambiental, os quais frequentemente colidem com interesses derivados de empreendimentos estatais, dando ensejo à utilização do pedido de suspensão³¹¹.

Entretanto, ao contrário do que ocorre no mandado de segurança, os interesses tutelados nas ações coletivas, especialmente na ação civil pública, são preponderantemente coletivos ou difusos e alguns deles se enquadram na qualificação de interesse público. É precisamente o caso do interesse ambiental.

³⁰⁹ BUENO, 2002, op. cit., p. 201.

³¹⁰ É imprópria a denominação “suspensão de segurança” relativamente à retirada da eficácia de decisões deferidas em ações distintas do mandado de segurança, embora essa utilização se revele de uso corrente. No âmbito desse trabalho, as menções ao nome do instituto, quando aplicável especificamente à ação civil pública, serão procedidas entres aspas.

³¹¹ Mais se avulta este potencial de ameaça aos interesses da Administração, primários ou secundários, na medida em que as ações coletivas, especialmente a ação popular, são identificadas com um histórico de abusos. Esses usos indevidos, decorrentes de má-fé dos autores, de uma equivocada compreensão dos limites das ações coletivas ou ainda de tentativas de alargar estes limites, são identificados com a origem das restrições ao deferimento de medidas contra o Poder Público, inclusive a mais recente regulamentação que alargou o alcance da suspensão da segurança. Entretanto, eventuais abusos nas ações coletivas demandam controle no âmbito do próprio processo, seja mediante o desacolhimento do pedido, seja por meio da imposição das sanções previstas nos artigos 13 da Lei nº 4.717/1965, 17 da Lei nº 7.347/1985 e 87 da Lei nº 8.078/1990.

Por conseguinte, a premissa da supremacia do interesse público merece releitura³¹². Confrontados no caso concreto dois interesses públicos, deve-se procurar “o balanceamento entre esses postulados”, de modo a não permitir que o interesse público tutelado na ação principal seja lesado por atos públicos, sem que haja meio judicial eficaz de garantir a sua proteção, nem tampouco admitir que a atividade do Estado seja injustificadamente paralisada, prejudicando a coletividade³¹³.

De outra parte, convém reduzir o conceito de interesse público à sua verdadeira dimensão. O interesse público corresponde à “dimensão pública dos interesses individuais” e não se identifica com qualquer interesse do Estado, de tal sorte que o interesse puramente patrimonial do Poder Público, denominado secundário, pode mesmo ser contraposto ao genuíno interesse público (primário). Assim, “as prerrogativas inerentes à supremacia do interesse público sobre o interesse privado só podem ser manejadas legitimamente para o alcance de interesses públicos”³¹⁴.

Destas precisas considerações exsurge que é possível que, no âmbito de um pedido de suspensão de segurança, o interesse econômico invocado pelo Poder Público, porque meramente patrimonial, não possa ser reputado genuinamente público, enquanto esta natureza possa ser atribuída ao interesse tutelado na ação principal, como ocorre naquelas destinadas à tutela de interesses difusos e coletivos, entre eles e especialmente o ambiental.

Nesse sentido, Appio afirma que a permissão para a suspensão nas ações coletivas implica valorar abstratamente os interesses difusos como inferiores aos interesses da Administração, prevalência genérica que não encontra amparo na Constituição. Conclui o autor que a atribuição da prerrogativa de suspender a eficácia de medidas judiciais protetivas de interesses difusos decorre da ultrapassada concepção de que a sociedade não faz parte do Estado e que os respectivos interesses são contrapostos. Em verdade, a sociedade constitui o Estado e os interesses difusos devem coincidir com os interesses do próprio Estado, embora possam confrontar com os interesses da Administração³¹⁵.

Por essas razões e outras que acrescenta, o autor considera o pedido da suspensão incompatível com as ações coletivas. Considerada a natureza infungível dos interesses difusos e coletivos nelas tutelados, entende que a permissão para a suspensão da eficácia das decisões coletivas atenta contra a especial proteção a eles assegurada na

³¹² VENTURI, op. cit., 268-273.

³¹³ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 379.

³¹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 65-73.

³¹⁵ APPIO, Eduardo. *A ação civil pública no estado democrático de direito*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 118.

Constituição, proteção que deve ser integral, a fim de permitir a prevenção do dano ou a sua tutela específica, evitando que a reparação somente seja possível mediante indenização. Em consequência, a medida suspensiva somente poderia ser deferida se a suspensão da eficácia das decisões proferidas nas ações coletivas não acarretar dano irreparável aos interesses difusos e coletivos por elas tutelados³¹⁶.

Prevalece, todavia, o entendimento de que o instituto da “suspensão de segurança” é constitucional, em face da sua natureza de contracautela, ainda que o interesse que se pretende suspender seja coletivo ou difuso, como o ambiental. Inserido no sistema cautelar, o instituto seria consentâneo com o Estado Democrático de Direito, na medida em que se susta apenas a execução provisória da decisão recorrível³¹⁷. Assim, o sacrifício do interesse somente se verificaria enquanto não se tem a certeza definitiva sobre o direito afirmado, de tal sorte que somente se poderia se cogitar de inconstitucionalidade em razão da impossibilidade de se obter a tutela pretendida de modo célere e efetivo³¹⁸.

Acrescenta-se o argumento da sumariedade da cognição das tutelas concedidas mediante cautelares e antecipações em ações coletivas. A menor extensão horizontal ou a menor profundidade do alcance do conhecimento exigido para a concessão da medida cautelar ou antecipatória, decorrente de um conjunto probatório incompleto, implica uma sensível temperança nas exigências do convencimento do magistrado, que deve assegurar o processo ou o direito material, trocando a certeza pela probabilidade para a concessão da medida neutralizadora. Ademais, menos rigorosa tenderia a ser a exigência do conhecimento para o deferimento da medida protetiva quando se tratar de interesse coletivo ou difuso, como o ambiental³¹⁹.

Entretanto, ainda que se repute constitucional e democrático, o instituto da “suspensão da segurança” merece ainda melhor reflexão acerca de alguns pontos não suficientemente apreciados, especialmente no que se refere à sua utilização para suspender medidas concedidas para tutelar interesses transindividuais.

³¹⁶ Ibidem, p. 115-120.

³¹⁷ VENTURI, op. cit., 29-31.

³¹⁸ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão de segurança*. Op. cit., p. 123-124.

³¹⁹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo civil ambiental*. Op. cit., p.124-126.

2.5 NECESSIDADE DE REVISÃO DA “SUSPENSÃO DE SEGURANÇA” EM RELAÇÃO ÀS AÇÕES COLETIVAS

Os interesses coletivos e difusos merecem integral proteção jurisdicional, malgrado a ciência jurídica não tenha ainda dotado o sistema processual de mecanismos especialmente adequados para o atendimento dessa demanda. Definidos como a síntese de interesses individuais, noção que supera igualmente a ideia de interesse pessoal de um grupo organizado e da soma dos interesses individuais dos membros de um grupo, os interesses transindividuais significam “uma utilidade indivisa (não necessariamente indivisível) que pode ser ao mesmo tempo compartilhada por todos os membros do grupo”³²⁰.

As ações coletivas, concebidas para a tutela destes interesses transindividuais, representam significativo avanço na efetividade e na universalização do acesso à Justiça, possibilitando a proteção de direitos ao desamparo das vias ordinárias de tutela, ao mesmo tempo em que evitam a multiplicação de demandas idênticas. Contudo, a tutela destes interesses difusos e coletivos demanda a construção de institutos adequados às suas características, porque a eles não se aplicam diretamente todos os conceitos clássicos aplicáveis aos direitos individuais de primeira e segunda gerações. É compreensível, pois, que o arcabouço jurídico vigente, que foi concedido para tutelar direitos individuais, necessite de significativas alterações para albergar as novas formas de demandas. São necessárias não somente alterações legais. Também se impõe a revisão de conceitos e princípios.

Parece ser esta a situação do instituto da “suspensão de segurança”. Embora se trate de instituto com significativa construção doutrinária, os estudos em regra restringem-se à sua apreciação no âmbito do mandado de segurança, razão pela qual há poucas referências à análise da colidência de interesses igualmente públicos, como o ambiental e a preservação da ordem econômica, ocorrência comum em ações civis públicas.

Devem ser assim consideradas as peculiaridades das ações coletivas e suas repercussões no que se refere à utilização do instituto da “suspensão de segurança”. Nesse sentido, deve-se considerar a usualmente acentuada precariedade das decisões concedidas em ações destinadas a tutelar interesses transindividuais como argumento para a utilização da suspensão nessa espécie de ações. Em sentido oposto, a natureza dos interesses transindividuais infirma o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular

³²⁰ BELLINETTI, Luiz Fernando. Definição de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 666-671.

como fundamento de constitucionalidade do instituto, porque frequentemente o interesse tutelado pela decisão que se pretende suspender é também reputado interesse público e é por vezes até mais relevante que o interesse do Poder Público relativo à ordem, à segurança, à saúde e, mais frequentemente, à economia pública.

Assim, se a constitucionalidade da suspensão pode ser contestada em relação ao mandado de segurança, porque o instituto reduz a eficácia de decisões em ações para a tutela constitucional das liberdades³²¹, com mais razão se pode contestar a sua utilização para suspender a execução de medidas concedidas em ações coletivas, porque nessas situações não subsiste o amparo no princípio da supremacia do interesse público³²².

Tratando-se de interesses igualmente públicos, parece razoável afirmar que a medida judicial que tutela o interesse transindividual somente poderia ter sua eficácia suspensa depois de cotejada a sua relevância com a do interesse defendido pelo Poder Público, com a finalidade de verificar, na situação concreta, qual deles deve prevalecer. Trata-se de exigência do princípio da inafastabilidade do controle judicial e não significa que o interesse tutelado na ação coletiva deve prevalecer, mas que deve ser possibilitada a invocação do pronunciamento judicial sobre a sua prevalência.

Passíveis de manejo os argumentos de que a tutela do interesse ambiental será ao final obtida no âmbito da ação principal e que a eficácia da decisão não é suprimida, mas somente suspensa. Todavia, a previsão legal de que a decisão que suspende a liminar ou a sentença vigora até o trânsito em julgado da ação civil pública impede, no mais das vezes, que a decisão suspensa evite o dano ao interesse ambiental.

Imperativa, portanto, a adequação do instituto aos preceitos constitucionais, ao menos no que se refere às tutelas coletivas dos interesses ambientais.

³²¹ BUENO, 2007, op. cit., p. 243.

³²² Ao se estabelecer essa dicotomia entre os interesses tutelados no mandado de segurança e na ação civil pública, não se está a afirmar que os interesses privados objeto da impetração do *writ* não se afiguram relevantes. Alguns deles constituem genuínos direitos fundamentais, como a vida, a saúde e a dignidade humana, a merecer integral e imediata proteção jurisdicional. A distinção, portanto, restringe-se ao aspecto da natureza pública ou privada do interesse e da relevância dessa distinção em face do princípio da supremacia do interesse público. Na realidade, como anota Barroso, em um Estado democrático de direito, a realização do interesse público primário pode consumir-se com a própria satisfação de determinados interesses privados, especialmente se forem eles protegidos por uma cláusula de direito fundamental, como a integridade física de um detento, a liberdade de expressão de um jornalista ou a educação primária de uma criança (BARROSO, 2009, op. cit, 70). Conclui o autor que “o interesse público se realiza quando o Estado cumpre satisfatoriamente o seu papel, mesmo que em relação a um único cidadão”.

3 A ORDEM ECONÔMICA E O INTERESSE AMBIENTAL NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

A preservação ambiental e os interesses econômicos do Poder Público, embora constituam elementos que materializam, ao lado dos aspectos sociais e culturais, o que se denomina *princípio do desenvolvimento sustentável*, são interesses que frequentemente colidem em situações concretas. A realização de grandes empreendimentos pelo Estado, diretamente ou por meio de concessões de obras e de serviços públicos, é muitas vezes causa de significativa degradação ambiental. Esses conflitos são causa frequente do ajuizamento de ações judiciais visando à tutela do interesse ambiental ameaçado pelos empreendimentos realizados pelo Poder Público, o que leva também à formulação de pedidos de “suspensão de segurança” visando a tutelar a economia pública.

Dedica-se esse capítulo à análise dos aspectos mais relevantes da ordem econômica e da preservação ambiental e da imbricação e conflito desses interesses, sob a perspectiva do desenvolvimento sustentável.

3.1 A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO

A expressão *ordem econômica* foi incorporada à linguagem jurídica a partir da primeira metade do século XX, sob grande influência da Constituição de Weimar, de 1919. À expressão subjaz uma afirmação de que o modo de ser da economia então vigente no capitalismo havia sido rompido, substituindo-se a ordem jurídica liberal por outra, caracterizada pelo intervencionismo. As constituições brasileiras de 1934 a 1967 referem-se a uma "ordem econômica e social", exceto a de 1937, que menciona apenas a "ordem econômica". A Constituição de 1988 previu duas ordens, uma *econômica* e outra *social*³²³.

Para Eros Grau, com apoio em Vital Moreira, a expressão ordem econômica permite três distintas conotações. Em um primeiro sentido, deduzido do *mundo do ser*, a ordem econômica é o modo de ser empírico de uma determinada economia concreta. Trata-se, portanto, de conceito de fato e o que o caracteriza é referir-se a uma relação entre fatores econômicos concretos, ou seja, fenômenos econômicos e materiais. Em um segundo sentido, a ordem econômica se refere ao conjunto de normas de conduta, jurídicas, religiosas ou morais,

³²³ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 61-69. Para o autor, embora essa introdução à linguagem jurídica tenha sido procedida no século XX, as constituições escritas sempre contiveram normas que podem se amoldar ao conceito de ordem econômica. Noutro aspecto, a alusão a uma *ordem econômica e social* trata-se apenas a um modismo do uso do adjetivo social e que, além de injustificada, conduz a ambiguidades.

que se destinam à regulação do comportamento dos sujeitos econômicos. Trata-se assim do sistema normativo da ação econômica, no sentido sociológico. Por fim, no mundo do *dever-ser*, a ordem econômica expressa a ordem jurídica da economia³²⁴.

Descreve assim o autor a ordem econômica, juridicamente, como o “conjunto de princípios jurídicos de conformação do processo econômico, desde uma visão macrojurídica, conformação que se opera mediante o condicionamento da atividade econômica a determinados fins políticos do Estado”. Esses princípios gravitariam um núcleo identificado nos regimes jurídicos da propriedade e do contrato. Esse conceito é, para o autor, bastante próximo daquele de *constituição econômica*³²⁵.

De forma semelhante, Tavares define a ordem econômica como a “expressão de um certo arranjo econômico, dentro de um específico sistema econômico, preordenado juridicamente”. Representa uma parcela da ordem jurídica, que confere a estrutura ordenadora do sistema econômico. O autor igualmente anota a afinidade do conceito de *ordem econômica*, na ótica jurídica do dever-ser, com o de *constituição econômica*³²⁶.

A ideia de *constituição econômica* igualmente floresceu a partir da Constituição de Weimar³²⁷ e do final da Primeira Guerra, também como a afirmação da superação da ordem econômica liberal, representando uma nova ordem caracterizada essencialmente pelo intervencionismo, cujas primeiras práticas concretas foram experimentadas com o fascismo e o socialismo³²⁸.

Para Eros Grau, a concepção inicial de Constituição Econômica, como “conjunto de normas voltadas à organização econômica”, atualmente demanda outra leitura, em razão do atual preenchimento “de vastas zonas do texto constitucional por normas de caráter socioeconômico e de cunho diretivo”. Pode ser então conceituada como conjunto de preceitos e instituições jurídicas que instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia, constituindo uma determinada ordem econômica³²⁹.

³²⁴ Ibidem, p. 65.

³²⁵ Ibidem, p. 68.

³²⁶ TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p. 83.

³²⁷ GRAU, op. cit., p. 77.

³²⁸ TAVARES, op. cit., p. 71.

³²⁹ GRAU, op. cit., p. 77-97. Para o autor, entretanto, “a teorização acerca da Constituição Econômica mais conturba do que auxilia a esclarecer o fenômeno das Constituições dirigentes”. Por sua vez, a *ordem econômica* somente assume significado como *ordem econômica constitucional*. Entretanto, esse não se trata de um conceito jurídico, prestando-se apenas a “indicar, topologicamente, no texto constitucional, disposições que, em seu conjunto, institucionalizam a ordem econômica (mundo do ser)”. Conclui “não apenas pela inutilidade do(s) conceito(s) de ordem econômica, mas também pela perniciosidade do uso da expressão ‘ordem econômica’ no plano da metalinguagem que é a linguagem da Dogmática do Direito”.

3.1.1 Políticas Econômicas e Ordenamento Jurídico

A política econômica é caracterizada pelo conjunto de diretrizes e medidas adotadas por um determinado Estado com a finalidade de atingir seus objetivos econômicos e sociais. Abstraídas algumas experiências extremadas, como a política econômica marxista do regime soviético e as políticas econômicas corporativistas dos regimes fascista e nazista, os estados modernos adotam variações que os aproximam ou afastam de modelos opostos definidos como Estado Liberal, ou sua vertente Neoliberal, e Estado Social.

Todavia, conforme refere Bastos, toda teoria econômica se insere necessariamente em um contexto social determinado, sem, todavia, reproduzi-lo fielmente, de sorte que “cada sistema econômico deve ser considerado como a representação limitada de uma determinada realidade social”. Acrescenta o autor que mesmo nos países que se afirmam neoliberais, como os Estados Unidos e a Inglaterra, continuam a existir as atividades sociais exercidas pelo Estado, daí concluir-se que “não se pode ver no pensamento neoliberal um modelo passível, dentro de um horizonte previsível, de ser aplicado na sua totalidade”. Assim, nenhum Estado poderá reduzir-se ao mínimo postulado pelo pensamento neoliberal, porque não conseguirá desvincular-se totalmente de seus encargos sociais³³⁰.

Noutro aspecto, a política econômica não é marcada por uma única característica e, em certo sentido, nem mesmo pela somatória de suas características, afigurando-se necessário ainda considerar as finalidades que preordenam a adoção de determinadas políticas. Assim, até mesmo a intervenção do Estado na economia, elemento classicamente utilizado para rotular as políticas econômicas, não pode ser isoladamente considerada. Como refere Tavares, “todo e qualquer Estado é e terá sido interventor na economia”, razão pela qual o critério “intervenção” para classificação das tipologias de Estado somente será útil se considerados os diferentes graus de intervenção. Além do mais, o que define o Estado do bem-estar social, por exemplo, não é o fato de promover a intervenção na economia, mas uma modalidade de intervenção qualificada pela “busca de um bem social com prestações econômicas positivas do Estado” orientadas para a obtenção desse bem estar. O Estado neoliberal é igualmente interventor, mas se caracteriza pela sua orientação para a finalidade de reduzir os níveis de intervenção vigentes, sem regredir para a fórmula de um Estado puramente liberal³³¹.

³³⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito econômico*. São Paulo: Celso Bastos, 2003. p. 28.

³³¹ TAVARES, op. cit., p. 45-46.

Como observa ainda Grau, ademais do termo *intervenção* partir da equivocada concepção da existência de uma cisão entre Estado e sociedade civil, o próprio capitalismo liberal clássico era inteiramente dependente da ação estatal. Além da dependência de uma “vigorosa atividade econômica, no campo dos serviços públicos”, a atuação normativa do Estado se revelou imprescindível para a manutenção do mercado como instituição jurídica, insuscetível de subsistência sem a previsibilidade e a calculabilidade que lhe confere o Direito liberal. Acrescenta o autor, com apoio em Franz Neumann, que mesmo a livre concorrência depende da generalidade da lei e do Direito, assim como a autonomia contratual não subsiste sem a presença de um Estado que garanta a execução dos contratos, porque é indispensável para o sucesso empresarial uma relativa certeza de que os contratos serão respeitados³³².

3.1.1.1 Política econômica liberal

O Liberalismo clássico deve sua concepção essencialmente a Adam Smith (1723-1790), autor de *A Riqueza das Nações*, e desenvolveu-se após a Revolução Industrial, período marcado por fortes transformações sociais, com a ascensão da burguesia, a mutação da sociedade rural para a urbana e a substituição do trabalho manual pelo automatizado. Tinha por principal postulado a não-intervenção do Estado na economia, cuja regulação deveria ser procedida pelas leis naturais. As funções do Estado deveriam ficar restritas à segurança pública e à manutenção da ordem e da propriedade. A economia seria regida especialmente pelas leis da Oferta e da Procura, da Renda e dos Lucros Decrescentes. Igualmente pressupunha que cada pessoa tem o direito de dispor da sua propriedade, desde que adquirida por meios lícitos e não afete o direito de outrem, porque a sociedade é beneficiada quando cada indivíduo defende seus próprios interesses, sem a ingerência do Estado. Fundava-se ainda na liberdade contratual e na livre concorrência, reputada esta como eficaz para obter a baixa dos preços e a qualidade dos produtos. Rejeitava, portanto, qualquer tipo de monopólio, situação que mantém no mercado produtores inaptos e prejudica a concorrência³³³.

A partir da doutrina liberal clássica, surgiram outras correntes como a malthusiana, de Thomas Malthus (1766-1834), autor de *Ensaio Sobre a População*, responsável pela introdução do elemento pessimista na Ciência Econômica, porque o aumento

³³² GRAU, op. cit., p. 21-36. Como refere Derani, “a contradição imanente ao sistema econômico capitalista tem sua redenção reivindicada no direito econômico, que, por meio de normas, procura ordenar os comportamentos dentro de um âmbito próprio (uma esfera comunicativa própria do direito)”, daí poder o direito econômico ser compreendido como um instrumento da política econômica (DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 38, 41).

³³³ BASTOS, op. cit., p. 19-20.

da população seria sempre maior do que o crescimento da produção, razão pela qual seria necessário um controle de natalidade. A corrente de Stuart Mill (1806-1873) afastou-se da escola clássica liberal, ao postular que a distribuição da riqueza deveria ser feita pela sociedade, por meio da tributação das heranças e da apropriação da valorização indébita da terra, além de defender a criação de leis trabalhistas para diminuir a jornada de trabalho. A corrente de Friedrich List (1789-1846) se opôs à política do *laissez faire* e da liberdade do comércio internacional, postulando que o Estado deveria assumir o papel de protetor da produção e da distribuição da riqueza, mediante imposição de tarifas e planejamento do desenvolvimento industrial³³⁴.

O processo de formação do Estado liberal identifica-se com o progressivo alargamento da esfera de liberdade do indivíduo em face dos poderes públicos, com a gradual emancipação da sociedade em relação ao Estado. O jusnaturalismo foi invocado como seu pressuposto filosófico, porque se presta para justificar os limites do poder em uma concepção geral e hipotética da natureza do homem insuscetível de verificação empírica e de comprovação histórica. Esta doutrina dos direitos naturais fundamentou todas as declarações liberais, inclusive as americanas e as da França revolucionária³³⁵.

Bobbio anota que o liberalismo nasceu primeiro “com uma forte carga ética, com a crítica do paternalismo, tendo a sua principal razão de ser na defesa da autonomia da pessoa humana”. A concepção liberal contrapõe-se assim às várias formas de paternalismo, segundo as quais o Estado deve tomar conta de seus súditos tal como o pai de seus filhos, simetria criticada por Locke e por Kant. Ao lado da defesa da liberdade como finalidade do Estado, a doutrina liberal acrescenta “o elogio da variedade”, virtude sufocada pela intervenção do governo para além das tarefas que lhe cabem e que cria na sociedade comportamentos uniformes. A “fecundidade do antagonismo” é outro tema característico e inovador do pensamento liberal. Ao contrário da concepção orgânica da sociedade, que cultua a harmonia, mesmo que forçada, e a subordinação controlada das partes ao todo, condenando o conflito como elemento de desordem e de desagregação social, o pensamento liberal postula que o contraste é benéfico ao progresso técnico e moral da humanidade. Assim, para Mill, “nenhuma comunidade jamais conseguiu progredir senão aquelas em que se desenvolveu um conflito entre o poder mais forte e alguns poderes rivais”³³⁶.

³³⁴ Ibidem, p. 21-22.

³³⁵ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Brasiliense, 2000. p. 12-13.

³³⁶ Ibidem, p. 26-28.

3.1.1.2 Política econômica keynesiana

A Política Econômica fundada nas concepções de Keynes (1883-1946), expostas na obra *Teoria geral do emprego, juros e capital*, desenvolveu-se nos anos trinta, após a grave crise econômica e social que atingiu as democracias ocidentais em razão da Primeira Guerra e da quebra da Bolsa de Nova York, em 1929. O Keynesianismo considera os princípios econômicos liberais, como o livre mercado, incapazes de assegurar o crescimento econômico, de garantir o pleno emprego e de evitar crises de superprodução. Defende a intervenção do Estado para regular o sistema econômico e orientar a riqueza nacional, inclusive com medidas fiscais, como a redução de impostos. Segundo Keynes, em épocas de recessão deve-se aumentar a renda, o que leva à recuperação da economia. A redução de impostos é também meio de acréscimo na renda disponível e consequentes aumentos do consumo, dos investimentos e do emprego³³⁷.

3.1.1.3 Política econômica social

Após a Segunda Guerra Mundial, a maioria dos países da Europa Ocidental adotou uma política econômica fundada em intervenção do Estado na economia, com a finalidade de assegurar prestações sociais, como a previdência e a assistência social, caracterizando o que se denominou de Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*). O Estado passou a ser o maior responsável pelo progresso social, buscando por meio dos gastos públicos favorecer a adaptação do consumo de massas ao incremento da produtividade³³⁸. O intervencionismo rompe então o pressuposto de que Estado deveria afastar-se da vida econômica e se passa a aceitar e a exigir a sua tutela, acompanhamento e fiscalização em relação a determinadas situações econômicas³³⁹.

O intervencionismo que anima o Estado do Bem-estar Social é assim qualificado pela “busca de um bem social com prestações econômicas positivas do Estado” orientadas para a obtenção desse bem estar³⁴⁰. Diversamente do Estado Social, que é realidade nascida no século XX, o Estado intervencionista é fenômeno antigo e recorrente. Conforme Bresser-Pereira, nos séculos que antecederam o aparecimento da teoria econômica liberal de

³³⁷ BASTOS, op. cit., p. 35.

³³⁸ Ibidem, p. 36.

³³⁹ TAVARES, op. cit., p. 55.

³⁴⁰ Ibidem, p. 45-46.

Adam Smith, a estratégia inglesa de desenvolvimento “que transformou uma região atrasada da Europa em seu país mais rico baseara-se em forte intervenção do Estado na economia”³⁴¹.

Embora as ideias que fundamentam o Estado Social já tivessem sido antes suscitadas em algumas constituições, sem repercussão efetiva, além de terem sido objeto de reflexão na Encíclica *Rerum Novarum*, de 1891, documento em que a Igreja Católica concluiu que o Estado Liberal não era capaz de assegurar a todos uma existência digna, o modelo de Estado Social deve sua concretização especialmente à Constituição mexicana de 1917 e à Constituição de Weimar de 1919³⁴². Considera-se, entretanto, que o impulso fundamental para a disseminação do Estado Social foi o temor da expansão da concepção comunista, ameaça caracterizada pela sua capacidade de atrair massas insatisfeitas e alimentar os ativistas que as mobilizavam³⁴³. Determinante ainda para a superação do paradigma anterior foi plano denominado *New Deal*, aplicado pelo Presidente norte-americano Franklin Delano Roosevelt para combater a profunda recessão americana durante as décadas de 1920 e 1930.

Surge dessa conjunção de fatores o Estado Social (*Welfare State*), por sua própria natureza intervencionista, requerendo a atuação positiva do poder político nas esferas sociais para a satisfação das necessidades mínimas existenciais do indivíduo³⁴⁴. O intervencionismo é um sistema intermediário entre o liberalismo e o Marxismo, concebido em razão do fracasso do Estado Liberal frente aos problemas sociais do pós-guerra e como alternativa ao Estado Socialista titular exclusivo da atividade econômica. Ao Estado é atribuída a função de incentivar e regular a economia, com o intuito de manter o bom funcionamento do mercado e dos mecanismos de concorrência. Embora a propriedade e a atividade econômica sejam reservadas especialmente à iniciativa privada, o Estado passa a intervir na economia, atuando como empresário, por meio de empresas públicas que concorrem com a iniciativa privada, ao mesmo tempo em que fomenta a economia por meio de incentivos fiscais, empréstimos e subsídios. Assume assim a dupla função de suprir as deficiências do mercado e de implementar objetivos de política econômica³⁴⁵.

O Estado Social pode ser caracterizado por privilegiar a sociedade em face do indivíduo ou pela tentativa de compatibilizar os valores liberdade e igualdade. Todavia, “enquanto puro Estado Social, sua feição democrática se faz irrelevante, podendo-se atribuir

³⁴¹ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Instituições, bom estado, e reforma da gestão pública. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado – RERE*, Salvador, n. 1, mar./abr./maio, 2005. p. 5-6.

³⁴² TAVARES, op. cit., p. 55-56.

³⁴³ MELLO, Celso Antônio Bandeira. A democracia e suas dificuldades contemporâneas. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado – RERE*, Salvador, n. 9, mar./abr./maio 2007. p. 14..

³⁴⁴ BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 200.

³⁴⁵ BASTOS, op. cit., p. 84-85.

essa qualificação a toda e qualquer forma de autocracia com vocação social”³⁴⁶. Embora o Estado Social represente uma transformação superestrutural do Estado Liberal, distingue-se substancialmente do Estado-proletário postulado pelo socialismo, porque permanece adstrito à ordem capitalista, “princípio cardinal a que não renuncia”. Esta é a razão pela qual o Estado Social no capitalismo amolda-se aos mais díspares sistemas políticos, desde que informados por certos postulados econômicos e sociais, “inclusive a Alemanha nazista, a Itália fascista, a Espanha franquista, o Portugal salazarista. Da mesma forma, a Inglaterra de Churchill e Atlee, os EUA de Roosevelt e o Brasil desde a Revolução de 30”³⁴⁷.

Entre as principais conquistas do Estado Social aponta-se a ampliação do acesso à educação e à moradia, a universalização do direito à saúde e a luta contra as desigualdades, avanços que deslocaram a concepção de cidadania individual, típica do Estado Liberal, para uma cidadania econômica e social, origem das políticas de pleno emprego e de renda mínima. A institucionalização deste novo Estado foi fundamental para o surgimento de políticas sociais compensatórias e redes de proteção social, configurando uma política de seguro, com financiamento coletivo. Esta atuação, paralelamente à forte presença do Estado na economia, produziu profundas mudanças no funcionamento do sistema capitalista, alçando o Estado a uma destacada atuação na concretização da justiça social, na proteção dos vulneráveis e no fomento de práticas inclusivas. Para Sarlet, a difusão dos modelos de Estado Social foi um efeito positivo do processo de globalização, porque a comunicação globalizada permite a veiculação universal da agenda da defesa dos direitos fundamentais, facilita a denúncia de violações e dificulta a censura sobre os meios de comunicação³⁴⁸.

3.1.1.4 Política econômica neoliberal

O neoliberalismo tem como texto de origem *O Caminho da Servidão*, de Friederich Hayek (1944) e surgiu com a crise do Estado do Bem-Estar Social. Busca a eliminação de limites aos mercados e defende a livre iniciativa, a livre concorrência e a não-intervenção do Estado na economia. Tem por pressuposto desonerar o Estado de funções sociais e postula a liberdade essencialmente em relação ao comércio e à circulação de capital, no que se diferencia do liberalismo clássico, que cultuava a supremacia do valor liberdade a

³⁴⁶ PASSOS, J. J. Calmon. A constitucionalização dos direitos sociais. *Revista Eletrônica sobre a Reforma de Estado*, Salvador, n. 10, jun./jul./ago. 2007. p. 6-7.

³⁴⁷ BONAVIDES, op. cit., p. 184.

³⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, ano 1, n. 1, abr. 2001. p. 39-40.

toda e qualquer manifestação da vida humana³⁴⁹. Afasta do mercado todos os obstáculos à competição e à livre concorrência, reservando-se exclusivamente as tarefas inerentes à educação, saúde, cultura e lazer, e administração da justiça, mas mesmo nesses setores é sua característica estimular iniciativas empresariais³⁵⁰. É também referido como “a articulação das teorias econômicas e sociais do liberalismo clássico, em um período histórico diferente”³⁵¹. O pensamento neoliberal dirige-se especificamente contra todos os modelos de superplanificação econômica³⁵².

3.1.2 Crise do Estado Social e Onda Neoliberal

O modelo econômico keynesiano, valendo-se de instrumentos fiscais, taxas de juros, oferta de crédito e gastos públicos utilizados para incrementar o consumo e o crescimento, conseguiu neutralizar fatores geradores de crises cíclicas no capitalismo. Paralelamente, viabilizou a acumulação privada, possibilitando investimentos produtivos que reduziram os níveis de desemprego. A conjugação de aumento real de salários com aumento de receitas e lucros assegurou acordos para elevação de produtividade e converteu políticas sociais e redistributivistas em fator de alargamento do mercado de consumo. Estas medidas foram complementadas por programas sociais em saúde, educação, moradia e previdência³⁵³.

Esta conjugação de elevadas taxas de crescimento com programas sociais permitiu aos estados keynesianos criar um contraponto aos regimes totalitários estabelecidos na Europa nos anos 20 e 30. Propiciando aumentos reais de salários e a redução de desigualdades, criou um clima de confiança nas formas de regulação, gestão e planejamento estatais, especialmente nos anos 50 e 60. Estas políticas permitiram condições para amenizar ou neutralizar tensões e ameaças à legitimidade institucional, ao mesmo tempo em que tinham suficiente flexibilidade para planejar, estimular e promover o crescimento³⁵⁴.

A partir das crises geradas nos anos 1970, todavia, essas ameaças passaram a ocorrer em ritmo mais intenso, de sorte que os ciclos de prosperidade e estagnação tornaram-se mais curtos, comprometendo as fontes de financiamento dos gastos sociais.

³⁴⁹ BASTOS, op. cit., p. 36-37.

³⁵⁰ COELHO, Luiz Fernando. O renascimento do direito comparado: estudo em homenagem a Ana Maria Vilela. *Revista Bonijuris*, Curitiba, ano 22, n. 561, p. 5-14, 2010. p. 7.

³⁵¹ O'CONNELL, Paul. Reconciliando os irreconciliáveis: globalização neoliberal e direitos humanos. *Panóptica*, Vitória, ano 2, n. 13, jul./out. 2008. p. 187-188.

³⁵² GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Globalização, neoliberalismo e direito no Brasil*. Londrina: Humanidades, 2004. p. 30-34.

³⁵³ FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 114-115.

³⁵⁴ Ibidem, p. 115-116.

Sucederam-se processos inflacionários, desequilíbrios financeiros causados pelo decréscimo das receitas e do aumento das despesas públicas. A elevação das taxas de desemprego levou à ampliação das tensões trabalhistas e pressões sindicais. Deste confronto entre as políticas econômica e social decorreu forte abalo no consenso sobre o "círculo virtuoso" entre crescimento e correção de desigualdades e esgotaram as virtudes do Estado keynesiano, porque já não eram suficientes seus métodos, estratégias e instrumentos. Desde então, o Estado Keynesiano mostrou-se incapaz de lidar com os novos problemas decorrentes das transformações da ordem econômica internacional e mesmo com os mais antigos, agora mais complexos e específicos e que não mais se amoldavam aos padrões estabelecidos³⁵⁵. Para Mahnkopf, “desde as profundas transformações dos anos 70 e mais fortemente após o colapso do socialismo real existente depois de 1989, ficou claro que o nexos entre crescimento econômico e a ampliação da seguridade socioeconômica não é uma relação intrínseca e sinérgica”. A rede de seguridade social que se apresentava como fenômeno paralelo e necessário ao crescimento econômico passou a ser percebida como obstáculo³⁵⁶.

O Estado Social teria passado ainda a desempenhar um papel ambíguo, porque voltado para implementação do bem-estar e da seguridade social, precisou manter-se comprometido com o denominado capitalismo tardio, incapaz de sobreviver sem estar aliado ao poder político institucionalizado. As demandas sociais têm um custo que só pode ser assumido pelo setor produtivo da sociedade. Estando inserido num sistema predominante de produção para o lucro e para o reinvestimento, a competição obriga a limitações que vão significando restrições à vocação de justiça social do Estado Social³⁵⁷.

Essas crises do Estado Social demonstram que o modelo tem suas limitações internas, próprias de sua estrutura onerosa, que demanda investimentos crescentes. Paralelamente, o grande avanço científico e tecnológico acarretou significativo aumento populacional, contraposto a uma diminuição das vagas de trabalhos, conjugação que gerou uma maior demanda de benefícios sociais³⁵⁸. Os efeitos dos sistemas previdenciários, ainda que com sólidos fundamentos atuariais e boas condições econômicas e financeiras do momento da instituição, sentirão seus efeitos após décadas, quando se intensifica o pagamento da maior parte dos benefícios. Nesse interregno, as condições sociais podem sofrer alterações cada vez mais frequentes e profundas, como “a queda da taxa de natalidade, o aumento da

³⁵⁵ Ibidem, p. 116.

³⁵⁶ MAHNKOPF, Birgit. O futuro do trabalho: globalização da insegurança. In: PETERSON, Nikolai; SOUZA, Draiton Gonzaga (Org.). *Globalização e justiça II*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2005. p. 50.

³⁵⁷ PASSOS, op. cit., p. 26.

³⁵⁸ GAMEIRO, Adriano Moreira; BONOMO, Carla. A crise do estado contemporâneo e o papel da regulação das atividades econômicas. *Scientia Juris*, Londrina, v. 10, 2006. p. 18.

expectativa de vida, o desemprego, a volatilização do capital, a globalização da economia, a migração de trabalhadores de um para outro país conservando seus direitos previdenciários, o surgimento de novas necessidades, o aumento do custo das políticas públicas”³⁵⁹.

3.1.3 A Ordem Econômica nas Anteriores Constituições Brasileiras

O Estado Brasileiro, com a exceção do período decorrido entre a promulgação da Constituição de 1891 e a primeira década do século XX, caracterizou-se sempre pela sua natureza intervencionista, qualquer que seja a qualificação que lhe tenha sido atribuída. Essa natureza intervencionista intensificou-se durante o século XX e somente alcançou algum refluxo com as reformas procedidas ao final dos anos 1980.

Desde os anos 1920 e durante a Era Vargas, intensificou-se um processo de fortalecimento da presença do Estado no domínio econômico, com a criação de autarquias com funções administrativas e também de natureza industrial ou comercial, processo que se prolongou após a II Guerra Mundial³⁶⁰.

A Constituição Federal de 1934 assumiu caráter marcadamente interventor, impulsionada pela depressão mundial que atingiu a economia cafeeira no Brasil, pela quadra mundial intervencionista conduzida pelos regimes totalitários fascista, nazista e comunista, além de uma demanda social pelo abandono do modelo clássico liberal. Foi a primeira das constituições a instituir expressamente uma ordem econômica, em capítulo próprio (Título IV, arts. 115 a 143), denominado “Da Ordem Econômica e Social”. Expressando a influência da Constituição alemã de Weimar de 1919, determinou que a ordem econômica deveria ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, a fim de possibilitar a todos existência digna³⁶¹.

A Constituição de 1937, editada no período ditatorial da Era Vargas, sofreu influência do corporativismo então vigente na Itália e em Portugal, além de ser caracterizada pelo nacionalismo e pela tendência de concentração de poderes. Embora o delineamento da ordem econômica se afigurasse aparentemente restritivo no que se refere à intervenção do Estado na economia, a configuração adotada possibilitou ampla abertura para a intervenção³⁶².

³⁵⁹ SIMM, Zeno. Seguridade social no Brasil: crises e soluções. *Revista Bonijuris*, Curitiba, ano 16, n. 493, 2004. p. 12.

³⁶⁰ COSTA PINTO, Claudia Maria Borges. O crescimento e a redução do Estado Brasileiro: a permanência da crise fiscal. *Revista Bonijuris*, Curitiba, ano 22, n. 557, 2010. p. 7.

³⁶¹ TAVARES, op. cit., p. 106-107.

³⁶² Ibidem, p. 110.

A Constituição de 1946 identificou-se com o liberalismo econômico, mas permitiu uma forte ingerência do Estado na economia, em caso de interesse público, por meio de monopólios de indústrias ou atividades³⁶³. Em certo sentido, foi restabelecido o sistema de 1934, de inspiração weimariana, conformando uma economia capitalista de mercado, permeada de hipóteses intervencionistas, inclusive no que se refere a tabelamento de preços. A propriedade, embora garantida, foi subordinada ao atendimento dos interesses sociais³⁶⁴.

A Constituição outorgada pelo regime militar em 1967 igualmente conferia ao Estado um papel supletivo na economia, estabelecendo que a atividade econômica era atribuída à iniciativa privada, mas legitimava o Estado a uma participação intensa na economia, justificada em situações em que houvesse a insuficiência do setor privado³⁶⁵. Para Tavares, a Constituição de 1967 seguiu os passos da Carta de 1946, explicitando os preceitos que antes haviam sido sinteticamente referidos, ao mesmo tempo em que afirmava que a ordem econômica tinha por finalidade realizar a justiça social. Essa conformação teria levado a uma indefinição, revelando a incapacidade de caracterizar uma ordem econômica³⁶⁶.

A Emenda Constitucional nº 1, de 1969, igualmente não tinha uma conotação intervencionista ampla, podendo ser também caracterizada por uma tendência liberal. Entretanto, em contraste com o espírito do texto constitucional, a realidade imposta pelo Estado era intervencionista e estatizante, quase planificadora, com amplo predomínio de sua atuação em todos os aspectos econômicos³⁶⁷.

O governo militar instaurado em 1964, ainda na vigência da Constituição de 1946, foi de fato marcadamente intervencionista. Neste ponto, a política econômica adotada pelo regime militar diferia das aplicadas pelos demais regimes autoritários do continente nos anos 1960 e 1970³⁶⁸. Naquele período foram realizadas grandes obras de infraestrutura, ampliando-se intervenção do Estado na economia, com a criação de grande número de entidades de administração indireta destinadas a desempenhar papéis de agentes econômicos. O modelo de crescimento adotado no País associava o setor produtivo à presença do Estado, a quem cabia a responsabilidade pelos investimentos para a ampliação da infraestrutura necessária ao crescimento. A dependência da iniciativa privada revelava-se ainda por meio do fomento público ou créditos concedidos pelo Banco do Brasil e pelo Banco Nacional do

³⁶³ BASTOS, op. cit., p. 98.

³⁶⁴ TAVARES, op. cit., p. 111-112.

³⁶⁵ BASTOS, op. cit., p. 99.

³⁶⁶ TAVARES op. cit., p. 115-116.

³⁶⁷ TAVARES op. cit., p. 117.

³⁶⁸ GROSS, Denise Barbosa. *Institutos liberais e neoliberalismo no Brasil da Nova República*. Porto Alegre: Fundação de Economia e Estatística Siegfried Emanuel Heuser, 2003. p. 47.

Desenvolvimento Social-BNDES. Muitos destes créditos não foram adimplidos, o que levou a União a tornar-se sócia das empresas devedoras em uma variedade de empreendimentos privados, os quais frequentemente não apresentavam qualquer vinculação ao interesse público. “Este quadro resultou em um agigantamento do Estado, excessivamente controlador e burocrático”³⁶⁹. Especialmente os anos 1970, já na vigência da Emenda Constitucional nº 1/1969, foram caracterizados por uma permissividade constitucional, que resultou na criação de inúmeras empresas públicas e sociedades de economia mista, que passaram a assumir atividades econômicas tipicamente atribuíveis a particulares. “Era forte o dirigismo estatal, embora praticado em nome da economia de mercado e da livre iniciativa”³⁷⁰.

A partir dos anos 1970, por conhecidas razões, inclusive e especialmente o choque do petróleo de 1973 e o endividamento crescente decorrente do aumento da taxa de juros da dívida externa, procedeu-se inicialmente a uma redução do ritmo de crescimento do Estado, com um subsequente processo de redução da sua atuação na atividade econômica.

Assim sendo, e considerando que a Constituição de 1967, com as alterações da Emenda Constitucional nº 1 de 1969, permitiu um amplo intervencionismo, a Constituição de 1988 pretendeu uma mudança nessa concepção do Estado, estabelecendo um modelo inspirado por um sistema capitalista de economia descentralizada, baseada no mercado³⁷¹, embora evidentemente permeada de permissões e mesmo de comandos de atuação indispensáveis para a configuração de um Estado de Bem Estar Social.

3.1.4 A Conformação da Política Econômico-social da Constituição de 1988

A ordem econômica da atual Constituição é fundada na livre iniciativa e na livre concorrência. A livre iniciativa não obsta a intervenção do Estado na economia, permitindo-se a exploração direta da atividade econômica, quando presentes motivos de segurança nacional e relevantes interesses coletivos. No entanto, afirma-se que a Carta de 1988 continha *contradições internas*, porque as expressões principiológicas indicadoras do seu perfil liberal, como livre iniciativa e livre concorrência, eram contrastadas pelo grande número de serviços públicos atribuídos aos Estado³⁷².

³⁶⁹ COSTA PINTO, op. cit., p. 7.

³⁷⁰ BASTOS, op. cit., p. 102.

³⁷¹ TAVARES, op. cit., p. 118.

³⁷² BASTOS, op. cit., p. 103-104. Parece afirmar-se incorreta a afirmação de existência de *contradições*, em face do princípio da unidade da Constituição. As disposições que conformam um modelo de ordem econômica, e que não se amoldam a um modelo puro de política econômica, são resultado dos embates ideológicos que animaram a Assembleia Nacional Constituinte.

A Constituição de 1988 reafirmou o papel dirigente do Estado, estabelecendo um profundo programa de ações sociais e econômicas e indicando a realização de atividades dirigidas à erradicação da pobreza e da marginalização, com redução das desigualdades sociais e regionais, bem como de atividades dirigidas ao fim de desenvolver o parque produtivo brasileiro e valorizar o mercado interno. Ficou assim expressa a determinação política de intervir ativamente na Ordem Econômica, caracterizada por graves assimetrias sociais e regionais³⁷³.

A conformação de Estado Social na Constituição de 1988 exulta especialmente da rede de proteção social nela estabelecida, que se estende pelas vertentes da saúde, da previdência e da assistência sociais. Estas prestações de natureza positiva são consideradas fatores de implementação da justiça social, “por se encontrarem vinculados à obrigação comunitária para com o fomento integral da pessoa humana”, constituindo expressão direta do Estado Social³⁷⁴.

3.1.5 As Reformas na Constituição de 1988

A partir do início dos anos 1990, o Estado brasileiro foi sucessivamente reformado por alterações legislativas e por Emendas Constitucionais de perfil liberalizante³⁷⁵.

No que se refere à Ordem Econômica, o Estado passou por significativa redução, com a venda de diversas empresas públicas. A venda de empresas públicas, porém, é apenas o aspecto emblemático e mais visível das reformas procedidas no Estado nas últimas décadas. Outras medidas alteraram o perfil da política econômica, invariavelmente sob o pressuposto do controle de gastos, equilíbrio orçamentário e controle da inflação.

Ao Governo Collor é atribuída a mudança da agenda da economia brasileira, o que caracterizaria a guinada neoliberal intensificada nas gestões de Itamar, Fernando Henrique e Lula, em diferentes intensidades. Em seu governo, foi procedida a abertura da economia, eliminando-se barreiras para importações de bens de consumo e capital, especialmente para automóveis e informática. No período também foram privatizadas algumas estatais, como a Usina Siderúrgica de Minas Gerais-Usiminas.

³⁷³ CASTRO, Matheus Felipe. Estado nacional e desenvolvimento. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 58, 2009. p. 77-78.

³⁷⁴ SARLET, op. cit., p. 19.

³⁷⁵ Parte significativa das alterações no modelo econômico foi procedida por meio da legislação infraconstitucional. Assim, primeira alteração constitucional no capítulo da ordem econômica foi procedida por meio da Emenda Constitucional nº 5, de 15 de agosto de 1995, que permitiu aos Estados-membros a concessão de os serviços locais de gás canalizado a empresas privadas.

Durante o Governo Itamar igualmente foram privatizadas estatais, como a Companhia Siderúrgica Nacional-CSN. Entretanto, o seu mandato notabilizou-se pela implementação do Plano Real, conduzido pelo então Ministro da Fazenda Fernando Henrique Cardoso, e que conseguiu estancar um processo inflacionário que se estendia por décadas e havia chegado à hiperinflação ao final do governo Sarney. Tratou-se de um plano de perfil qualificável como neoliberal, porque se fundava em política de controle de gastos, desestatização e estabilização monetária.

Foi na gestão de Fernando Henrique que ocorreu o auge do processo de privatização, mediante a quebra de monopólios, a delegação de serviços públicos a particulares, mediante autorização, permissão e concessão e parcerias com entidades públicas e privadas. No que tange à Ordem Econômica, as alterações procedidas basicamente consistiram em eliminar a distinção prevista na Carta de 1988 entre empresa brasileira e empresa brasileira de capital nacional, bem como permitir que atividades como de telecomunicações, distribuição de gás e exploração de recursos minerais e de hidrocarbonetos passassem a ser executadas, mediante concessão da União ou dos Estados, por empresas públicas ou privadas estabelecidas no país. Estas reformas permitiram a intensificação do processo de privatização de empresas estatais.

Durante o Governo Lula, o processo de privatizações se concentrou nas rodovias, bancos estaduais e empresas geradoras e distribuidoras de energia elétrica.

Conforme Carvalho Filho, embora o processo tenha ganhado notoriedade pelo aspecto da privatização, a ênfase deve ser atribuída à desestatização, porque os serviços públicos objeto de transferência ao setor privado não se converteram em atividades privadas, mantendo sua natureza pública. Assim, a desestatização consistiu no conjunto de medidas destinadas a afastar o Estado de determinadas atividades que presumivelmente seriam melhor desempenhadas pelo setor privado. Paralelamente, procedeu-se a uma desregulamentação, reduzindo-se a normatização da atividade econômica, além de transferir-se o controle de algumas entidades administrativas à iniciativa privada³⁷⁶.

Relativamente à desregulamentação da economia, a medida mais significativa consistiu na criação das Agências Reguladoras, como Agência Nacional de Energia Elétrica-Aneel, Agência Nacional de Telecomunicações-Anatel e Agência Nacional do Petróleo-ANP, cuja atribuição é a regulamentação do mercado e fiscalização das empresas do respectivo setor. Para Godoy, a proliferação das aludidas agências é mecanismo de

³⁷⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Estado mínimo x estado máximo: o dilema. *Revista Eletrônica sobre a Reforma de Estado*, Salvador, n. 12, dez./jan./fev. 2008. p. 9.

diminuição do Estado, de desestatização, e sua criação funda-se em nova concepção de Estado, de modo que a autonomia a elas outorgada decorre de tentativa de obtenção de eficiência na gestão da coisa pública. Trata-se, assim, de uma estratégia de miniaturização do Estado, que transfere para a iniciativa privada funções ordinariamente públicas³⁷⁷.

Foi editada ainda a Lei de Responsabilidade Fiscal, que definiu responsabilidades ao administrador público, como limites de gastos com pessoal e proibição de criação de despesas sem contrapartida de receitas, e estabeleceu parâmetros no que tange à transparência e controle da gestão pública³⁷⁸.

No que se refere à Ordem Social, as disposições relativas ao Regime Geral da Previdência Social e ao regime previdenciário aplicável aos servidores públicos igualmente foram objeto de reformas liberalizantes durante os governos Fernando Henrique, pela Emenda Constitucional nº 20, e Lula, por meio da Emenda Constitucional nº 41.

Entretanto, embora tenham sido estabelecidas regras mais rigorosas para a concessão de benefícios previdenciários, foi mantida a vertente assistencial, cujo principal programa é consubstanciado pelo Benefício Assistencial de Prestação Continuada. Por sua vez, a saúde continuou universalizada, independentemente de contribuição, bem como foi mantida a gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais.

3.1.6 O Modelo da Constituição de 1988 Após as Reformas

A definição do perfil da Constituição Federal após as reformas parece configurar-se tarefa desprovida de padrão de medida ou de regra de avaliação insuscetíveis de críticas, porque é manifesto e insuperável o componente ideológico que permeia avaliações desta espécie. A Constituição que resultou das reformas neoliberais é assim insuscetível de uma qualificação que não esteja impregnada de ideologia. Pouco acrescentaria ainda a eventual comparação com a conformação socioeconômica de outros Estados, porque é igualmente a ideologia que escolhe ou repudia os paradigmas.

Conforme Bobbio, o termo "liberalismo", como todos da linguagem política, manifesta significados diversos na amplitude, mantido o seu núcleo originário caracterizado por uma teoria dos limites do poder do Estado, fundados na pressuposição de direitos do indivíduo precedentes à formação do poder político, entre os quais o direito de propriedade individual. A estipulação destes limites não pode ser procedida definitivamente, mas é

³⁷⁷ GODOY, op. cit., p. 77-82.

³⁷⁸ COSTA PINTO, op. cit., p. 7-8.

princípio constante e característico da doutrina liberal que o Estado é mais liberal quanto mais reduzidos são seus poderes e mais ampla a esfera da liberdade dos indivíduos³⁷⁹.

Embora certamente mais liberal do que o Estado que nasceu com o texto originário da Constituição de 1988, não se afigura possível, exceto para quem não se furta aos rótulos que impõe a irredutível ideologia, afirmar que o Estado resultante das reformas reduziu-se ao ponto suficiente para caracterizar o mítico e ameaçador “estado mínimo”.

A qualificação como Estado Social da nação construída pela Constituição de 1988, antes ou depois das reformas, é igualmente sujeita a ressalvas ideologicamente insuperáveis. Para ilustrar essa assertiva, confira-se a definição que Bonavides atribui ao “Estado Social”, com o escopo de diferenciá-lo do Estado de perfil socialista³⁸⁰:

Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual, nesse instante o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado social. Quando a presença do Estado, porém, se faz ainda mais imediata e ele se põe a concorrer com a iniciativa privada, nacionalizando e dirigindo indústrias, nesse momento, sim, ingressados na senda da socialização parcial. E à medida que o Estado produtor puder remover o Estado capitalista, dilatando-lhe a esfera de ação, alargando o número das empresas sob seu poder e controle, suprimindo ou estorvando a iniciativa privada, aí então ocorrerá grave perigo a toda a economia do Estado burguês, porquanto, na consecução desse processo, já estaremos assistindo a outra transição mais séria, que seria a passagem do Estado social ao Estado socialista.

Para um ideólogo liberal, a definição de estado social estaria superada já ao terceiro verbo do primeiro parágrafo, enquanto um pensador de perfil socialista não aceitaria menos que todas as atividades referidas até o final do segundo parágrafo como condição mínima para abster-se de qualificar o Estado hipoteticamente referido como neoliberal.

De qualquer sorte, para Eros Grau, conhecido crítico da concepção neoliberal, embora as reformas constitucionais tenham cedido ao denominado neoliberalismo,

³⁷⁹ BOBBIO, op. cit., p. 87.

³⁸⁰ BONAVIDES, op. cit., p. 186.

não comprometeram as linhas básicas da ordem econômica na Constituição de 1988³⁸¹.

De se considerar ainda que a Constituição, após as reformas, parece ter paradoxalmente aprofundado as características de Estado Social, em razão especialmente da nova interpretação conferida ao seu texto, porque os princípios que amparam direitos fundamentais e sociais, e que teriam sido inseridos com natureza meramente programática, passaram a ser admitidos com caráter vinculante, demandando do Estado uma atuação efetiva.

Parece aceitável concluir que as características de Estado Social remanescentes tenham se aprofundado ao longo das últimas décadas, em razão especialmente da nova interpretação conferida ao texto da Constituição em face da atribuição de carga normativa aos princípios nela inseridos. Conforme refere Barroso, a novidade das últimas décadas não está propriamente na existência de princípios e no seu reconhecimento pela ordem jurídica, mas no reconhecimento de sua *normatividade*³⁸². Assim, alguns princípios que amparam direitos fundamentais e sociais, como a saúde, a educação e a seguridade social, passaram a ter larga aplicabilidade.

Trata-se do processo de *mutação constitucional*, que se caracteriza pela concretização do conteúdo das normas constitucionais, passíveis de mudança de interpretação em face de seu caráter aberto, que se opera no conteúdo das constituições, sem que se proceda a alterações no seu texto. É fenômeno passível de ocorrência nos modelos de constituição que permanecem *abertas ao tempo*, porque contêm suficientes abertura e amplitude necessárias para permitir as mudanças históricas, assim como albergar as diversidades das situações verificáveis na sociedade³⁸³.

A Constituição de 1988 foi concebida com esta plasticidade e este caráter aberto permitido pelos princípios, canal que foi utilizado pelos seus intérpretes, especialmente pelo Poder Judiciário, cuja passividade antes criticada foi sucedida por uma postura ativa que igualmente já começa a receber acerba contestação.

Paralelamente, institutos como a tutela de interesses coletivos e difusos facilitaram o acesso à Justiça e permitiram que questões sociais relevantes fossem resolvidas de forma mais adequada e rápida. Neste processo teve relevância a atuação do Ministério Público por meio de inquérito civil, de compromisso de ajustamento de conduta e do ajuizamento das ações civis coletivas. Essas demandas coletivas têm possibilitado ao

³⁸¹ GRAU, op. cit., p. 173-174.

³⁸² BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. 1, n. 6, 2001. p. 20.

³⁸³ HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Traducción Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. p. 38-43.

Judiciário dar efetividade aos direitos fundamentais, sobretudo os de caráter social³⁸⁴.

Assim, o Estado passou a ver-se frequentemente obrigado a implementar políticas públicas relacionadas com a Seguridade Social, como, por exemplo, o fornecimento de medicamentos não incluídos no programa básico do Sistema Único de Saúde-SUS.

Noutro vértice, como adverte Faria, as despesas nos programas de bem-estar nas áreas da saúde, previdência, saneamento básico, moradia e educação, “uma vez efetivadas, convertem-se em direitos sociais que acabam não podendo mais ser suprimidos sem o risco de grandes tensões - sob a forma de greves por vezes selvagens, protestos por vezes violentos e grandes mobilizações - para a sustentação dos governos e para a legitimidade do próprio sistema político”. A partir do momento em que o orçamento social é ampliado, cada programa de bem estar passa a ser considerado direito adquirido por seus destinatários, razão pela qual sua manutenção pouco acrescenta à legitimidade do Estado, enquanto sua eventual redução ou supressão leva à inevitável perda de legitimidade³⁸⁵.

A confluência da mutação constitucional com a incorporação dos benefícios resultantes dos programas sociais implementados nas duas últimas décadas parece ter assim determinado uma conformação do Estado brasileiro, de natureza indiscutivelmente social.

3.1.7 A Ordem Econômica na Constituição de 1988

A ordem econômica está regulada na Constituição de 1988, no Título VII, capítulo I, que contém os Princípios Gerais da Ordem Econômica (arts. 170 a 181), no capítulo II, que trata da Política Urbana (arts. 182 e 183), e no Capítulo III, que dispõe sobre a Política Agrícola e Fundiária e a Reforma Agrária (art. 184 a 191).

Após mencionar que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa e que tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, o art. 170 da Constituição relaciona os seus princípios fundamentais da soberania nacional, da propriedade privada, da função social da propriedade, da livre concorrência, da defesa do consumidor, da defesa do meio ambiente, da redução das desigualdades regionais e sociais, da busca do pleno emprego e do tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras.

A ordem econômica constitucional está fundada no princípio genérico da liberdade de iniciativa, com concessões à intervenção do Estado, como sucede no artigo 173,

³⁸⁴ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *Panóptica*, Vitória, ano 1, n. 6, 2007. p. 8.

³⁸⁵ FARIA, op. cit., p. 119-120.

que permite a exploração direta da atividade econômica pelo Estado quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo. É atribuída ainda ao Estado a função de agente normativo e também regulador da economia, exercendo, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo o planejamento obrigatório para o Poder Público e mero indicativo para o setor privado (art. 174)³⁸⁶.

Como referem Santos e Kempfer, a Constituição contempla um modelo dual ou misto, que se caracteriza pela adoção, paralelamente ao mercado e à salvaguarda da concorrência e da livre iniciativa, de um “segundo centro decisório munido de diferenciadas ferramentas de intervenção estatal (direção, absorção e indução – artigos 170 a 174) para o atingimento de bem-estar social e proteção do mercado interno”. Nos termos do que estabelece o art. 219 da Constituição, o mercado interno é assim protegido, como elemento integrante do patrimônio nacional, sem que se caracterize uma total centralização estatal³⁸⁷.

Trata-se de delimitação de uma ordem econômica voltada à estabilização econômica, por meio de atividades desenvolvidas conjuntamente pelo Estado e por agentes privados, visando a sedimentar as bases do desenvolvimento. Revela-se uma “opção jurídica pela orientação da economia, afastando a ideia do Estado como ator pontual das relações econômicas” e que somente atuaria prestando auxílio emergencial às atividades reservada aos particulares. Inserem-se nessa valorização da participação do Estado as políticas públicas de desenvolvimento, por meio das quais ao Estado define diretrizes necessárias para assegurar uma relação de mercado sustentável em longo prazo. Ao Estado cabe assim uma “visão mais estendida no tempo, impossível de se impor nos relacionamentos imediatistas e particularizados que caracterizam as relações dos agentes na produção capitalista”³⁸⁸.

Nesse sentido, afirma-se que a ordem econômica constitucional é caracterizada por abranger, “em profusão enorme, normas que instrumentam a intervenção do Estado na economia - normas de intervenção” e que são marcadas especialmente por sua inserção em uma Constituição diretiva ou dirigente. Trata-se de características que decorrem da nova conformação do Estado, que o compele “a refinar o desempenho das funções, pelas quais responde, de integração e modernização e de legitimação capitalista, o que supõe a

³⁸⁶ TAVARES, op. cit., p. 120. Para Eros Grau, o modelo capitalista albergado pela Constituição implica “rejeição da economia liberal e do princípio da autorregulação da economia”, anotando a ressalva de que afirmar “que a ordem econômica na Constituição de 1988 é *intervencionista*, simplesmente, ou *neoliberal*, é nada dizer” (GRAU, op. cit., p. 234).

³⁸⁷ SANTOS, Alexandre Lucas; KEMPFER, Marlene. Estado contemporâneo e intervenção no domínio econômico. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 16, n. 2, p. 175-198, dez. 2012. p. 182.

³⁸⁸ DERANI, op. cit., p. 179.

implementação de políticas públicas”³⁸⁹. É fundamental a tarefa que assume o Estado no desempenho de serviços públicos, uma de suas espécies de atuação econômica, cuja prestação pode ser procedida diretamente ou por meio de concessão ou permissão.

3.1.7.1 Fundamentos da ordem econômica

A ordem econômica tem por fundamentos a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa (CF, art. 170, *caput*), valores que fundamentam a própria República Federativa do Brasil, nos termos do art. 1º, inciso IV, da Constituição.

Como refere Bastos, “já vão longe os tempos em que o trabalho era visto como um castigo e que deveria ser desempenhado por classes escravas”. Afirmada pelo Cristianismo a ideia da redenção pelo trabalho, admite-se o labor “como próprio da condição humana”, exaltação que, no entanto, implica a vedação da sua consideração como mero fator produtivo, demandando a sua viabilização como fonte de realização material, moral e espiritual³⁹⁰. Noutros termos, a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, fundamenta-se, em verdade, na dignidade humana³⁹¹.

Acrescenta o autor que a valorização do trabalho humano já estava prevista no art. 160, II, da Constituição de 1967, “de sorte que incorporar um valor social ao trabalho humano já faz parte da história constitucional brasileira”³⁹². Dessa precisa anotação exulta a constatação de que a mera previsão constitucional pode se revelar inócua. Com efeito, na vigência da Constituição de 1967, e até mesmo em certa quadra da nova ordem constitucional, eram toleradas pelo Estado práticas trabalhistas hoje inadmissíveis e sancionadas penalmente como redução à condição análoga a de escravo, nos termos do art. 149 do Código Penal.

A livre iniciativa igualmente fundamenta a ordem econômica, o que implica uma economia de mercado, de natureza capitalista. Tratando-se a livre iniciativa de princípio basilar da ordem capitalista, a sua adoção como dúplice fundamento da própria República e da ordem econômica “revela a adoção política da forma de produção capitalista, como meio legítimo de que se podem valer os agentes sociais no Direito brasileiro”³⁹³.

Essa liberdade de iniciativa, todavia, como todas as modalidades de liberdade, “jamais chegou a ser declarada e admitida em termos absolutos, completamente

³⁸⁹ GRAU, op. cit., p. 73.

³⁹⁰ BASTOS, op. cit., p. 113-115.

³⁹¹ DERANI, op. cit., p. 242.

³⁹² BASTOS, op. cit., p. 114-115.

³⁹³ TAVARES, op. cit., p. 234-235.

livre de condicionamentos”. Ademais da concepção de uma iniciativa incondicionada tratar-se apenas de uma aspiração pura de um tipo ideal de Estado liberal, os condicionamentos à liberdade de iniciativa “surtem exatamente na medida em que se constata a necessidade de garantir a realização da justiça social e do bem-estar coletivo”. Daí afirmar-se que a liberdade de iniciativa somente pode ser exercida dentro dos parâmetros constitucionalmente definidos. Permite-se assim a criação de restrições por via da lei, “desde que plausíveis e compatíveis com o interesse público”. Logo, a liberdade de iniciativa somente será ampla em face da ausência de lei condicionadora e mediante observância dos princípios constitucionais³⁹⁴.

Em verdade, a própria estipulação da valorização do trabalho humano como fundamento da República e da ordem econômica traduz condicionamento ao exercício da liberdade de iniciativa, indicando que “embora capitalista, a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado”³⁹⁵.

3.1.7.2 Finalidade da ordem econômica

O art. 170 da Constituição preceitua que a ordem econômica tem por finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Trata-se de afirmação que complementa o disposto no art. 1º, III, que eleva a dignidade da pessoa humana a fundamento da República, e do art. 3º, I, que estabelece como seu objetivo construir uma sociedade justa e solidária. A justiça social é ainda primado da Ordem Social (art. 193, *caput*), enquanto a dignidade humana subjaz a toda a ordem constitucional.

Expressão consagrada na Encíclica *Quadragesimo anno*, do Papa Pio XI, a justiça social não possui sentido unívoco. Remete, todavia, à aspiração de redução de desigualdades sociais, mediante a possibilidade de ascensão social e melhor distribuição de bens³⁹⁶. Afirma-se assim que a justiça social consiste em se possibilitar a todos o mínimo para a satisfação das suas necessidades fundamentais, físicas, espirituais, morais e artísticas”³⁹⁷.

Conforme refere Tavares, o objetivo maior de justiça social permeia a Constituição e lhe confere um “norte em sua implementação”. Acrescenta que “a própria Constituição a associa à solidariedade, deixando certo que o conceito envolve não apenas a prevalência do social sobre o individual, como também o compromisso de uma dependência

³⁹⁴ Ibidem, p. 239.

³⁹⁵ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 668. Embora arrolados ambos os fundamentos, a precedência da valorização do trabalho humano estaria a indicar que a própria livre iniciativa está condicionada à observância do respeito à dignidade e valorização do trabalho.

³⁹⁶ TAVARES, op. cit., p. 239.

³⁹⁷ BASTOS, op. cit., p. 114-115.

recíproca entre os indivíduos”³⁹⁸.

Embora a justiça social constitua aspiração da ordem econômica que necessariamente impõe uma restrição à liberdade de iniciativa³⁹⁹, para Bastos “não existe uma contradição visceral entre essas ideias”. Embora reconheça que “jogadas a si mesmas as forças de produção podem caminhar num sentido inverso ao da justiça”, anota que os Estados que “mais têm avançado na melhoria da condição humana são justamente aqueles que adotam a liberdade de iniciativa”. Para atingir essa finalidade, no entanto, é indispensável que o Estado assuma a função de redistribuir a renda nacional⁴⁰⁰.

Mais do que a justiça social, no entanto, é a dignidade humana o fim último da ordem econômica. Para Derani, “o princípio da dignidade humana é a essência, a razão das normas da ordem econômica, entendendo-se esse princípio como aquilo que a inspira e a conduz”. Nesse sentido, ao contrário dos princípios relacionados nos incisos I a IX do art. 170 da Constituição, que não são absolutos e comportam eventual contraposição e concorrência com outros princípios nas situações concretas, a dignidade humana refere-se a valores essenciais que orientam toda prática social. Enquanto aqueles desempenham um papel de suporte para a organização da atividade econômica, o princípio da dignidade humana “tem o poder norteador, constituidor, de uma base ética da ordem econômica”⁴⁰¹.

A existência digna se assenta na dúplice garantia de que a pessoa humana não será sujeita a ofensas e humilhações e terá acesso ao desenvolvimento da sua personalidade. A garantia do pleno desenvolvimento da personalidade, de sua parte, demanda o reconhecimento da disponibilidade da atuação própria de cada ser humano, aliada à sua autodeterminação. Adotada essa concepção, conclui-se que “a liberdade caminha junto com a dignidade. Mas o significado mais forte desta está na privação de ofensas e humilhações”⁴⁰².

No aspecto econômico, a cláusula constitucional de que a ordem econômica tem por finalidade assegurar a existência digna exige que se garanta a todos condições mínimas de subsistência, mediante tutela estatal aos hipossuficientes⁴⁰³.

³⁹⁸ TAVARES, op. cit., p. 239.

³⁹⁹ TAVARES, op. cit., p. 239.

⁴⁰⁰ BASTOS, op. cit., p. 128.

⁴⁰¹ DERANI, op. cit., p. 242.

⁴⁰² TAVARES, op. cit., p. 239.

⁴⁰³ Ibidem, p. 239.

3.1.7.3 Princípios da ordem econômica

Dos princípios da ordem econômica referidos no art. 170 da Constituição, importam mais diretamente para as finalidades desse trabalho os da propriedade privada, da função social da propriedade, da defesa do meio ambiente, da redução das desigualdades regionais e sociais e da busca do pleno emprego.

A propriedade somente está garantida na Constituição brasileira nos termos do inciso XXIII, que prescreve que deve ela atender à sua função social. Por conseguinte, a propriedade deixa de ser se vista do ângulo do Direito Civil, como um direito subjetivo, “consistente em assegurar a uma pessoa o monopólio da exploração de um bem e de fazer valer esta faculdade contra todos que eventualmente queiram a ela se opor”⁴⁰⁴.

A imposição do dever do cumprimento da função social da propriedade “introduziu uma nota na propriedade que pode não coincidir com o interesse de seu proprietário, mas que é dada pela própria ordem jurídica e, assim, deve ser obedecida”, para o reconhecimento e a garantia do Direito de propriedade em sua plenitude⁴⁰⁵. Trata-se, portanto, de compatibilizar a fruição do direito de propriedade com fins sociais mais amplos⁴⁰⁶.

A Lei nº 4.504/1964 (Estatuto de Terra) trata especialmente da função social da propriedade rural. Estabelece o seu art. 2º que a propriedade da terra desempenha integralmente a sua função social quando, entre outros requisitos, favorece o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores que nela laboram, assegura a conservação dos recursos naturais e cumpre a legislação trabalhista. Por sua vez, a Lei nº 10.257/2001 (Estatuto das Cidades) determina que a propriedade urbana cumpre a sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas (art. 39).

O princípio da defesa do meio ambiente, como refere Eros Grau, “conforma a ordem econômica (mundo do ser), informando substancialmente os princípios da *garantia do desenvolvimento* e do *pleno emprego*”. Trata-se de princípio indispensável para a realização da finalidade da ordem econômica de *assegurar a todos existência digna*, dando

⁴⁰⁴ BASTOS, op. cit., p. 135.

⁴⁰⁵ TAVARES, op. cit., p. 152.

⁴⁰⁶ BASTOS, op. cit., p. 140. Como anota o autor, entretanto, “não é simples estabelecer-se qual a aptidão que um determinado bem possui para a prossecução de interesses sociais. De qualquer sorte o interesse coletivo passa desse modo a fazer parte integrante do regime da propriedade individual”.

ademaís substância aos ditames da *justiça social*⁴⁰⁷. Constitui, portanto, limite expresso ao desenvolvimento econômico⁴⁰⁸ e condicionante de toda a ordem econômica constitucional.

O princípio leva à exigência de que a exploração dos recursos naturais necessários ao desenvolvimento econômico deve ser orientada pelo denominado *desenvolvimento sustentável*, que não se coaduna com a degradação ambiental inconsequente⁴⁰⁹.

Necessária, portanto, a conciliação entre o desenvolvimento econômico e as práticas que visam à preservação do meio ambiente. Via de consequência, não se veda a exploração econômica de recursos naturais, nem tampouco se almeja a proteção do meio ambiente com pretensão da sua absoluta intangibilidade, mas a sua manutenção dentro de parâmetros que lhe permitam ostentar a condição de sadio e ecologicamente equilibrado⁴¹⁰.

Adotado o pressuposto de que a busca por uma boa qualidade de vida é o fim que anima igualmente os princípios do desenvolvimento e da proteção ambiental, exigem-se práticas sustentáveis de desenvolvimento, porque essa finalidade comum demanda que “também os meios de alcançá-la devem guardar correspondência entre si”. Por essa razão, incumbe ao direito econômico ambiental estudar os aspectos do meio ambiente diretamente relacionados com a sua utilização econômica, de sorte que o desenvolvimento não há de ser inteiramente obstado pela proteção ambiental, ao mesmo tempo em que os aspectos ambientais não podem ser desconsiderados pelo desenvolvimento econômico. Trata-se de conciliação que a doutrina constitucional contemporânea almeja alcançar mediante a “utilização do critério da ponderação e da proporcionalidade”⁴¹¹.

O princípio da redução das desigualdades sociais e regionais, inserido expressamente na ordem econômica, é dirigido especialmente às políticas públicas. Tem por finalidade orientar o desenvolvimento econômico e a produção normativa correlata tendo como pressuposto a redução das desigualdades sociais e entre as regiões do País. Implica necessariamente a implementação de políticas públicas, como incentivos⁴¹², subsídios para produtos de consumo das classes menos favorecidos e programas de distribuição de renda.

⁴⁰⁷ GRAU, op. cit., p. 250-251. Por sua vez, Tavares se refere à ubiquidade do princípio, porque “qualquer atividade a ser desenvolvida há de estar vocacionada para a preservação da vida e, portanto, do próprio meio ambiente”. Afirma que “em última instância, trata-se do retorno ao princípio da dignidade da pessoa humana, guia também na compreensão do alcance do princípio da proteção ambiental” (TAVARES, op. cit., p. 188).

⁴⁰⁸ TAVARES, op. cit., p. 185-186.

⁴⁰⁹ Ibidem, p. 185-186.

⁴¹⁰ Ibidem, p. 188.

⁴¹¹ Ibidem, p. 186.

⁴¹² Ibidem, p. 199-203.

Trata-se de princípio que orienta o objetivo da República de *garantir o desenvolvimento nacional* (CF, art. 3º, II) e se conjuga com o objetivo de *erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais* (art. 3º, III). Como refere Grau, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais, são objetivos afins e complementares ao da garantia do desenvolvimento econômico, de sorte que “o processo de desenvolvimento deve levar a um salto, de uma estrutura social para outra, acompanhado da elevação do nível econômico e do nível cultural-intelectual comunitário”. Logo, a garantia do desenvolvimento nacional deve levar à construção de uma *sociedade livre, justa e solidária*, o que somente pode ser obtido mediante políticas públicas⁴¹³.

O princípio da busca do pleno emprego orienta o Estado na criação e na aplicação de medidas de política econômica. Trata-se de princípio que “se harmoniza e caminha no sentido de concretizar um dos fundamentos da ordem econômica, [...] dirigido à *valorização do trabalho humano*, também com a justiça social e com a implementação de uma sociedade livre e igual”. A introdução do princípio revela uma condicionante ao capitalismo e implica o reconhecimento da ordem econômica constitucional de que “as estruturas econômicas admitidas podem ter como resultado o desemprego, impondo-se a intervenção do Estado no sentido de minimizar essa ocorrência”⁴¹⁴.

3.1.8 Intervenção do Estado no Domínio Econômico

Atribui-se ao termo intervenção o sentido de interferência em área de outrem, razão pela qual a atuação do Estado na economia é correntemente entendida como uma invasão no âmbito de atuação reservado à iniciativa privada⁴¹⁵.

Afirma-se que os termos *intervenção* e *atuação* revelam atividades estatais distintas. Ocorreria *atuação* quando o Estado age em área de sua titularidade, de modo que não caracterizaria *intervenção* a prestação de serviço público ou sua regulação e fiscalização. Atuaria então em área de sua própria titularidade, na esfera pública (atuação na atividade econômica em sentido amplo). A *intervenção*, por sua vez, se daria quando atua o Estado em área de titularidade da iniciativa privada (atuação na atividade econômica em sentido estrito)⁴¹⁶. Entretanto, como referem Santos e Kempfer, as significações de *intervenção*, tal

⁴¹³ GRAU, op. cit., p. 214-215.

⁴¹⁴ TAVARES, op. cit., p. 206.

⁴¹⁵ Ibidem, p. 52-53.

⁴¹⁶ GRAU, op. cit., p. 90. Para os efeitos desse trabalho, não se adotará a distinção postulada pelo autor, especialmente porque exigiria uma prévia delimitação das áreas de titularidade do Estado, conceito variável conforme a concepção econômica e política do intérprete.

como a de *domínio econômico*, “sobre deterem fortes cargas de ambiguidade e vaguidade, não residem em solo doutrinário pacífico”⁴¹⁷.

Embora não admita irrestritamente a intervenção do Estado no domínio econômico, a Constituição de 1988 não estabeleceu uma economia de mercado pura, que configura modelo ideal do liberalismo, insuscetível de ser encontrado em qualquer país⁴¹⁸.

Consentaneamente com o postulado de que a intervenção do Estado na economia é um imperativo das nações contemporâneas, a Constituição de 1988 a permite com relativa amplitude. Essa atuação é permitida diretamente, por meio da prestação de serviços públicos ou da exploração de atividade econômica, ou indiretamente, mediante o exercício das prerrogativas do Estado de atuar como agente indutor e regulador da economia. Como refere Tavares, ambas as modalidades de intervenção, direta ou indireta, caracterizam fórmulas pelas quais o Estado ordena, coordena e atua na economia, com a finalidade de garantir “a manutenção de seus fundamentos, a realização de seus objetivos, o respeito e execução de seus demais princípios, especialmente o pleno desenvolvimento nacional tendente a eliminar o desemprego”⁴¹⁹.

Eros Grau adota classificação que distingue três modalidades de intervenção: intervenção por absorção ou participação, intervenção por direção e intervenção por indução. No primeiro caso, o Estado intervém no domínio econômico desenvolvendo ação como agente econômico. Intervirá por absorção ao assumir integralmente o controle dos meios de produção da atividade econômica em sentido estrito, atuando então em regime de monopólio. Intervindo por participação, o Estado assume apenas parcela do controle desses meios de produção, atuando em regime de competição com empresas privadas. Diversamente, nas modalidades de intervenção por direção e intervenção por indução, o Estado intervirá sobre o domínio econômico como regulador dessa atividade. Intervirá por direção “estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsório para os sujeitos da atividade econômica em sentido estrito” e intervirá por indução ao manipular “os instrumentos de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o

⁴¹⁷ SANTOS; KEMPFER, op. cit., p. 185-186, 195. Assentem os autores, todavia, com as distinções estabelecidas por Eros Grau em relação a intervenção e atuação econômica. No que se refere ao conceito de “domínio econômico”, concluem os autores que se trata de “conceito jurídicopositivo e não lógico-jurídico, porquanto seu conteúdo semântico, mutável, não é apriorístico e sim construído *a posteriori*, a partir do suporte físico da Constituição Federal (em especial do Título VII) e do contexto sócio-econômico vigente no país (isto é: texto e contexto)”. Adotam assim o conceito em sentido amplo, a partir da jurisprudência do STF, que engloba tanto as atividades econômicas em sentido estrito como os serviços públicos não essenciais.

⁴¹⁸ TAVARES, op. cit., p. 275.

⁴¹⁹ Ibidem.

funcionamento dos mercados”⁴²⁰.

3.1.8.1 Exploração da atividade econômica pelo Estado

De acordo com o critério de classificação adotado por Eros Grau, a atuação direta do Estado na Economia constitui o gênero atividade econômica em sentido amplo, que compreende as espécies *serviço público* e *atividade econômica em sentido estrito*⁴²¹.

Afirma o autor que distinção entre serviço público e atividade econômica em sentido estrito se procede em “função das vicissitudes das relações entre as forças sociais”. Sustenta que o capital pretende reservar para sua exploração, como atividade econômica em sentido estrito, “todas as matérias que possam ser, imediata ou potencialmente, objeto de profícua especulação lucrativa”. Por sua vez, o trabalho aspira à atribuição ao Estado do maior número possível de atividades econômicas (em sentido amplo), “para que este as desenvolva não de modo especulativo”. A partir desse confronto, em determinado momento histórico, é que serão ampliados ou reduzidos “os âmbitos das atividades econômicas em sentido estrito e dos serviços públicos”⁴²².

Serviços públicos são definidos por Di Pietro como “toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público”⁴²³.

A autora aponta como elementos subjetivos da definição de serviço público a exigência de que sua criação seja feita sempre por lei, correspondendo a uma opção do Estado, bem como a sua gestão seja igualmente procedida pelo Estado, diretamente ou por meio de concessões e permissões. No que tange ao elemento formal, afirma a autora que os serviços públicos comerciais e industriais são regidos pelo regime comum, ao passo que os demais são informados pelos princípios do direito público. No que tange ao elemento material anota a ausência de consenso entre os autores, ainda que seja assente que “o serviço público corresponde a uma atividade de interesse público”. Pondera, entretanto, que particulares

⁴²⁰ GRAU, op. cit., p. 143. Oportuno lembrar que o autor adota um conceito restrito de intervenção.

⁴²¹ Ibidem, p. 100. Anota o autor que “é crucial para a boa compreensão da matéria deixar certo que nem todas as empresas estatais são voltadas à prestação de serviços públicos. Sob o ponto de vista de sua função, as empresas estatais diferenciam-se em duas grandes categorias: as prestadoras ou exploradoras de serviços públicos e as exploradoras de atividade econômica propriamente dita. Portanto, a prestação de um serviço por uma entidade estatal não o caracteriza como serviço público. O regime jurídico de cada uma das categorias dessas entidades é diferente”.

⁴²² Ibidem, p. 106-107.

⁴²³ DI PIETRO, op. cit., p. 103.

também podem exercer atividades de interesse geral. Por conseguinte, o critério de distinção deve ser a finalidade da prestação, porque o objetivo primordial que move o particular é, em regra, o seu próprio interesse. Acrescenta, todavia, que não é suficiente o objetivo de interesse público, afigurando-se necessário que a lei atribua esse objetivo ao Estado. Conclui a autora ser correta a afirmação de que “todo serviço público visa atender a necessidades públicas, mas nem toda atividade de interesse público é serviço público”⁴²⁴.

Acrescenta Di Pietro que o serviço público pode funcionar com prejuízo, constituindo uma de suas razões de ser a satisfação de necessidades que não despertaram interesse da iniciativa privada. Pode assim o serviço público ser deficitário e mesmo gratuito, casos em que será custeado pelas receitas tributárias do Estado. Essa gratuidade, no entanto, não se aplica aos serviços comerciais e industriais, como transportes, água e energia elétrica, em razão da própria natureza da atividade. Nesses casos, a gestão tenderia a um equilíbrio e mesmo a um lucro que permitiria o autofinanciamento da empresa⁴²⁵, nada obstando, evidentemente, que o Estado estabeleça tarifas sociais subsidiadas pelo Erário.

A prestação de serviços públicos rege-se por princípios, dentre os quais calha destacar o da sua continuidade e o da adequada prestação, além da licitação, princípio geral da própria Administração.

Para Tavares, independentemente da previsão do Código de Defesa do Consumidor (art. 22⁴²⁶), a ideia de continuidade dos serviços públicos essenciais deve ser aplicada como princípio implícito da Constituição, “para fazer impor ao Poder Público a perpétua disponibilidade do serviço aos usuários interessados”. Exige-se, assim, que esses serviços sejam contínuos “no sentido de tê-los o Estado sob seu manto de proteção para assegurar a sua perene disponibilidade, ainda quando a prestação ocorra por agente econômico privado”⁴²⁷.

Aduz Di Pietro que o princípio da continuidade do serviço público tem aplicação especialmente com relação aos contratos administrativos e ao exercício da função pública. No que concerne aos contratos, o princípio leva às consequências da imposição de

⁴²⁴ Ibidem, p. 103-106. No que tange à afirmação de que os serviços públicos comerciais e industriais são regidos pelo regime comum, a autora se filia parcialmente ao entendimento de Marçal Justen Filho e Celso Antonio Bandeira de Mello, no sentido de que os serviços públicos são sempre prestados em regime de direito público. Conclui a autora que, ainda que sob certos aspectos possam ser aplicadas normas de direito privado, “a sujeição ao regime publicístico é inerente ao próprio conceito de serviço público”.

⁴²⁵ Ibidem, p. 103-105.

⁴²⁶ Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

⁴²⁷ TAVARES, op. cit., p. 293.

prazos rigorosos ao contraente, da aplicação da teoria da imprevisão, para recompor o seu equilíbrio econômico-financeiro e a inaplicabilidade da *exceptio non adimpleti contractus* contra a Administração, além do reconhecimento dos privilégios da Administração de encampação e de uso compulsório dos recursos humanos e materiais da empresa contratada, quando necessário para a continuidade à execução do serviço⁴²⁸.

O princípio da prestação adequada do serviço público, por sua vez, além de implícito na Constituição, decorre diretamente da Lei nº 8.987/1995, que estabelece que toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento do usuário, assim entendido aquele que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas (art. 6º, § 1º). A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço (art. 6º, § 2º). A adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral é também expressamente indicada como direito do consumidor no art. 6º, inciso X, do CDC.

A Constituição Federal exige licitação para os contratos de obras, serviços, compras e alienações (art. 37, XXI), bem como para a concessão e a permissão de serviços públicos (art. 175). A Lei nº 8.666/1993 exige licitação para as obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações (art. 2º). A esse princípio básico da Administração obrigam-se todos os órgãos da Administração Pública direta, fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 1º, parágrafo único)⁴²⁹.

No que pertine aos serviços públicos em espécie, Eros Grau conclui que a própria Constituição trata expressamente de assim qualificar algumas atividades econômicas, embora anote a perene dificuldade no enquadramento de cada atividade econômica do Estado. Arrola como serviços públicos privativos expressamente mencionados os previstos no art. 21, incisos X (serviço postal e o correio aéreo nacional), XI (serviços de telecomunicações) e XII (serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens; serviços e instalações de energia elétrica; navegação aérea e aeroespacial; serviços de transporte ferroviário e aquaviário; serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros e portos marítimos, fluviais e lacustres), no art. 25, § 2º, e no art. 30, inciso V. Consistiriam serviços

⁴²⁸ DI PIETRO, op. cit., p. 108-109.

⁴²⁹ Ibidem, p. 369.

públicos não privativos expressamente mencionados a saúde e a educação⁴³⁰.

No que se refere à atividade econômica em sentido estrito, a teor do que estabelece o art. 173 da Constituição, ressalvados os casos nela previstos, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado somente será permitida quando necessária aos imperativos da *segurança nacional* ou a relevante *interesse coletivo*, conforme definidos em lei. Afirma-se, por conseguinte, que a intervenção direta do Estado na economia tem caráter excepcional e eventual, sempre subsidiária. Ao Estado não se faculta, portanto, retirar atribuições da iniciativa privada, exceto aquelas em que os particulares não queiram ou não possam exercer. Trata-se, portanto, de uma atuação que excepciona o princípio básico da livre-iniciativa, mas que não conduz ao ponto de caracterizar a supressão ou sobreposição da atuação privada, porque condicionada e delimitada pela Constituição⁴³¹.

A possibilidade de exploração de atividades econômicas em sentido estrito pelo Estado é ainda prevista nos incisos I a V do art. 177 da Constituição, hipóteses em que a exploração se procede em regime de monopólio.

Assim, de acordo com a síntese de Di Pietro, o Estado pode executar três tipos de atividades econômicas. A primeira delas é em princípio reservada à iniciativa privada pelo art. 173 da Constituição, mas o Estado pode executá-la por motivo de segurança nacional ou relevante interesse coletivo. Ainda que o Estado as execute, não se configura prestação de serviço público, porque ausente previsão legal que assim as qualifique. Trata-se, portanto, de típica intervenção no domínio econômico, caracterizada pela atuação no âmbito de ação reservado a particulares. Via de consequência, sujeita-se o Estado ao regime das empresas privadas, salvo derrogações contidas na própria Constituição. A segunda modalidade de atividade econômica é atribuída ao Estado em regime de monopólio, por força da previsão dos arts. 176 e 177 da Constituição, como a exploração de petróleo, de minas e jazidas, de minérios e minerais nucleares. Por fim, o Estado assume determinadas atividades econômicas em regime de serviço público, nos termos do artigo 175 da Constituição, Sua execução pode ser procedida diretamente pelo Estado ou por meio de concessão ou permissão, mediante indispensável licitação. Trata-se dos denominados serviços públicos comerciais e industriais do Estado, como é o caso dos serviços de transportes, energia elétrica, telecomunicações e

⁴³⁰ GRAU, op. cit., p. 120-123. Sustenta o autor não se tratar de serviço público a exploração dos “serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados”, tal como definido no art. 21, inciso XXII, porque, no caso, a atribuição constitucional do exercício da competência ao Estado não atende “a imposição dos interesses do trabalho, no seu confronto com os interesses do capital”.

⁴³¹ TAVARES, op. cit., p. 275.

outros serviços previstos nos artigos 21, XI e XII, e 25, § 2º, da Constituição⁴³².

3.1.8.2 Atuação normativa e reguladora do Estado

A atuação normativa e reguladora do Estado é também uma forma de intervenção na economia, na modalidade indireta. Para Grau, essa intervenção “respeita à globalidade da atuação estatal como agente normativo e regulador”, reclamando uma atividade de fiscalização que assegure a eficácia das normas que regulam as atividades econômicas. Essa atuação reguladora compreende as funções de incentivo e de planejamento. No que se refere ao planejamento, considerando ser ele “determinante para o setor público e indicativo para o setor privado” (CF, art. 170), devem ser abrangidas não apenas as atividades econômicas em sentido estrito, mas todas as atividades econômicas em sentido amplo⁴³³.

3.2 O INTERESSE AMBIENTAL

A atual consciência da necessidade da preservação do meio ambiente é decorrência da constatação dos efeitos do imenso poder de interferência do homem sobre o mundo natural, proporcionado pelas revoluções tecnológicas, aliada à relativamente recente evolução das concepções acerca dos direitos humanos fundamentais. Essa consciência ambiental não se desenvolveu de maneira linear e gradativa e tampouco foi inspirada por propósitos constantes. Embora se possa afirmar que a consciência de que os recursos ambientais são esgotáveis esteve presente desde muito cedo na experiência humana, essa preocupação, nas últimas décadas, sofreu uma radical mudança de intensidade e de significado. Ao mesmo tempo em que se acentuou o temor pelo colapso das fontes de energia, de água e de alimentos, a motivação da preservação ambiental assumiu uma nova dimensão, animada pela conformação mais recente da concepção dos direitos humanos fundamentais.

Em decorrência de um desenvolvimento científico e tecnológico que, em algumas décadas, superou em profundidade e velocidade os avanços de todos os séculos anteriores, o aumento da percepção sobre os riscos do potencial de interferência humana na natureza acentuou-se também abruptamente⁴³⁴.

⁴³² DI PIETRO, op. cit., 2011, p. 112.

⁴³³ GRAU, op. cit., p. 105, 146.

⁴³⁴ Sarlet e Fensterseifer referem-se às “pegadas humanas” deixadas ao longo de algumas décadas e aos efeitos negativos das práticas que resultaram em degradação ambiental, com suas consequentes violações dos direitos humanos fundamentais, desde as contaminações químicas e devastações florestais ocorridas especialmente nos anos 1980 até o aquecimento global. (SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 30-31).

A despeito dos notáveis progressos que a revolução científica operou a partir do século XVII, a utilização inconsequente dos conhecimentos tecnológicos e científicos na intervenção do homem sobre o meio natural afastou a perspectiva kantiana de que a História é um progresso sem fim das técnicas. O avanço científico e tecnológico operado pela ciência não se traduziu na consecução de um novo estágio de evolução e de bem-estar existencial. A intervenção sobre o meio natural passou a constituir a “principal ameaça à manutenção e à sobrevivência da espécie humana, assim como de todo ecossistema planetário”, caracterizando um modelo de sociedade de risco, como diagnosticou Ulrich Beck. Esse potencial de interferência do homem sobre a natureza e sobre a sua própria existência passou a suscitar dúvidas éticas. Considerada essa perspectiva, Hans Jonas propõe uma abordagem ética da ciência, de sorte que o conhecimento científico e tecnológico seja orientado pela responsabilidade do cientista e submetido a parâmetros éticos, a fim de se preservar-se a condição existencial humana e a qualidade de vida⁴³⁵.

Nesse contexto de inusitada reflexão sobre a interferência do homem na natureza e sobre a sua própria condição resultante dessa atuação, a questão ambiental recebeu o influxo das novas concepções dos direitos humanos, desenvolvidas especialmente a partir da Constituição mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar de 1919 e consolidadas após a 2ª Grande Guerra, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Essa consciência, associada à crescente importância da participação do cidadão para a garantia da qualidade de vida, “elevou os valores ambientais à categoria de direitos humanos, inserindo-os no quadro das mais importantes revoluções conceituais do século passado”⁴³⁶.

Inaugura-se uma *terceira dimensão dos direitos humanos*, que se soma aos direitos sociais, trabalhistas, culturais e econômicos característicos da *segunda dimensão* consolidada a partir do florescimento do Estado de bem-estar social. Esses direitos se caracterizam pela titularidade coletiva ou difusa, atribuída aos povos, à nação, às coletividades regionais ou étnicas e à própria humanidade. Essa nova dimensão, que tem por objeto bens insuscetíveis de apropriação individual, porque pertencem a “todo gênero humano”, corresponde aos ideais de fraternidade e de solidariedade, conjugando-se com os ideais de liberdade e igualdade que marcaram as dimensões anteriores. Essa solidariedade aplica-se ao seu alcance entre as nações, povos e grupos humanos de uma mesma geração,

⁴³⁵ SARLET, FENSTERSEIFER, op. cit, p. 33-34.

⁴³⁶ OMOTO, João Akira. *Desenvolvimento sustentável na perspectiva dos direitos humanos*. Disponível em: <https://www.dropbox.com/s/9q940fs7ak0yep/JOAO%20AKIRA%20OMOTO%20-%20dissertacao1.docx>, p. 39. Acesso em: 11 fev. 2013.

mas se espraia igualmente entre a presente e futuras gerações⁴³⁷.

Como decorrência dessas novas concepções e reflexões, a preservação ambiental, ademais de suscitar preocupação inédita em profundidade e abrangência, adquiriu caráter antropocêntrico⁴³⁸, alçada à categoria de direito humano fundamental, que evoluiu para o conceito de direito fundamental completo, amparado nos princípios da vedação ao retrocesso e da proteção insuficiente. Nesse quadro, a mera preocupação com o esgotamento dos recursos naturais transmutou-se para a preocupação com o meio ambiente equilibrado, elaborada como princípio, ou dever, de desenvolvimento sustentável.

Conforme referem Sarlet e Fensterseifer, filiando-se à concepção de Robert Alexy, o direito ao ambiente se materializa como um *direito fundamental completo*, na medida em que deve ser tutelado mediante a liberdade-autonomia perante o Estado, mas também por meio de prestações positivas dos poderes públicos, o que revela a “*dupla perspectiva subjetiva e objetiva* do direito fundamental ao ambiente”. Na perspectiva subjetiva, constitui posições jurídicas subjetivas justificáveis, que permitem invocar do Poder Judiciário proteção em casos de lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico ambiental. A perspectiva objetiva leva a um complexo de projeções normativas, entre as quais especialmente o dever de proteção do Estado no que se refere à tutela ambiental, inclusive nos aspectos procedimental e organizacional. Anota o autor que essa configuração normativa abrange um sistema integrado e multidimensional de tutela e promoção do direito ao ambiente, tendo como objetivo a sua máxima eficácia e efetividade⁴³⁹.

A *proibição de retrocesso* relativamente ao aspecto *socioambiental*, similarmente à proibição de *retrocesso social*, constitui uma garantia constitucional implícita, fundamentada nos princípios da segurança jurídica e da confiança, e que tem por finalidade

⁴³⁷ OMOTO, op. cit., p. 11-15. Como refere o autor, sustenta-se a existência de uma quarta geração de direitos humanos, constituídos pelos direito à democracia, à informação e ao pluralismo. Todavia afirma-se que os direitos fundamentais de quarta geração não constituem direitos distintos dos demais, pois estariam diluídos nas demais dimensões dos direitos humanos. Noutro aspecto, Sarlet e Fensterseifer destacam a natureza complementar dos direitos humanos: “deve-se considerar também que a tese da indivisibilidade, unidade e interdependência dos direitos fundamentais, refuta, de certa maneira, o conceito de ‘gerações’ de direitos fundamentais, no sentido de que todos os direitos fundamentais, de diferentes dimensões, complementam-se na busca de uma tutela integral e efetiva da dignidade da pessoa humana, não havendo, portanto, como defendem alguns, primazia ou superioridade hierárquica entre tais direitos como decorrência de integrarem uma geração precedente” (SARLET; FENSTERSEIFER, op. cit., p. 48).

⁴³⁸ Para Derani, “na sociedade contemporânea meio ambiente é um conceito que deriva do homem e a ele está ligado, porém o homem não o integra. O fato de o homem não constituir o conceito de meio ambiente não significa que este conceito seja menos antropocêntrico, muito pelo contrário, ele mostra exatamente o poder de subordinação e dominação ‘mundo exterior’ objeto de ação do ‘eu ativo’”. Isto significa que o tratamento legal destinado ao meio ambiente permanece necessariamente numa visão antropocêntrica, porque essa visão está no cerne do conceito de meio ambiente buscar a melhoria do bem-estar das pessoas e a estabilidade do processo produtivo (DERANI, op. cit., p. 52-53).

⁴³⁹ SARLET; FENSTERSEIFER, op. cit., p. 56-57.

evitar a supressão ou o enfraquecimento das conquistas vinculadas aos *direitos fundamentais socioambientais*. Essa garantia tem por pressuposto o reconhecimento de que os direitos fundamentais, ao longo da trajetória histórico-constitucional, caracterizam um processo evolutivo e cumulativo de incremento da tutela da dignidade humana. Assume especial relevância a proteção contra retrocessos que caracterizem ameaça ao núcleo essencial do direito socioambiental. O princípio igualmente exige “uma espécie de *dupla face normativa* da garantia constitucional”, caracterizada por um *dever de progressividade*, mediante a adoção de medidas legislativas e administrativas que visem ao aprimoramento dos direitos fundamentais socioambientais⁴⁴⁰.

O conceito do desenvolvimento sustentável, por sua vez, implica que o desenvolvimento não deve ser restringir aos aspectos econômicos, mas abranger também os aspectos sociais, culturais e políticos, de sorte que a exploração dos recursos naturais e as práticas políticas considerem as necessidades das presentes e futuras gerações⁴⁴¹. O desenvolvimento sustentável deve ser assim amparado no trinômio desenvolvimento econômico, equidade social e proteção ambiental, razão pela qual é seu objetivo, entre outros, reduzir as disparidades de padrões de vida, a fim de que se permita a conservação, a proteção e a restauração do ecossistema⁴⁴².

3.2.1 Conceito de Meio Ambiente

O meio ambiente é legalmente conceituado como o “conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (Art. 3º, I, da Lei nº 6.938/1981).

O conceito legal é alargado pela interpretação doutrinária que considera o meio ambiente a conjugação de elementos naturais, artificiais e culturais. Abarca o conceito, portanto, o *meio ambiente natural*, constituído pelos bens naturais, como o solo, a atmosfera, a água e qualquer forma de vida; o *meio ambiente artificial*, formado pelo espaço urbano construído; e o *meio ambiente cultural*, representado pela interação do homem com o ambiente, o que traz para o âmbito do conceito especialmente o urbanismo, o paisagismo e os monumentos históricos, além dos demais bens e valores artísticos, estéticos, turísticos, paisagísticos, históricos, e arqueológicos. Desse conceito amplo decorre a conclusão de que deve ser reputada questão afeta ao meio ambiente “tudo o que diga respeito ao equilíbrio

⁴⁴⁰ Ibidem, p. 57-58.

⁴⁴¹ OMOTO, op. cit., 2011, p. 88.

⁴⁴² Ibidem, p. 88.

ecológico e induza a uma sadia qualidade de vida”⁴⁴³. Noutros termos, o conceito se expande para abranger “o conjunto das condições de existência humana, que integra e influencia o relacionamento entre os homens, sua saúde e seu desenvolvimento”⁴⁴⁴. Trata-se de conceito, como se percebe, de natureza antropocêntrica, nos precisos termos do que indicam os arts. 170, *caput*, e incisos III e VI, 182, *caput* e § 2º, 186, *caput* e inciso II, e 225 da Constituição.

Para Fiorillo, o *conceito jurídico* de meio ambiente pode ser cotejado com o *conceito ecológico*. A Ecologia, “ciência que tem por objeto de estudo as relações entre os organismos ou grupos de organismos em seu ambiente sua metodologia”, não trabalha com o conceito de *meio ambiente*, mas de *ecossistema*, que engloba o mundo biótico, composto pelos seres vivos, e o mundo abiótico, formado pelo meio físico e as interações entre ar, água, solo, clima e território. O ecossistema refere-se assim às “relações entre os seres e destes com o mundo físico, em uma constante troca e transformação de energia”. Constituindo uma “unidade funcional básica”, inclui organismos e o ambiente abiótico, que exercem mútua influência sobre suas propriedades e são igualmente necessários para a conservação da vida. Dessa comparação, anota o autor, exsurtem questões sobre como o homem e sua estrutura social se inserem no meio ambiente, ou seja, a validade de atribuir-se privilégio somente àquilo que interessa ao ser humano e se esse deve ser visto como extrínseco ao ambiente⁴⁴⁵.

Noutro aspecto, pode-se afirmar que *natureza* assume conotação diversa de *meio ambiente*, remetendo mais diretamente a aspectos econômicos. Como refere Derani, a natureza apresenta o duplo sentido na percepção humana de “fonte da sua produção e reprodução econômica” e de fator de bem-estar. O homem encontra sua expansão física e psíquica nas duas manifestações, não podendo se apartar da natureza em razão da impossibilidade de sua existência material e da necessidade de manter seu equilíbrio psíquico. Todavia, é sobre a natureza como fonte de reprodução econômica que se concentram a maioria das preocupações humanas, o que leva a *economia ambiental* a focalizar o papel da natureza “como fornecedora de matéria-prima ou como receptora de materiais danosos”⁴⁴⁶.

⁴⁴³ MAZZILLI, 2012, op. cit., p. 162.

⁴⁴⁴ DERANI, op. cit., p. 52.

⁴⁴⁵ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Princípios do direito processual ambiental*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 82-83. Tratam-se, como se percebe, de questões éticas suscitadas relativamente ao acentuado caráter antropocêntrico atribuído ao meio ambiente, tema que adiante se retomará.

⁴⁴⁶ DERANI, op. cit., p. 50-51.

3.2.2 Histórico da Proteção do Interesse Ambiental⁴⁴⁷

A consciência de que o bem-estar humano está vinculado à preservação ambiental desenvolveu-se especialmente a partir das últimas décadas do século XX.

São marcos normativos dessa nova dimensão de direitos a Declaração de Estocolmo sobre o Ambiente Humano (1972), a Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural (1972), a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Direitos dos Povos (1981), a Convenção sobre o Direito do Mar (1982), a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento (1986), O Relatório Brundtland (1987), a Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992) e a Convenção sobre Diversidade Biológica (1992). Trata-se de documentos que afirmam direitos de toda a humanidade, como o patrimônio cultural e natural da humanidade, a preservação do meio ambiente, o desenvolvimento, a paz e a segurança e a existência e identidade dos povos.

Nesse processo, a visão inicial voltada para a conservação da natureza e dos recursos naturais deslocou-se para a própria sobrevivência humana, preocupação espelhada na Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano, documento resultante da Conferência de realizada pela Organização das Nações Unidas-ONU na Suécia em 1972 e que constitui referencial na área de meio ambiente e inspiração para inúmeros documentos e textos normativos.

De acordo com a Declaração de Estocolmo, a garantia da qualidade do meio ambiente, nos seus aspectos natural e artificial, é essencial para o bem-estar do homem e para o gozo dos direitos humanos, o que evidencia o seu estreito vínculo com a Declaração Universal de Direitos Humanos. Noutro aspecto, reconhece que a degradação ambiental não decorre apenas do processo de industrialização e do desenvolvimento tecnológico, mas também de problemas gerados pelas desigualdades sociais. A Declaração é também o marco da introdução do conceito de desenvolvimento sustentável, além de estabelecer que a defesa do meio ambiente é dever e meta de todos, afigurando-se necessário que a sociedade assuma, ao lado do Estado, a responsabilidade pela preservação e melhora do meio ambiente.

Como decorrência da Conferência de Estocolmo, ainda em 1972, a ONU criou o Programa de Meio Ambiente das Nações Unidas-PNUMA, responsável por promover a conservação ambiental e o uso eficiente de recursos no contexto do desenvolvimento sustentável.

⁴⁴⁷ Histórico elaborado com base em: OMOTO, op. cit., p. 14-39.

As questões ambientais examinadas em Estocolmo levaram ainda a ONU a criar, em 1983, a Comissão Mundial Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, com o objetivo de propor um plano de ação, produzindo como resultado o *Relatório Brundtland*, também denominado *Nosso Futuro Comum*, de 1987. Ressaltando aspectos relevantes para a melhoria da qualidade da vida, o Relatório *Brundtland* afirmou a responsabilidade solidária entre Estados, povos ou nações, industrializadas ou em desenvolvimento. Destacou que o bem-estar da humanidade depende de uma nova ética global para o desenvolvimento, que deve ser orientado de modo que a exploração dos recursos naturais, os investimentos, a tecnologia e as práticas políticas estejam em consonância com as necessidades das presentes e futuras gerações, tese que sustenta o conceito de Desenvolvimento Sustentável, que veio a ser consagrada pela ONU na Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento.

A Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento foi produzida a partir da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento-CNUMAD, realizada no Brasil em 1992. Em seus 27 princípios, especialmente o do *desenvolvimento sustentável*, o da *cooperação internacional para o desenvolvimento*, o da *participação democrática nos processos ambientais*, o da *precaução e da prevenção*, o do *poluidor-pagador*, e o da *gestão ambiental*, a Declaração do Rio sintetiza as orientações para as práticas legislativa, administrativa e judicial dos Estados e nações nas questões afetas ao meio ambiente e ao desenvolvimento, indicando meios para se “atingir os patamares mínimos de uma existência digna e uma vida saudável”.

Esses documentos e programas espelham as preocupações mundiais da ONU em relação ao meio ambiente e os avanços obtidos no século passado. Entretanto, ainda que tenham inspirado legislações internas e resultado em soluções efetivas, parece estar ainda distante a concretização das metas estabelecidas na Agenda 21⁴⁴⁸.

3.2.3 A Proteção do Interesse Ambiental na Ordem Jurídica Brasileira

O meio ambiente recebeu proteção da ordem jurídica brasileira em uma amplitude que reflete a inteira adoção dos princípios que atualmente informam o direito ambiental. Essa nova ordem constitucional e legal, no que se vem convencionando denominar *Estado de Direito Socioambiental*, fiel às novas concepções dos direitos humanos

⁴⁴⁸ OMOTO, op. cit., p. 42-43. A Agenda 21 é um dos documentos produzidos pela Conferência do rio de Janeiro de 1992, que estabeleceu a um plano de ação para o meio ambiente e para o desenvolvimento no século XXI.

fundamentais, eleva a dignidade da vida humana ao centro da preocupação com a preservação ambiental, incorporando elementos que assinalam a responsabilidade do Estado e da sociedade com a sadia qualidade de vida da presente e das futuras gerações.

Considerado o pressuposto de que o atual estágio do conhecimento fez perigosamente prevalecer o antes limitado poder de intervenção do ser humano sobre o meio ambiente, a Constituição estabelece o dever, ou princípio, da precaução, que exige uma nova ética para o agir, “contemplando a responsabilidade do ser humano para além da dimensão temporal presente e revelando o elo existencial e a interdependência entre as gerações humanas presentes e futuras”. O princípio da precaução, assim como o da prevenção, deve ser conjugado com o princípio da responsabilidade, afirmando a prevalência da solidariedade na tutela do ambiente. Dessa ética da responsabilidade, decorre inclusive a própria limitação da autonomia da vontade e dos demais direitos fundamentais do ser humano, quando necessário “para assegurar o desfrute de uma vida digna e saudável”⁴⁴⁹. Trata-se de respostas necessárias em face da tomada de consciência da crise ambiental vivida pela humanidade⁴⁵⁰.

Essa atual configuração do Estado não abandona as conquistas proporcionadas pelos demais modelos de Estado de Direito, no que se refere à dignidade humana, apenas lhe agrega uma *dimensão ecológica*, assumindo o compromisso com a prevenção da degradação ecológica⁴⁵¹. Os deveres e responsabilidades decorrentes dessa nova realidade impõem assim obrigações de condutas aos indivíduos, mas fundamentalmente exigem do Estado uma atuação positiva, com a finalidade de possibilitar a consecução dos objetivos colimados pela nova configuração do direito ambiental.

Preconiza-se nesse contexto o surgimento de um *constitucionalismo socioambiental*, concebido para “corrigir o quadro de desigualdade e degradação humana em termos de acesso às condições mínimas de bem-estar”. Aceito esse pressuposto, não se afiguram toleráveis extremismos ecológicos ou compreensões ilusórias e maniqueístas do fenômeno ambiental. A tutela ecológica, por conseguinte, não pode desconsiderar os problemas sociais subjacentes aos projetos político-econômico-jurídicos que almejem a

⁴⁴⁹ SARLET; FENSTERSEIFER, op. cit., p. 34-35.

⁴⁵⁰ OMOTO, op. cit., p. 83.

⁴⁵¹ SARLET; FENSTERSEIFER, op. cit., p. 44, 192-193. Como referem os autores, essas medidas positivas perfazem o que se convencionou designar de uma *dupla face* ou dupla dimensão do princípio da proporcionalidade, entre a *proibição de excesso* de intervenção e a *proibição de insuficiência de proteção*. Não pode assim o Estado “atuar de modo excessivo, intervindo na esfera de proteção de direitos fundamentais a ponto de desatender aos critérios da proporcionalidade ou mesmo a ponto de violar o *núcleo essencial* do direito fundamental em questão”, mas não pode igualmente, em face dos deveres de proteção aos quais está vinculado, “omitir-se ou atuar de forma insuficiente na promoção e proteção de tal direito, sob pena de incorrer em violação da ordem jurídico-constitucional”.

sustentabilidade. A noção de desenvolvimento sustentável deve assim considerar os aspectos *econômico, social e ambiental*, nos termos em que se permite extrair dos objetivos da Constituição de erradicar a pobreza, reduzir as desigualdades sociais (art. 3º, I e III) e estabelecer uma ordem econômica sustentável (art. 170, VI), aliados ao dever de tutela ecológica atribuído ao Estado e à sociedade (art. 225)⁴⁵².

Essa nova concepção do significado do meio ambiente para a vida humana, que resulta no reconhecimento de um direito fundamental a um ambiente ecologicamente equilibrado, decorre de “novos enfrentamentos históricos de natureza existencial postos pela crise ecológica” e complementa os consagrados direitos civis, políticos e socioculturais. Esse reconhecimento constitui aspecto particularmente relevante das agendas política e jurídica contemporâneas⁴⁵³.

A proteção ambiental é ainda marcada pela adoção de um conceito amplo de meio ambiente, resultado da conjugação do art. 225 da Constituição com a legislação infraconstitucional, que favorece múltiplas possibilidades de defesa de todas as formas de vida e de todos os recursos naturais. Estão alcançadas pela proteção ambiental todas as formas de vida que integram a biota (conjunto de todos os seres vivos de uma região), mas também a biodiversidade (conjunto de todas as espécies de seres vivos existentes na biosfera), além do “meio que as abriga ou lhes permite a subsistência”⁴⁵⁴.

A amplitude dessa preservação da ordem jurídica mais se torna relevante, na medida em que a flora e a fauna brasileiras são consideradas abrigo da maior biodiversidade no planeta. Aparentam-se estudos que indicam a existência conhecida de “6 mil animais, 15 milhões de insetos e 55 mil espécies vegetais, que representariam de 15% a 20% de todas as espécies animais e vegetais existentes do planeta, muitas delas somente aqui existentes”⁴⁵⁵.

3.2.3.1 Previsão constitucional e legal da proteção ambiental

A preservação ambiental mereceu especial proteção na Constituição, que o erigiu a bem comum de uso comum do povo e atribuiu ao Poder Público e à coletividade o dever de preservá-lo (art. 225, *caput*). Referida proteção ao meio ambiente, no entanto, tem caráter *antropocêntrico*, na medida em que sua finalidade é preservar a vida e a dignidade das

⁴⁵² Ibidem, p. 45.

⁴⁵³ Ibidem, p. 36.

⁴⁵⁴ MAZZILLI, 2012, op. cit., p. 161.

⁴⁵⁵ FIORILLO, op. cit., p. 124.

pessoas^{456 457}. Via de consequência, o fim último da preservação ambiental é a vida humana e a satisfação de suas necessidades. Adotada assim a concepção de que o atendimento às necessidades sociais pressupõe o desenvolvimento econômico sustentável.

Além de estabelecer que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, (art. 225, *caput*), a Constituição atribuiu expressamente ao Poder Público Federal, Estadual e Municipal o dever de adotar as medidas legislativas e administrativas necessárias à preservação do meio ambiente (art. 23, VI, art. 24, VI, e art. 225, § 1º).

A Constituição Federal estabeleceu ainda regramentos e princípios no próprio art. 225, como o princípio do *poluidor-pagador* (§ 2º), a responsabilidade ambiental objetiva (§ 3º) e regras de proteção da Floresta Amazônica brasileira, da Mata Atlântica, da Serra do Mar, do Pantanal Mato-Grossense e da Zona Costeira (art. 225, § 4º), além da indisponibilidade de terras devolutas ou arrecadadas pelo Estado quando necessárias à proteção dos ecossistemas naturais (art. 225, § 5º).

Verificam-se ainda disposições sobre o meio ambiente espalhadas em outros títulos da Constituição, “demonstrando o caráter transversal das políticas públicas ambientais”. A defesa ambiental é princípio geral da atividade econômica (art. 170), enquanto a utilização adequada dos recursos naturais e a preservação ambiental são requisitos da função social da propriedade (art. 186). Por sua vez, o capítulo dedicado à política urbana consagra o “direito à cidade sustentável”, em implícita referência ao ambiente (arts. 182 e 183)⁴⁵⁸.

Essa proteção ambiental foi inserida na categoria de direitos considerados essenciais à dignidade da pessoa humana, ao lado da educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência e assistência social, que caracterizam o denominado *piso vital mínimo*, a ser necessariamente assegurado pelo Estado Democrático de Direito⁴⁵⁹.

A Constituição Federal de 1988, embora tenha estabelecido os fundamentos

⁴⁵⁶ MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 129.

⁴⁵⁷ Sarlet e Fensterseifer sustentam a necessidade de superação da exacerbada concepção antropocêntrica, fundada especialmente no pensamento kantiano, que parte da ideia de que o ser humano não pode ser considerado *simples meio* (objeto) para a satisfação de qualquer vontade alheia, devendo ser tomado *como fim em si mesmo* (sujeito) em qualquer relação em face do Estado ou de outros indivíduos. Sustenta, com apoio em Martha Nussbaum, que essa atribuição de um valor intrínseco a cada existência humana, demarcando o respeito à sua condição de sujeito “não deve, em princípio, ser limitada apenas à vida humana, mas ter o seu espectro ampliado para contemplar também outras formas de vida”, atribuindo-lhes um valor próprio e não meramente instrumental. Criticando igualmente a concepção de animal-máquina de Descartes, invoca Hans Jonas para sustentar a transcendência e espiritualidade da base da própria vida, independentemente da etapa evolutiva integrada pelo homem, e acrescenta algumas notas sobre a denominada “ética animal”, também com apoio em Jonas, além de Peter Singer e Tom Regan (SARLET; FENSTERSEIFER, op. cit., p. 64-75).

⁴⁵⁸ OMOTO, op. cit., p. 66

⁴⁵⁹ FIORILLO, op. cit., p. 56-57.

dessa nova conformação do direito ambiental, não demandou a inteira renovação da ordem legal infraconstitucional, porque encontrou ressonância na legislação ambiental editada antes da sua vigência e por ela recepcionados, especialmente a Lei nº 6.938/1981, que definiu a Política Nacional do Meio Ambiente, e a Lei nº 7.347/1985, que instituiu Ação Civil Pública para a tutela de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Da Lei nº 6.938/1981 extrai-se a definição jurídica de meio ambiente delineada no seu art. 3º, inciso I, como “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”. A teor do que determina o art. 225 da Constituição, essa tutela da vida em todas as suas formas deve ser conjugada com o postulado da exigência de que o meio ambiente deve ser ecologicamente equilibrado, “ou seja, restou assegurado o direito à vida relacionado com o meio, com o recinto, com o espaço em que se vive”⁴⁶⁰.

Ao estabelecer a Política Nacional do Meio Ambiente, a Lei nº 6.938/1981 já havia erigido a dignidade da pessoa humana a um de seus objetivos, ao lado da preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida. Igualmente já inseria entre seus objetivos a criação de condições ao desenvolvimento socioeconômico e aos interesses da segurança nacional (art. 2º). Para tanto, já albergava como princípios, entre outros, a manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido para o uso coletivo; a racionalização do uso do solo, do subsolo, da água e do ar; o planejamento e fiscalização do uso dos recursos ambientais; a proteção dos ecossistemas; o controle e zoneamento das atividades potencial ou efetivamente poluidoras; a recuperação de áreas degradadas e a educação ambiental em todos os níveis de ensino (art. 2º, I a X).

Igualmente se extrai da Lei nº 6.938/1981 a preocupação com o desenvolvimento sustentado, na medida em que são objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente a compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico, bem como a preservação e restauração dos recursos ambientais com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente, concorrendo para a manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida (art. 4º, V e VI).

Para a consecução de seus objetivos a Lei instituiu, como instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, o estabelecimento de padrões de qualidade ambiental, o zoneamento ambiental, a avaliação de impactos ambientais e o licenciamento de atividades

⁴⁶⁰ Ibidem, p. 54.

efetiva ou potencialmente poluidoras (art. 9º). Paralelamente, criou órgãos que passaram a integrar o Sistema Nacional do Meio Ambiente, como o Conselho Nacional do Meio Ambiente-CONAMA, dotado, entre outras, da prerrogativa de estabelecer normas e critérios para o licenciamento de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras (arts. 7º e 8º).

O inciso VII do art. 4º da Lei nº 6.938/1981 já contemplava os princípios do *poluidor-pagador* e do *usuário-pagador*, impondo ao poluidor a obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e exigindo do usuário dos recursos naturais a contribuição pela sua utilização econômica. Também se colhe da do seu art. 14, § 1º, a previsão da responsabilidade, independentemente da existência de culpa, pela indenização ou reparação dos danos causados ao meio ambiente (art. 14, § 1º). Via de consequência, desde então se afasta a investigação e a discussão da culpa, embora não se prescindia do nexo causal entre o dano e a ação ou omissão⁴⁶¹.

No aspecto processual, é marco da proteção ambiental a Lei nº 7.347/1985, que instituiu a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Conjugam-se a proteção da LACP, por força das disposições de seu artigo 21, com as regras estabelecidas pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990).

Antes da Lei de Ação Civil Pública, a legislação era incipiente no que se refere à tutela processual do meio ambiente. Embora a Lei nº 6.938/1981 tivesse atribuído ao Ministério Público a prerrogativa de ajuizar ação para constranger o poluidor a indenizar ou a reparar os danos ao meio ambiente, independentemente de culpa, foi somente depois com o advento da Lei nº 7.347/1985 que os seus legitimados, especialmente o Ministério Público, começaram efetivamente a propor medidas judiciais para defesa do meio ambiente⁴⁶².

A tutela ambiental, entretanto, somente alcançou a sua plenitude a partir da Constituição de 1988. Ademais de preservar a legitimação para a ação civil pública, a Constituição alargou o objeto da ação popular, admitindo-a também para anular atos lesivos à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural⁴⁶³. Especialmente, a Constituição conferiu ao Ministério Público a dimensão institucional suficiente para a sua afirmação como o principal agente da tutela ambiental, mediante o manejo da ação civil pública ou por meio da sua atuação extrajudicial, possibilitada pela utilização do Inquérito Civil Público e pela celebração de Termos de Ajustamento de Conduta.

⁴⁶¹ MAZZILLI, 2012, op. cit., p. 160.

⁴⁶² Ibidem, p. 157-158.

⁴⁶³ Ibidem, p. 158.

Parece, com efeito, que o impulso definitivo para se elevar a proteção ambiental ao patamar atual amparou-se fundamentalmente na constitucionalização dos preceitos materiais já albergados pela legislação ordinária, aliada a essa nova dignidade constitucional atribuída ao Ministério Público.

Noutro aspecto, a nova Constituição foi promulgada precisamente na segunda metade da década de 1980, período em que a preservação ambiental foi alçada a posição de relevância internacionalmente, como espelha o Relatório Brundtland, de 1987, produzido pela Comissão constituída pela ONU em 1983, para dar seguimento às questões ambientais examinadas na Conferência de Estocolmo de 1972. O período foi também marcado por alguns dos maiores desastres ambientais da história, como o vazamento de gases tóxicos da fábrica da Union Carbide em Bophal em 1984, o acidente nuclear de Chernobil em 1986 e o vazamento de petróleo do navio Exxon Valdez na Costa do Alasca em 1989.

No Brasil, a questão ambiental também ganhou relevância na mesma década, a partir do movimento ambientalista impulsionado, entre outros, por José Lutzemberger, e cuja visibilidade foi realçada pelo assassinato do ativista Chico Mendes em 1988 e pela realização da conferência sobre o meio ambiente no Rio de Janeiro em 1992. O período também coincidiu com a grande repercussão internacional do desmatamento da Amazônia.

3.2.3.2 Princípios do direito ambiental

O Direito Ambiental se fundamenta em alguns *princípios* que permitem a formulação de uma política ambiental segundo critérios de justiça e equidade. Tratam-se dos *princípios da precaução e prevenção, da participação em sentido amplo, do poluidor-pagador e da responsabilidade*. Padrões juridicamente vinculantes, esses princípios fundamentam as regras e influenciam a sua interpretação e aplicação e especialmente orientam as ações do Estado em matéria ambiental. Nos termos da teoria dos direitos fundamentais de Alexy, “constituem um feixe de posições jurídicas” que formatam um direito fundamental completo e que se aproxima do conceito de *direito ao desenvolvimento sustentável*⁴⁶⁴.

Os princípios da *prevenção* e da *precaução* orientam as ações incidentes sobre o meio ambiente para evitar a criação de poluições e perturbações nas suas origens. O

⁴⁶⁴ OMOTO, op. cit., p. 83-84, 87.

princípio da *precaução* aplica-se às situações de risco elevado, nas quais a atividade pode provocar degradação irreversível ou quando seus benefícios são desproporcionais ao impacto negativo ao ambiente. Adota-se a premissa de que a dúvida deve ser solvida em benefício do ambiente, de sorte que a ameaça deve ser reduzida, ainda que ausente a certeza decorrente de prova científica da relação de causalidade entre a atividade e os efeitos⁴⁶⁵. Aplica-se, portanto, quando as informações científicas são insuficientes e se constatarem indicações de que os possíveis efeitos sobre o ambiente são “potencialmente perigosos e incompatíveis com o nível de proteção escolhido”⁴⁶⁶. O *princípio da prevenção*, por sua vez, tem como objetivo impedir a reiteração de atividades reconhecidamente perigosas ao ambiente. Orienta a atuação preventiva, possibilitando “o alargamento do campo de atuação do Direito Ambiental, constituindo um dos melhores mecanismos para a gestão dos riscos”. Implica a utilização de instrumentos de gestão e de política ambiental. Assim, a *prevenção* visa a inibir riscos concretos ou potenciais, visíveis e previsíveis, enquanto a *precaução* é dirigida ao risco abstrato, de difícil visualização e previsão⁴⁶⁷.

Os princípios do *usuário-poluidor* e da *responsabilização* aplicam-se especialmente em face da ocorrência do dano, quando falharem as medidas de precaução e prevenção, embora reflexamente possam atuar para evitar a degradação ambiental.

O princípio do *usuário-pagador*, que engloba o do *poluidor-pagador*, tem por seu primeiro pressuposto que os custos necessários para tornar possível a utilização dos recursos naturais, bem como os custos dela decorrentes, devem ser suportados por aqueles que os utilizam. Sob esse aspecto, o princípio tem por finalidade evitar que esses custos sejam diretamente suportados pelo Estado ou por terceiros, embora se admita que sejam eles incorporados aos custos de produção e repassados aos consumidores. Na sua vertente de *poluidor-pagador*, o princípio obriga o causador da degradação ambiental a indenizar ou reparar o dano⁴⁶⁸. Enquanto a responsabilidade atribuída ao *usuário-pagador* constitui mera indenização pelo uso dos recursos naturais, independentemente de qualquer ilicitude, o dever de indenização ou reparação do *poluidor-pagador* depende da constatação da ocorrência da degradação e do nexo de causalidade, ainda que se trate de responsabilidade objetiva.

Embora se apliquem diretamente em face da ocorrência do dano, os princípios do *poluidor-pagador* e do *usuário-pagador* visam igualmente à precaução e à prevenção de degradação ambiental, ao mesmo tempo em que atuam como instrumento de

⁴⁶⁵ Ibidem, p. 85-86.

⁴⁶⁶ MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005., p. 769.

⁴⁶⁷ OMOTO, op. cit., p. 85-86.

⁴⁶⁸ MACHADO, op. cit., p. 66.

redistribuição dos custos da poluição, na medida em que objetivam reduzir as denominadas externalidades negativas. Ao preconizar a internalização dos custos, induzem a maior cautela em face de situações de risco ambiental⁴⁶⁹.

Por sua vez, pelo princípio da *responsabilidade*, sujeitam-se os responsáveis pelo descumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos danos causados pela degradação ambiental a penalidades de natureza administrativa e civil, independentemente da existência de culpa, e criminal, em caso de culpa ou dolo. Afirma-se que se trata princípio que atua como um elemento reconstrutor do sistema concebido para a criação de um estado de segurança para a coletividade e que havia sido rompido pelo dano ambiental⁴⁷⁰.

Informam ainda o direito ambiental, entre outros, os correlatos princípios da informação e da participação, ambos agasalhados pela Declaração do Rio de 1992⁴⁷¹. Conforme Omoto, a participação democrática, típico direito da postulada quarta geração dos direitos, parece afigurar-se a “chave para a implantação do novo paradigma ambiental, cuja formulação é fundamental para a consecução dos fins preconizados pelo Estado de Direito Ambiental”. A participação tem por finalidade a construção de uma cidadania moderna, informada e proativa, indispensável em face da responsabilidade solidária e participativa atribuída ao Estado e à sociedade relativamente à preservação do meio ambiente. A participação mais se afigura relevante, na medida em que o direito ao desenvolvimento é eminentemente *procedimental*. A possibilidade da participação democrática alarga-se assim por meio de instrumentos como a ampliação dos legitimados para a propositura de ações constitucionais e coletivas, permissão de intervenção em processo como *amicus curiae* e realização de consultas ou audiências públicas em procedimentos judiciais e extrajudiciais. O direito à informação, por sua vez, ademais de pressuposto do Estado Democrático de Direito, “é indispensável para a garantia de uma participação qualificada”⁴⁷².

⁴⁶⁹ OMOTO, op. cit., p. 86-87. Conforme refere o autor, “externalidade diz respeito aos efeitos que determinada atividade econômica causa sobre sistemas externos a ela, gerando custos cuja internalização, pela impossibilidade de serem medidos, se torna impossível” [...] “As *externalidades* podem ser positivas ou negativas, dependendo da maneira como afetam os sistemas externos, sendo que, num ou noutro caso, devido às dificuldades de valoração econômica, não são consideradas nos custos dos produtos, pois não são passíveis de contabilização. Assim, ‘no preço do bem colocado no mercado não estão incluídos os ganhos e as perdas sociais resultantes de sua produção ou consumo’”.

⁴⁷⁰ Ibidem, p. 86-87.

⁴⁷¹ MACHADO, op. cit., p. 94-106.

⁴⁷² OMOTO, op. cit., p. 15, 58-59, 83-84, 154.

3.2.3.3 Meio ambiente como bem de uso comum do povo

A consagração constitucional do meio ambiente ecologicamente equilibrado como bem de uso comum do povo revela que a proteção ambiental tem fundamento no interesse coletivo ou social, fundamental para a consecução de um objetivo de bem-estar comum, embora afigure-se também imprescindível para o desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo⁴⁷³.

O art. 225 da Constituição delimita também a natureza jurídica do interesse ambiental, tornando-o insuscetível de se constituir objeto de relação jurídica que leve à possibilidade do exercício de prerrogativas individuais ou coletivas típicas do direito de propriedade, como as de gozo, disposição, ou destruição. Vedada, portanto, a livre utilização ou disposição do bem ambiental, o que afasta a sua absoluta compatibilidade com o direito de propriedade⁴⁷⁴. O próprio Estado deixa de ostentar a condição de proprietário dos bens ambientais e passa a figurar como um gestor que administra bens que não lhe pertencem⁴⁷⁵, porque insuscetíveis de apropriação, no sentido clássico do direito de propriedade.

Assim, dos poderes atrelados ao direito de propriedade, na concepção clássica derivada do direito liberal clássico, subsiste em relação ao bem ambiental única e exclusivamente o de seu uso comum pelo povo, peculiaridade que define a sua natureza. Trata-se, ademais, de uso que se orienta pela nova concepção derivada da Constituição Federal de 1988, que elege a dignidade da pessoa humana como seu mais importante fundamento, ainda que elaborada na ordem econômica do capitalismo e com a finalidade de “atender as relações de consumo, mercantis e outras importantes relações destinadas à pessoa humana”⁴⁷⁶.

3.2.3.4 O meio ambiente como direito das gerações futuras

Ao estipular ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente para a presente e futuras gerações, a Constituição atribui à atual geração a responsabilidade de deixar como legado “pelo menos condições ambientais tendencialmente idênticas do que aquelas recebidas das gerações passadas”. Via de consequência, a atual geração está impedida de alterar negativamente as condições

⁴⁷³ DERANI, op. cit., p. 247.

⁴⁷⁴ FIORILLO, op. cit., p. 58.

⁴⁷⁵ MACHADO, op. cit., p. 131.

⁴⁷⁶ FIORILLO, op. cit., p. 65.

ecológicas⁴⁷⁷, proibição que se ampara também no princípio da vedação do retrocesso socioambiental, sem prejuízo do dever de melhoria progressiva da qualidade ambiental.

Assim sendo, e considerando toda a degradação já causada, inclusive pela atual geração, a responsabilidade com a vida no futuro impõe ao Estado o dever de assegurar a manutenção do rigor das normas que visam a obstar práticas poluidoras, assim como de aperfeiçoar essa proteção⁴⁷⁸. Essa atribuição impositiva no âmbito legislativo é evidentemente acompanhada de igual dever estatal na sua função administrativa de regular, fiscalizar e fomentar a preservação ambiental.

3.2.3.5 A dignidade da pessoa humana como fundamento do meio ambiente sustentável

A dignidade da pessoa humana constitui “uma noção histórico-cultural em permanente transformação quanto ao seu sentido e alcance”, um conceito em contínuo processo de reconstrução e consequentemente aberto aos influxos da vida social, econômica, política e cultural⁴⁷⁹.

Atualmente, o conteúdo do conceito de dignidade da pessoa humana abrange inequivocamente os valores ecológicos, o que leva à “indispensabilidade de um patamar mínimo de qualidade ambiental para a concretização da vida humana em níveis dignos”. Exige-se, portanto, um padrão ecológico mínimo como limite para a preservação do núcleo essencial da vida e da dignidade humana⁴⁸⁰.

Fiel a essa concepção, a atual Constituição, além de estabelecer a dignidade da pessoa humana como fundamento do nosso Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, III), estipulou o meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental e essencial à sadia qualidade de vida⁴⁸¹. Impensável conceber-se a vida com dignidade e com saúde senão sustentada em um ambiente natural saudável e equilibrado, de sorte que *sadia qualidade de vida* a que se refere a Constituição somente pode ser assegurada nos limites de padrões ecológicos mínimos⁴⁸². Nesse sentido, afirma-se que “ter uma sadia qualidade de vida é ter um meio ambiente não-poluído”⁴⁸³.

A preservação ambiental como conteúdo da dignidade da pessoa humana,

⁴⁷⁷ SARLET; FENSTERSEIFER, op. cit., p. 227-228.

⁴⁷⁸ Ibidem, p. 227-228.

⁴⁷⁹ Ibidem, p. 40-41.

⁴⁸⁰ Ibidem.

⁴⁸¹ FIORILLO, op. cit., p. 85.

⁴⁸² SARLET; FENSTERSEIFER, op. cit., p. 41.

⁴⁸³ MACHADO, op. cit., p. 131.

portanto, demanda a busca do *equilíbrio ecológico*, ou seja, aquele estabelecido entre os diversos elementos que constituem um ecossistema, consideradas suas cadeias tróficas, a vegetação, a fauna, o clima, o solo, o ar, a água, ambiente que pode ser desestabilizado pelas múltiplas formas de ação humana⁴⁸⁴.

O equilíbrio ecológico evidentemente não implica a permanente imutabilidade do meio ambiente natural, nem tampouco ausência de interferência humana. Como refere Machado, o objetivo de se alcançar o equilíbrio ecológico exige que se busque e promova “a harmonia ou a proporção e a sanidade entre os vários elementos que compõem a ecologia”⁴⁸⁵. Assim sendo, e considerando-se que a dignidade da pessoa humana não se resume à fruição de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, exige-se que a relação humana com a natureza se proceda em “caráter de interação e complementaridade”, o que implica “admitir que o homem utilize os recursos naturais para sua própria sobrevivência”⁴⁸⁶.

3.2.4 Atribuição Estatal de Preservação do Meio Ambiente

O art. 23, VI, da Constituição Federal estabelece que é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios *proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas*. Por sua vez, o art. 225 atribui à coletividade e ao Poder Público os deveres de preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais, bem como a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País; definir espaços territoriais e seus componentes especialmente protegidos; exigir estudo prévio de impacto ambiental para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora degradação ambiental; e proteger a fauna e a flora de práticas que as coloquem em risco e promover a educação ambiental e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente.

Esse dever de proteção do ambiente constitui um compromisso político e jurídico-constitucional assumido por todos os entes estatais, com a finalidade de tutelar e garantir uma *vida digna e saudável* aos indivíduos e grupos sociais, mediante a promoção da realização dos seus direitos fundamentais. A implementação dessas liberdades e garantias fundamentais pressupõe uma ação positiva do Poder Público, para remover eventuais obstáculos de ordem econômica, social e cultural que impeçam o pleno desenvolvimento da pessoa humana. Por conseguinte, todos os Poderes Estatais, inclusive aqueles que exercem as

⁴⁸⁴ Ibidem, p. 130.

⁴⁸⁵ Ibidem, p. 130.

⁴⁸⁶ FIORILLO, op. cit., p. 84.

funções essenciais à Justiça estão constitucionalmente obrigados a atuar com a finalidade de obter a maior eficácia e efetividade dos direitos e deveres fundamentais socioambientais⁴⁸⁷.

Fiel a esses objetivos, a Lei Complementar nº 140/2011, regulamentando o art. 23 da Constituição, fixou normas para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os municípios relativamente à competência comum para a proteção ambiental.

Mas talvez a mais eficiente forma de intervenção do Estado na atividade econômica, motivada pela perspectiva da preservação ambiental e do desenvolvimento sustentável, resida na exigência de licença ambiental e, especialmente, de estudo de impacto ambiental, para a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de degradação do meio ambiente (art. 225, IV).

Consagrada na Declaração do Rio de 1992 como instrumento indispensável para se atingir o desenvolvimento sustentável⁴⁸⁸, a avaliação de impacto ambiental é efetivamente mecanismo eficaz, especialmente em razão da exigência de que a análise ecológica, social e econômica seja procedida “em seu aspecto prospectivo, levando-se em conta as gerações futuras.”⁴⁸⁹

Conforme referem Sarlet e Fensterseifer, o *estudo prévio de impacto ambiental* é, no plano normativo, exemplo em que o Estado cumpriu seu dever de disponibilizar um instrumento para a realização do marco socioambiental, nos termos do art. 225, § 1º, IV, da CF/88, do art. 10 da Lei 6.938/1981 e da Resolução 237/97 do CONAMA. Trata-se de um “mecanismo jurídico de ajuste e regulação da atividade econômica”, ao mesmo tempo em que constitui um “*dever fundamental* que limita o direito de propriedade e a livre iniciativa dos agentes econômicos privados, conformando o seu comportamento ao princípio constitucional do desenvolvimento sustentável”⁴⁹⁰.

3.2.5 Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável

As bases teóricas do que se conhece atualmente como desenvolvimento sustentável foram estabelecidas pelo Relatório Brundtland, elaborado em 1987 pela Comissão Mundial Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento instalada pela ONU, e que razoavelmente conseguiu “estabelecer entre os países desenvolvidos e em desenvolvimento uma proposta conciliadora entre crescimento econômico e proteção ambiental”. A partir de então, o

⁴⁸⁷ SARLET; FENSTERSEIFER, op. cit., p. 186, 226-227.

⁴⁸⁸ OMOTO, op. cit., p. 89.

⁴⁸⁹ MACHADO, op. cit., p. 244.

⁴⁹⁰ SARLET; FENSTERSEIFER, op. cit., p. 109-110.

princípio de *desenvolvimento sustentável*, definido no Relatório Brundtland como “aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem às suas necessidades”, foi incorporado à agenda ambiental internacional⁴⁹¹, perpassando inclusive toda a Conferência Mundial do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento realizada em 1992⁴⁹².

De acordo com o Relatório Brundtland, o bem-estar da humanidade depende de uma nova ética global para o desenvolvimento, o que implica considerar não apenas os aspectos econômicos, mas também os aspectos sociais, culturais e políticos. A orientação dos investimentos, o desenvolvimento tecnológico, a exploração dos recursos naturais e as práticas políticas das nações devem ser assim procedidas de acordo como as necessidades das presentes e das futuras gerações⁴⁹³. Com a finalidade de promover o desenvolvimento sustentável, preconizou-se a adoção de uma série de medidas, entre as quais a preservação da biodiversidade e dos ecossistemas, a garantia de recursos básicos em longo prazo, a diminuição do consumo de energia e desenvolvimento de tecnologias com uso de fontes energéticas renováveis, o controle da urbanização desordenada e o atendimento das necessidades básicas de saúde, educação e moradia.

Por sua vez, a Declaração do Rio, considerando que a pessoa humana está no “centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável e têm direito a uma vida saudável, produtiva e em harmonia com a natureza” e que os seus direitos devem ser exercidos de modo a permitir que sejam atendidas as necessidades das gerações presentes e futuras, concluiu que a proteção ambiental deverá integrar o processo de desenvolvimento. Com fundamento no trinômio desenvolvimento econômico, equidade social e proteção ambiental, preconizou, entre outras medidas, que o desenvolvimento sustentável exige a cooperação de todos os Estados e indivíduos na tarefa de erradicar a pobreza, para que a redução das disparidades de padrões de vida permita a conservação, a proteção e a restauração da saúde e da integridade do ecossistema⁴⁹⁴.

Reputa-se assim consagrado o *princípio do desenvolvimento sustentável*, reconhecendo-se os vínculos entre o direito ao desenvolvimento e o direito ao meio ambiente, o que implica o desafio da melhoria da qualidade de vida, do bem-estar e da proteção do meio ambiente como síntese do resultado de “uma construção histórica que levou ao

⁴⁹¹ FIORILLO, op. cit., p. 85.

⁴⁹² MACHADO, op. cit., p. 244. Conforme refere Omoto, a expressão “desenvolvimento sustentável” foi mencionada em 12 dos 27 princípios da Declaração do Rio de 1992 (OMOTO, op. cit., p. 88).

⁴⁹³ OMOTO, op. cit., p. 88.

⁴⁹⁴ Ibidem.

reconhecimento da indivisibilidade e interdependência entre direitos humanos, meio ambiente e desenvolvimento, conectando normativamente aspectos políticos, econômicos e sociais”. Subjaz ao princípio “a solidariedade entre as gerações atuais e entre essas e as gerações futuras, além da solidariedade internacional, exigindo uma mudança de paradigma face ao tradicional sistema de economia capitalista”⁴⁹⁵.

Os aspectos econômico, social e ambiental constituem os três pilares centrais que integram e dão suporte à noção de *desenvolvimento sustentável*, os quais teriam sido contemplados pela Constituição por meio da confluência do objetivo de erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais (art. 3º, I e III), do estabelecimento de uma ordem econômica sustentável (art. 170, VI) e do dever de tutela ecológica atribuído ao Estado e à sociedade (art. 225)⁴⁹⁶.

Nesse contexto, embora o sentido mais utilizado da expressão *desenvolvimento sustentável* vincule-se ao uso racional dos recursos naturais⁴⁹⁷, é significativamente mais amplo o seu significado e o seu alcance.

Para Sarlet e Fensterseifer, com apoio em Mateo, o conceito de *desenvolvimento sustentável* ultrapassa a mera harmonização entre a economia e a ecologia, incluindo valores morais relacionados à solidariedade, “o que indica o estabelecimento de uma nova ordem de valores que devem conduzir a ordem econômica rumo a uma produção social e ambientalmente compatível com a dignidade de todos os integrantes da comunidade político-estatal”. A solidariedade, inclusive na sua inerente dimensão intergeracional, implica uma relação entre *direitos e deveres*⁴⁹⁸.

Noutro aspecto, como lembra Omoto, a Declaração do Rio ratificou que a participação democrática nos processos decisórios, precedida do adequado acesso de todos os cidadãos às informações relativas ao meio ambiente, é fundamental para atingir-se o desenvolvimento sustentável. Reconheceu-se, por exemplo, que os povos indígenas e outras comunidades têm papel fundamental no gerenciamento ambiental e no desenvolvimento, em razão de seus conhecimentos e práticas tradicionais. Constitui dever do Estado reconhecer e apoiar a identidade e a cultura desses povos e comunidades e proporcionar condições para a

⁴⁹⁵ Ibidem, p. 89-90.

⁴⁹⁶ SARLET; FENSTERSEIFER, op. cit., p. 45. Conforme refere Omoto, o conceito do tripé é contestado, porque a preservação ambiental seria a base, sem a qual poderia haver economia ou bem-estar social (OMOTO, op. cit., p.93).

⁴⁹⁷ FIORILLO, op. cit., p. 86. O uso sustentável é legalmente definido como a “exploração do ambiente de maneira a garantir a perenidade dos recursos ambientais renováveis e dos processos ecológicos, mantendo a biodiversidade e os demais atributos ecológicos, de forma socialmente justa e economicamente viável” (Lei nº 9.985/2000, art. 2º, XI).

⁴⁹⁸ SARLET; FENSTERSEIFER, op. cit., p. 110-111.

sua participação no processo de desenvolvimento sustentável⁴⁹⁹.

Exige-se ainda, além de uma “compreensão integrada do regime jurídico dos *direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais*”, que esses eixos sejam considerados de forma isonômica e equilibrada, renunciando-se a qualquer prévia hierarquização, porque é do conjunto desses direitos que decorre a promoção da almejada existência digna⁵⁰⁰.

Particularmente no que se refere à realidade brasileira, as políticas de sustentabilidade devem reconhecer alternativas viáveis para o uso racional dos recursos naturais, para que a preservação ambiental e o desenvolvimento econômico e social possam coexistir equilibradamente. Essa proposta de sustentabilidade implica o uso racional do potencial tecnológico, orientado para a preservação dos recursos naturais, aliado à finalidade de melhoria das condições de vida da população, reconhecida a sua diversidade cultural⁵⁰¹.

Considerando, entretanto, a natural tensão dialética entre o objetivo da proteção ambiental e o desenvolvimento econômico, a opção por uma perspectiva socioambiental deve ser procedida em articulação com os objetivos da Ordem Econômica, também albergados pela ordem constitucional e que lhe conferem a concepção que parcela da doutrina denomina Constituição Econômica⁵⁰².

Essa configuração do princípio do desenvolvimento sustentável, aliada a conformação constitucional do direito de propriedade e da livre iniciativa, leva Sarlet e Fensterseifer a postular a desmistificação da “perspectiva de um capitalismo liberal-individualista em favor dos valores e princípios constitucionais socioambientais”, na medida em que a ordem econômica constitucional “expressa uma opção pelo que se poderia designar de um capitalismo socioambiental (ou economia socioambiental de mercado), capaz de compatibilizar a livre iniciativa, a autonomia e a propriedade privada com a proteção ambiental e a justiça social”⁵⁰³.

Via de consequência, o Estado *Socioambiental* de Direito deve ser um Estado regulador da atividade econômica pública e privada, que deve ser dirigida e ajustada aos valores e princípios que regem o desenvolvimento sustentável⁵⁰⁴.

Pode-se afirmar que a ordem constitucional brasileira vigente assim procedeu, ao acolher os princípios do desenvolvimento sustentável, implícita ou

⁴⁹⁹ OMOTO, op. cit., p. 88-89.

⁵⁰⁰ SARLET; FENSTERSEIFER, op. cit., p. 111-112.

⁵⁰¹ FIORILLO, op. cit., p. 86.

⁵⁰² SARLET; FENSTERSEIFER, op. cit., p. 107-108.

⁵⁰³ SARLET; FENSTERSEIFER, op. cit., p. 108-109.

⁵⁰⁴ Ibidem.

explicitamente, em diversos de seus dispositivos. Enquanto o artigo 225, *caput*, impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, o artigo 170 insere a função social da propriedade, a defesa do meio ambiente e a redução das desigualdades regionais e sociais como princípios da atividade econômica. A função social da propriedade, por sua vez, é exigência do artigo 5º, inciso XXIII, e considera-se cumprida, relativamente aos imóveis rurais, quando atende, entre outros, os critérios do aproveitamento racional e adequado, a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente (art. 186). No que se refere aos imóveis urbanos, a função social é reputada satisfeita quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor (art. 182), o que evidentemente implica cumprimento das normas de preservação ambiental. O § 1º do art. 174 implicitamente menciona o desenvolvimento sustentável, ao afirmar que a lei deverá estabelecer as bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, de acordo com os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

3.2.6 Tutela Judicial do Interesse Ambiental

O interesse ambiental é interesse difuso por excelência, embora a sua proteção possa ser procedida também no âmbito de ações destinadas à tutela de interesses coletivos *stricto sensu* e de interesses individuais homogêneos. Reflexamente, a sua tutela pode ser mesmo procedida em ações individuais. A tutela do interesse ambiental, todavia, somente pode alcançar a sua plena efetividade quando procedida no âmbito de ações coletivas destinadas a amparar interesses coletivos e, especialmente, os difusos, como sucede com a ação civil pública, a ação popular e o mandado de segurança coletivo.

3.2.6.1 Tutela judicial coletiva dos interesses transindividuais

As ações coletivas, concebidas para a tutela dos interesses transindividuais, representam significativo avanço na efetividade e na universalização do acesso à Justiça, possibilitando a proteção de direitos ao desamparo das vias ordinárias de tutela, ao mesmo tempo em que evitam a multiplicação de demandas idênticas⁵⁰⁵.

Conforme anota Appio, a opção constitucional pela proteção dos bens de natureza transindividual tem a dupla finalidade de assegurar o amplo acesso à Justiça e de

⁵⁰⁵ As ações coletivas são reputadas ações de natureza constitucional, o que implica considerá-las a partir de fundamentos também constitucionais, intimamente ligados à noção de cidadania (SANTOS, Christianine Chaves. *Ações coletivas & coisa julgada*. Curitiba: Juruá, 2004. p. 132-134).

garantir “a integridade de bens indispensáveis ao desenvolvimento nacional e à qualidade de vida dos cidadãos”. Por conseguinte, a definição dos interesses tuteláveis pelas ações coletivas *lato senso*, ademais de contemplar a *perspectiva subjetivista*, com o foco na ampliação da cidadania, permitindo o acesso à justiça para parcelas excluídas da população, considera ainda uma *perspectiva objetivista*, que atribui relevância ao bem jurídico intrinsecamente considerado⁵⁰⁶.

Contudo, a tutela destes interesses difusos e coletivos demanda a construção de institutos adequados às suas características, porque a eles não se adequam diretamente todos os conceitos clássicos aplicáveis aos direitos individuais de primeira e segunda gerações. É compreensível, pois, que o arcabouço jurídico vigente, que foi concedido para tutelar direitos individuais, necessite de significativas alterações para albergar as novas formas de demandas.

Noutro aspecto, considerado especialmente o aspecto político subjacente aos interesses difusos⁵⁰⁷, alerta a doutrina nacional para os perigos de uma exagerada ampliação das possibilidades da intervenção jurisdicional nas atribuições do Poder Executivo, especialmente no que se refere aos atos discricionários, embora anotadas as ressalvas de que nenhum ato é puramente discricionário e que será ele sempre vinculado no que se refere à competência e à finalidade⁵⁰⁸. Pondera-se, de outro lato, a relevância do “papel de *juiz ativo* no plano da jurisdição coletiva, quanto mais não seja pela circunstância de a eficácia do julgado apresentar-se potencializada, projetando-se *ultra partes* ou mesmo *erga omnes*”⁵⁰⁹.

Afirma-se assim que se trata de buscar um “ponto de *razoabilidade-proporcionalidade*”, que exigiria do juiz uma postura dotada simultaneamente de prudência e de coragem, em face da usual constatação da colisão de valores igualmente relevantes⁵¹⁰.

3.2.6.2 A natureza dos interesses transindividuais

Para Mazzilli, os *interesses transindividuais*, ou interesses coletivos em sentido lato, são aqueles compartilhados por grupos, classes ou categorias de pessoas e estão situados em uma posição intermediária entre o *interesse público* e o *interesse privado*, porque ultrapassam o âmbito estritamente individual, mas não chegam propriamente a constituir

⁵⁰⁶ APPIO, op. cit., p. 38-42.

⁵⁰⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 7. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 121.

⁵⁰⁸ MAZZILLI, 2012, op. cit., p. 141.

⁵⁰⁹ MANCUSO, op. cit., p. 282.

⁵¹⁰ Ibidem, p. 283-284.

interesse público⁵¹¹.

Bellinetti, após conceituar o *interesse público primário* como aquele “identificado com o interesse da coletividade como um todo, o interesse do bem geral, capaz de concretizar as aspirações legítimas de um povo”, afirma que os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos “são irmãos consanguíneos do interesse público primário, já que não há como promovê-lo sem o respeito àqueles interesses”. Anota que a diferença entre eles é que o interesse público primário é considerado sob a perspectiva do Estado, enquanto os interesses coletivos *lato sensu* são vistos na perspectiva da sociedade e dos grupos sociais⁵¹².

De acordo com Mancuso, os interesses podem ser visualizados numa ordem escalonada de coletivização, em razão de planos distintos de titularização, ou seja, são ordenados pelo critério de sua atribuição a um número maior ou menor de sujeitos. Nesse enfoque, evolui-se do *interesse individual*, suscetível de fruição pelo indivíduo isoladamente considerado, passando pelo *interesse social*, identificado com os interesses pessoais do grupo como pessoa jurídica. Adiante, na escala crescente de coletivização, encontra-se o *interesse coletivo*, “que depassa as esferas anteriores, mas se restringe a valores concernentes a grupos sociais ou categorias bem definidos”. No grau seguinte situa-se o *interesse geral e público*, “referido primordialmente à coletividade representada pelo Estado se exteriorizando em certos padrões estabelecidos, ou *standards* sociais, como bem comum, segurança pública, saúde pública”. Encimando a escala, o *interesse difuso* tem uma dimensão coletiva ainda mais abrangente, porque se refere a bens de conteúdo fluido, como qualidade de vida, e se notabiliza pelo alto índice de desagregação ou *atomização*, que lhe permite referir-se “a um contingente indefinido de indivíduos e a cada qual deles, ao mesmo tempo”. Ao contrário do interesse geral ou público, o interesse difuso não concerne primordialmente ao cidadão e ao Estado, mas “ao homem, à nação, à percepção do justo”⁵¹³.

Oportuna ainda a advertência de Mancuso de que o “interesse individual e o interesse coletivo não podem ser concebidos, a priori, em termos absolutamente antinômicos ou excludentes e sim tomando-se como parâmetro o aspecto ou o caráter que neles é predominante”. Assim, *interesse individual* é aquele que precipuamente refere-se às necessidades do indivíduo, embora de seu exercício possa resultar um benefício coletivo. Por sua vez, o interesse coletivo surge precipuamente para o atendimento dos valores referíveis a certas instâncias sociais de configuração corporativa, nada obstando que de sua tutela decorra

⁵¹¹ MAZZILLI, 2012, op. cit., p. 50.

⁵¹² BELLINETTI, 1997, op. cit., p. 130-131.

⁵¹³ MANCUSO, op. cit., p. 87-88.

vantagens para os indivíduos. Em ambos os casos, todavia, os benefícios reflexos não alteram “a essência do objeto definido”⁵¹⁴.

Expostas essas considerações iniciais acerca dos interesses transindividuais ou coletivos *lato senso*, cumpre brevemente analisar as suas características específicas, com mais vagar no que se refere aos interesses difusos e coletivos *stricto senso*.

Embora os interesses individuais homogêneos sejam tratados conjuntamente com os difusos e coletivos, porque a legislação permite a sua tutela coletiva, não se tratam exatamente de interesses transindividuais⁵¹⁵. Os interesses individuais homogêneos são assim típicos interesses individuais, cuja tutela coletiva é permitida pelo ordenamento jurídico, com a finalidade de dar efetividade à tutela jurisdicional. São definidos por Bellinetti como “interesses divisíveis de pessoas determináveis, que o ordenamento permite serem tratados coletivamente, como uma utilidade indivisa, por derivarem de uma origem comum, decorrente de relações jurídicas base que nascem posteriormente à lesão a um bem jurídico protegido por um interesse difuso ou coletivo”⁵¹⁶.

A razão pela qual não se analisará mais detidamente os interesses individuais homogêneos, todavia, é a ausência de maior interesse para o escopo do trabalho, na medida em que parece não se afigurar especialmente relevante a possibilidade da suspensão da execução das medidas judiciais concedidas para a sua tutela, em relação à matéria ambiental, e cuja execução possa causar ameaça ao interesse do Poder Público.

Os interesses coletivos e difusos merecem integral proteção jurisdicional, malgrado a ciência jurídica não tenha ainda dotado o sistema processual de mecanismos especialmente adequados para o atendimento dessa demanda. Definidos como a síntese de interesses individuais, noção que supera igualmente a ideia de interesse pessoal de um grupo organizado e da soma dos interesses individuais dos membros de um grupo, os interesses transindividuais significam “uma utilidade indivisa (não necessariamente indivisível) que pode ser ao mesmo tempo compartilhada por todos os membros do grupo”⁵¹⁷.

Embora os interesses coletivos e os difusos sejam espécies de interesses metaindividuais, afirma Mancuso que os distinguem ao menos duas características específicas. Qualitativamente, o interesse difuso concerne a um universo maior, porque pode

⁵¹⁴ Ibidem, p. 291.

⁵¹⁵ Conforme anota Mancuso, com apoio em Teori Albino Zavascki, “por interesse coletivo, em sentido estrito, deve-se entender aquele concernente a uma dada realidade *coletiva* (v.g., profissão, a categoria, a família), ou seja, o exercício *coletivo* de interesses *coletivos*”, não se afigurando correto assimilar direito coletivo a defesa coletiva de direitos (MANCUSO, op. cit., p. 83-84).

⁵¹⁶ BELLINETTI, 2006, op. cit., p. 666-671.

⁵¹⁷ Ibidem.

abarcam toda humanidade, enquanto a menor amplitude do interesse coletivo decorre da sua adstrição a uma relação-base, a um vínculo jurídico, “o que lhe permite aglutinar-se a grupos sociais ou a certos segmentos definidos”. Sob o aspecto quantitativo, enquanto “o interesse coletivo concerne ao homem em sua projeção corporativa, notadamente no que tange ao seu espaço e desenvolvimento ao interno da sociedade”, o interesse difuso refere-se “ao homem simplesmente enquanto ser humano, independentemente de outras conotações”⁵¹⁸.

Os interesses difusos, entre eles o ambiental, são legalmente definidos como aqueles de “natureza indivisível e de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato” (CDC, art. 81, inciso I).

Analizando a definição legal, Mazzilli adverte que a referência a uma situação fática como o elo comum entre os lesados que compartilhem o mesmo interesse difuso não deve ser entendida no sentido de que essa relação fática não se vincula a uma relação jurídica, mas que a lesão ao grupo não decorrerá diretamente da relação jurídica, mas da situação fática resultante. Aduz que seus titulares não são propriamente pessoas *indeterminadas*, mas pessoas *indetermináveis*⁵¹⁹.

Na síntese de Bellinetti, no que se refere ao aspecto subjetivo dos interesses difusos, “vislumbra-se as características da indeterminação dos membros do grupo ao qual o interesse pertine, bem como a inexistência de relação jurídica base entre tais pessoas”. No que pertine ao aspecto objetivo, está presente a característica da indivisibilidade do bem jurídico, “ou seja, uma única ofensa prejudica a todos e uma solução a todos beneficia”. Em razão dessas características, é possível obter a tutela necessária em uma única ação coletiva. Como exemplos, cita o autor o interesse genérico da população na preservação do meio ambiente em face de poluição das águas e o interesse genérico dos consumidores em não serem submetidos à propaganda enganosa⁵²⁰.

Para Mancuso, ademais das notas básicas da indeterminação dos sujeitos e da indivisibilidade do objeto, os interesses difusos se caracterizam pela intensa litigiosidade interna, “derivada da circunstância de que esses interesses não têm por parâmetro valores a priori consolidados no sistema jurídico, surgindo de escolhas políticas, opções primárias, mutáveis e de largo espectro social, o que enseja a polarização de posições diversas e, não raro, antagônicas”. Notabilizam-se igualmente pela “tendência à transição no tempo e no

⁵¹⁸ MANCUSO, op. cit., p. 86.

⁵¹⁹ MAZZILLI, 2012, op. cit., p. 53. Define assim os interesses difusos como “um feixe ou conjunto de interesses individuais, de objeto indivisível, compartilhados por pessoas indetermináveis, que se encontrem unidas por circunstâncias de fato conexas”.

⁵²⁰ BELINETTI, 2006, op. cit., p. 666-671.

espaço”, porque derivam de situações de fato, contingentes, instáveis e cambiantes. Conclui que esses interesses “constituem a reserva, o arsenal dos anseios e sentimentos mais profundos que, por serem necessariamente referíveis à comunidade ou a uma categoria como um todo, são insuscetíveis de apropriação a título reservado”. Pertencem a todos indistintamente, o que não implica ausência de titularidade, porque a cada indivíduo é atribuído um título para pedir a sua tutela⁵²¹.

Os interesses coletivos, por sua vez, são definidos como “transindividuais, de natureza indivisível⁵²² de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base (CDC, art. 81, inciso I).

Para Bellinetti, os interesses coletivos podem ser caracterizados, sob o aspecto subjetivo, pela existência de relação jurídica base entre os membros do grupo ou com a parte contrária, bem como pela determinabilidade dos membros do grupo. Relativamente ao aspecto objetivo, tal como os interesses difusos, caracterizam-se pela indivisibilidade do bem jurídico. Ressalta o autor a importância de destacar que a relação jurídica base é preexistente à lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico, não se confundindo com a relação jurídica derivada dessa lesão ou ameaça. É precisamente dessa relação jurídica base preexistente que decorre a determinabilidade dos membros do grupo. Essa relação pode ocorrer entre os membros do grupo (sociedade, condomínio) ou entre eles e a parte adversa (contribuintes, alunos de uma escola). É ainda possível se configurar situação em que ambas as relações ocorram, hipótese em que prevalecerá a segunda, por ser mais ampla. No que se refere à relação jurídica derivada da lesão ou ameaça de lesão, ela pertence a interesses individuais, não se confundindo com o interesse coletivo. Acrescenta o autor que “não se trata propriamente de titulares do interesse, mas sim de componentes do grupo ao qual a preservação do interesse coletivo beneficie”. Em razão da indivisibilidade do bem jurídico, não se configura a soma de interesses, mas “circunstância que torna o interesse coletivo mais restrito que o interesse difuso, porque beneficia apenas a uma parcela determinada da sociedade (consistindo na síntese dos interesses dos componentes do grupo) e não a ela difusamente como um todo”. É essa característica que permite que, em uma ação coletiva movida por determinada

⁵²¹ MANCUSO, op. cit., p. 141 e 292.

⁵²² Acerca da nota da indivisibilidade do interesse, cabe a advertência inicial acerca da divergência doutrinária dessa indivisibilidade situar-se na causa de pedir ou nos efeitos da sentença. Como refere Rocha, corrente da doutrina, à qual se vincula, entende que se reputa indivisível apenas os interesses cuja sentença necessariamente beneficie todos os membros de um grupo. Corrente menos restritiva entende que a indivisibilidade reside na causa de pedir, de sorte que situações substancialmente divisíveis são inseridas no conceito de interesse coletivo (ROCHA, Luciano Velasque. *Ações coletivas*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 53-55).

associação, possa ocorrer a proteção de pessoas não pertencentes a essa entidade⁵²³.

Para Mancuso, os interesses coletivos *stricto sensu* e os interesses difusos “estão numa relação de mútua interação”, porque esses últimos podem ocasionalmente assumir “contornos mais nítidos” e passar a apresentar referibilidade a um grupo social determinado ou determinável, caso em que “sofrerão uma mutação em seu estado original”⁵²⁴.

Expostas essas definições, cumpre lembrar a ressalva de Mazzilli de que, sob o aspecto processual, o que caracteriza os interesses transindividuais não é o fato de serem compartilhados por múltiplos titulares unidos pela mesma relação jurídica ou fática. É essencialmente a circunstância de que o ordenamento jurídico reconheceu a necessidade de que o acesso dos lesados à Justiça seja procedido pela via do acesso coletivo, “de modo que a solução obtida no processo coletivo não apenas deve ser apta a evitar decisões contraditórias como, ainda, deve conduzir a uma solução mais eficiente da lide, porque o processo coletivo é exercido em proveito de todo o grupo lesado”⁵²⁵.

Essa é a razão pela qual os interesses individuais homogêneos, embora essencialmente interesses individuais, são erigidos à categoria de interesses transindividuais.

Registre-se ainda a ressalva de Fiorillo de que a específica natureza de um interesse, ou seja, se difuso, coletivo ou individual homogêneo, é determinada pelo tipo de tutela jurisdicional pleiteada. Assim, a reparação de um dano a um bem ambiental, consideradas a indivisibilidade do objeto e a indeterminabilidade dos seus titulares, será sempre *difusa*. Todavia, ao pleitear individualmente a reparação de um dano ambiental, o autor estará formulando pedido *individual*, não se configurando hipótese de tutela do *bem ambiental*, que constituiu a causa de pedir remota da e não o objeto mediato da ação⁵²⁶.

3.2.7 Estudos de Impacto Ambiental

Para assegurar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a Constituição estabelece que incumbe ao Poder Público exigir, na forma da lei, estudo prévio de impacto ambiental, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação ambiental (art. 225, § 1º, IV).

⁵²³ BELINETTI, 2006, op. cit., p. 666-671. Estabelecida essa configuração, define o autor os interesses coletivos “como os transindividuais de natureza indivisível, que sejam concernentes a um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base preexistente”.

⁵²⁴ MANCUSO, op. cit., p. 143.

⁵²⁵ MAZZILLI, 2012, op. cit., p. 50-51.

⁵²⁶ FIORILLO, op. cit., p. 244. Confira-se, nesse sentido, o exemplo de Bellinetti, que demonstra a possibilidade da presença das três espécies de interesses em face de um único dano ambiental, a depender da demanda que poderá ser proposta (BELLINETTI, op. cit., p. 150-152).

O Estudo Prévio de Impacto Ambiental é um dos principais instrumentos da política ambiental e tem a finalidade, inclusive, de estabelecer um juízo de valor sobre a viabilidade do projeto⁵²⁷. Por conseguinte, destina-se não apenas a determinar as cautelas que deverão ser adotadas pelo empreendimento com vistas a minorar ou compensar os impactos ambientais. Pode mesmo concluir pela inviabilidade do projeto, em face da gravidade desses impactos ou de uma desfavorável relação entre seus benefícios econômicos e sociais e a degradação ambiental por ele provocada.

É esse o teor do art. 9º da Lei nº 6.938/1981, que relaciona a avaliação de impactos ambientais como um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, ao lado do estabelecimento de padrões de qualidade ambiental, do zoneamento ambiental e do licenciamento e da revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras⁵²⁸.

As normas gerais para a elaboração das avaliações de impacto ambiental foram estabelecidas por meio de Resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente-CONAMA, no exercício da competência que lhe foi atribuída pela Lei nº 6.938/1981. Considerando, entretanto, a competência concorrente legislativa e administrativa dos três entes políticos relativamente à proteção ambiental, entende-se a edição das normas gerais pelo CONAMA não exclui a competência suplementar dos Estados e Municípios⁵²⁹.

3.2.7.1 Previsões legais de exigência de estudos de impacto ambiental

A Resolução CONAMA nº 001/1986, que estabelece “as definições, as responsabilidades, os critérios básicos e as diretrizes gerais para uso e implementação da Avaliação de Impacto Ambiental”, relaciona algumas atividades que obrigatoriamente estão condicionadas à elaboração de Estudo de Impacto Ambiental e o respectivo Relatório de Impacto Ambiental-RIMA (art. 2º)⁵³⁰.

⁵²⁷ MACHADO, op. cit., p. 224, 243.

⁵²⁸ A Lei nº 6.938/1986 não se refere ao estudo *prévio* de impacto ambiente, porque a exigência de precedência do estudo foi introduzida pioneiramente pelo art. 225 da CF. Conforme anota Machado, a Constituição previu a obrigatoriedade do Estudo Prévio de Impacto Ambiental com a finalidade de assinalar a obrigatoriedade da sua realização previamente ao licenciamento ambiental da obra ou da atividade, diversamente do Estudo de Impacto Ambiental-EIA antes previsto. A finalidade dessa exigência é evitar uma “prevenção falsa ou deturpada”, procedida após o início da implantação da obra ou serviço (MACHADO, op. cit., p. 144-145).

⁵²⁹ MACHADO, op. cit., p. 225.

⁵³⁰ O Estudo de Impacto Ambiental-EPIA não se confunde com o Relatório de Impacto Ambiental-RIMA. O estudo tem maior abrangência, englobando o relatório. O EPIA compreende o levantamento da legislação e da literatura científicas pertinentes, trabalhos de campo, análises de laboratório e a própria redação do relatório. Nos termos do art. 9º da Resolução 1/1986-CONAMA, o RIMA refletirá as conclusões do EPIA, “ficando patenteado que o EPIA precede o RIMA e é seu alicerce de natureza imprescindível”. O relatório transmite por escrito as atividades totais do estudo (MACHADO, op. cit., p. 231-232).

A lista inclui empreendimentos com potencial de significativo impacto ambiental como estradas, ferrovias, portos, aeroportos, oleodutos, minerodutos, obras hidráulicas, extração de combustível fóssil e de minérios, usinas de geração de eletricidade, unidades industriais e agroindustriais, distritos industriais, exploração econômica de madeira, projetos urbanísticos e aterros sanitários.

Trata-se de relação apenas exemplificativa, conforme indica a expressão “tais como” contida no *caput* do dispositivo legal⁵³¹. Além do mais, a Constituição expressamente determina que estão sujeitas ao estudo todas as atividades *potencialmente causadoras de significativa degradação do meio ambiente*.

Esse preceito constitucional foi devidamente observado pela Resolução CONAMA nº 237/1997, que estabelece que o estudo de impacto ambiental, ademais de dever ser previamente elaborado, é condição indispensável para o licenciamento de empreendimentos considerados efetiva ou potencialmente causadores de significativa degradação do meio ambiente (art. 3º)⁵³².

Além das situações alcançadas pelas Resoluções CONAMA nº 1/1986 e 237/1997, ou seja, aquelas expressamente referidas ou consideradas efetiva ou potencialmente causadoras de significativa degradação do meio ambiente, a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional estabelecem algumas hipóteses em que, em qualquer caso, a atividade estatal ou privada é condicionada à exigência de estudos de impacto ambiental.

Assim, o Decreto nº 68/1992, que estabelece regras para a redação de atos normativos do Poder Executivo, determina que o procedimento encaminhado ao Presidente da República deve necessariamente abordar o impacto sobre o meio ambiente, sempre que se configurar a hipótese, inclusive com a juntada de eventuais EPIA e ata de Audiência Pública. A omissão desse dever torna responsável o servidor público, inclusive para os efeitos do crime do art. 15, § 2º, da Lei 6.938/1981. Deve, portanto, o Chefe do Executivo ser informado dos impactos ambientais subjacentes aos atos administrativos de sua competência⁵³³.

De igual forma, as entidades governamentais condicionarão a concessão de financiamento e incentivos à comprovação do licenciamento ambiental (Decreto nº 99.274/1990, art. 23). Incumbe assim ao Banco do Brasil, Caixa Econômica Federal, BNDES e outros órgãos financiadores averiguar a realização do estudo de impacto ambiental, quando

⁵³¹ FREITAS, Wladimir Passos de. *Direito administrativo e meio ambiente*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1998. p. 59.

⁵³² O art. 17 à Lei nº 6.938/1981 criou o Cadastro Técnico Federal de Atividades Potencialmente Poluidoras ou Utilizadoras de Recursos Ambientais, para registro obrigatório de pessoas físicas ou jurídicas que se dedicam a atividades potencialmente poluidoras e/ou à extração, produção, transporte e comercialização de produtos potencialmente perigosos ao meio ambiente, assim como de produtos e subprodutos da fauna e flora.

⁵³³ MACHADO, op. cit., p. 222-223.

exigível. A concessão do financiamento ou de incentivos em casos em que houve ausência ou irregularidade do Estudo o torna ilegal e passível de anulação pelo Judiciário⁵³⁴.

Por sua vez, o Decreto nº 95.733/1988, editado antes da vigência da atual Constituição, mas por essa recepcionado, determina que "no planejamento de projetos e obras, de médio e grande porte, executados total ou parcialmente com recursos federais, serão considerados os efeitos de caráter ambiental, cultural e social, que esses empreendimentos possam causar ao meio considerado". Observa-se que o decreto federal acrescentou uma hipótese de obrigatoriedade de planejamento ambiental não previsto explicitamente na Resolução 1/86-CONAMA, porque é suficiente que as obras ou os projetos sejam de médio ou de grande porte e que haja recurso federal empregado para que se exija o EPIA⁵³⁵.

3.2.7.2 Conteúdo e requisitos dos estudos de impacto ambiental

O conteúdo e os requisitos dos estudos de impacto ambiental foram genericamente definidos pela Resolução CONAMA nº 1/1986, alterada pelas Resoluções nº 11/1986, nº 5/1987 e nº 237/1997.

Estabelece o art. 5º da Resolução nº 1/1986 que o estudo, além de atender especialmente os princípios e objetivos expressos na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, submete-se a algumas diretrizes gerais, devendo contemplar todas as alternativas tecnológicas e de localização de projeto a ser executado. Deve inclusive apontar a hipótese da não execução do projeto. Essas diretrizes incluem ainda a identificação e avaliação sistemática dos impactos ambientais gerados pela atividade e a definição dos limites da área geográfica a ser direta ou indiretamente afetada pelos impactos do projeto. Finalizam as diretrizes a consideração sobre a compatibilidade com eventuais planos e programas governamentais na área de influência do projeto. Por sua vez, o art. 9º, que trata da elaboração do RIMA, acrescenta que devem ser ainda caracterizadas “a qualidade ambiental futura da área de influência, comparando as diferentes situações da adoção do projeto e suas alternativas, bem como com a hipótese de sua não realização” (inciso V).

A delimitação dos limites da área geográfica a ser direta ou indiretamente afetada pelos impactos do projeto é especialmente relevante, na medida em que permitirá uma avaliação mais adequada da conveniência de autorizar-se o projeto. Essa área de influência deve ser considerada, no mínimo, a bacia hidrográfica na qual se situará o projeto⁵³⁶.

⁵³⁴ Ibidem, p. 224.

⁵³⁵ Ibidem, p. 222.

⁵³⁶ Ibidem, p. 232, 236.

No seu art. 6º, a Resolução CONAMA nº 01/1986 estabelece que o estudo de impacto ambiental desenvolverá, no mínimo, atividades técnicas destinadas ao diagnóstico da área de influência do projeto e à completa descrição e análise dos recursos ambientais e suas interações. Para tanto, o estudo deve considerar o *meio físico*, caracterizado pelo subsolo, águas, ar e o clima em todos os seus aspectos estáticos e dinâmicos; o *meio biológico e os ecossistemas naturais*, composto pela fauna e pela flora, com destaque para as espécies indicadoras da qualidade ambiental, de valor científico e econômico, raras e ameaçadas de extinção e as áreas de preservação permanente; o *meio socioeconômico*, abrangendo o uso e a ocupação do solo, o uso da água e a *socioeconomia*, com enfoque nos sítios e monumentos arqueológicos, históricos e culturais da comunidade, além das relações de dependência entre a sociedade local, os recursos ambientais e a potencial utilização futura desses recursos. Afirma-se, assim, que os estudos devem abranger os meios físico, biótico e antrópico.

Conforme refere Freitas, merece destaque a exigência da análise do enfoque sociológico, um dos aspectos mais complexos, porque envolve apreciação de problemas relacionados com a população afetada⁵³⁷.

Igualmente relevante, e de especial importância para esse trabalho, é a análise referente aos resultados econômicos do empreendimento. Como refere Freitas, é evidente “a necessidade de uma bem estruturada correlação entre a economia e a ecologia”. Embora o homem possa usufruir dos avanços tecnológicos e do bem-estar que pode ser proporcionado pela exploração de bens ou serviços, essa exploração deve ser procedida de modo a manter o equilíbrio do meio ambiente⁵³⁸.

Assim, embora considerada a complexidade da avaliação econômica, porque é extremamente difícil atribuir valores para determinadas variáveis a serem consideradas⁵³⁹, cumpre ao estudo de impacto ambiental estabelecer um “balanceamento dos interesses em jogo na elaboração do projeto”, visando a identificar os prejuízos e vantagens que advirão para todos os nele interessados ou por ele atingidos. O estudo deve identificar, entre outros aspectos, o número e a qualidade de empregos que poderão ser criados pelo empreendimento, a existência de mão de obra local, as condições de sanidade profissional e a influência do projeto na distribuição de renda regional e nacional⁵⁴⁰. Pode-se acrescentar a identificação dos efeitos sobre populações indígenas e remanescentes de outras comunidades protegidas, bem como a necessidade de reassentamento de pessoas, ocorrências bastante comuns em

⁵³⁷ FREITAS, op. cit., p. 59-60.

⁵³⁸ Ibidem.

⁵³⁹ Ibidem.

⁵⁴⁰ MACHADO, op. cit., p. 243.

empreendimentos hidrelétricos e em construções de estradas.

Merece ainda destaque a observação de Freitas, citando estudo de Vaz Cerquilho, de que o Estudo de Impacto Ambiental, além de atender aos princípios e objetivos estabelecidos na legislação pertinente, deve ser elaborado a partir de definições, análise e diagnósticos com respaldo na Biologia, na Geografia, na Economia e nas demais áreas do conhecimento, o que afasta a possibilidade da formação de juízos de valor subjetivos e a consequente atuação discricionária do Poder Público⁵⁴¹. O estudo de impacto ambiental deve, portanto, assumir caráter eminentemente técnico e objetivo.

As constatações e análises do estudo de impacto ambiental conduzem a uma avaliação favorável ou desfavorável ao projeto, de modo permitir ao responsável pelo projeto uma base consistente de informações relativamente aos impactos ambientais, sociais e culturais, em cotejo com as vantagens econômicas e sociais que podem ser obtidas com o empreendimento⁵⁴². Além do mais, constitui o principal elemento de que disporá o órgão ambiental para amparar a sua decisão sobre a concessão das licenças ambientais.

3.2.7.3 Medidas para mitigar e compensar impactos ambientais

A gestão e a mitigação dos impactos ambientais consistem em estabelecer as medidas necessárias para prevenir, minimizar e compensar danos decorrentes de “impactos previstos e, quando apropriado, para incorporar essas medidas em um plano ou sistema de gestão ambiental⁵⁴³. A mitigação consiste assim na redução dos impactos ambientais a um mínimo aceitável e inevitável em face das características do empreendimento e do estado da técnica, aliada à compensação ambiental nos casos em que se configurar a impossibilidade de se evitar a degradação ambiental.

Determina a Resolução CONAMA nº 1/1986 que, além de identificar os impactos ambientais, o EPIA deve definir as medidas mitigadoras desses impactos, entre elas os equipamentos de controle e os sistemas de tratamento de despejos, avaliando a eficiência de cada uma delas (art. 6º, III). Prevê ainda que o RIMA deve descrever o efeito esperado das medidas mitigadoras, mencionando os impactos que não podem ser evitados e o grau de alteração esperado, além de estabelecer um programa de acompanhamento (art. 9º, VI).

⁵⁴¹ FREITAS, op. cit., p. 59.

⁵⁴² MACHADO, op. cit., p. 224.

⁵⁴³ NICOLAIDIS, Denise Christina de Resende. *A avaliação de impacto ambiental: uma análise de eficácia*. 2005. Dissertação (Mestrado em Gestão Econômica do Meio Ambiente) - Departamento de Economia da Universidade de Brasília, Brasília, p. 30-31.

Para Machado, a equipe multidisciplinar deverá, portanto, apontar os equipamentos de controle que existam no mercado nacional e em outros países, para verificar a sua eficiência, considerando as suas características técnicas e as peculiaridades do projeto. Acrescenta que a expressão "medida mitigadora dos impactos negativos" mencionada na Resolução nº 1/86-CONAMA deve obedecer ao sentido superior do art. 10, § 3º, da Lei nº 6.803/1980, que exige a "confiabilidade da solução a ser adotada". Anota que essa confiabilidade "é mais do que mitigar o impacto, é tentar evitar o impacto negativo ou, sendo impossível evitá-lo, é procurar corrigi-lo, recuperando o ambiente"⁵⁴⁴.

Preceitua ainda a legislação ambiental que os impactos ambientais negativos, ademais de prevenidos e minorados, deverão ser também compensados, nos casos em que se constatar a impossibilidade de mitigação.

A compensação é uma medida reparatória, fundada nos princípios da responsabilidade objetiva ambiental, do *poluidor-pagador* e do *usuário-pagador*, e cuja previsão é requisito dos estudos de impacto ambiental. Conforme refere Faria, a compensação ambiental, *stricto sensu*, "é entendida como um mecanismo financeiro que visa a contrabalançar os impactos ambientais ocorridos ou previstos no processo de licenciamento ambiental". É exigida porque alguns impactos não são tecnicamente passíveis de mitigação, como a perda da biodiversidade e de áreas representativas dos patrimônios cultural, histórico e arqueológico. A licença ambiental que impõe ao empreendedor a exigência da compensação, "elimina o caráter de ilicitude do dano causado ao ambiente do ato, porém não isenta o causador do dever de indenizar"⁵⁴⁵.

Nesse sentido, o art. 36 da Lei nº 9.985/2000 determina que o empreendedor deve destinar ao menos 0,5% do total do custo do empreendimento para apoiar a implantação e manutenção de unidade de conservação, nos casos de licenciamento ambiental de empreendimentos de significativo impacto ambiental. Por sua vez, a Resolução CONAMA nº 371/2006 fixou as diretrizes para o cálculo, cobrança, aplicação, aprovação e controle de gastos de recursos advindos de compensação ambiental, determinando que o órgão ambiental licenciador deverá estabelecer o grau de impacto ambiental causado pela implantação de cada empreendimento, fundamentado em base técnica específica que possa avaliar os impactos negativos e não mitigáveis aos recursos ambientais identificados no processo de

⁵⁴⁴ MACHADO, op. cit., p. 240.

⁵⁴⁵ FARIA, Ivan Dutra. *Compensação ambiental: os fundamentos e as normas; a gestão e os conflitos*. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao/TD43-IvanDutraFaria.pdf>. Acesso em: 1 mar. 2013.

licenciamento, de acordo com o EPIA/RIMA⁵⁴⁶.

Mesmo os impactos decorrentes de empreendimentos com pequeno potencial de impacto ambiental deverão ser mitigados e compensados. Nesse sentido, a Resolução CONAMA nº 279/2001 determina que o licenciamento ambiental de pequenos empreendimentos hidrelétricos deverá ser precedido da elaboração de Relatório Ambiental Simplificado-RAS, que deverá conter, inclusive, informações relativas ao diagnóstico ambiental da região de inserção do empreendimento e a identificação dos impactos ambientais e das medidas de controle, de mitigação e de compensação, cujo detalhamento deverá se efetuar por meio do Relatório de Detalhamento dos Programas Ambientais.

A despeito da previsão legal e do fundamento principiológico das medidas mitigatórias de impactos ambientais negativos, trata-se de matéria que constitui um dos aspectos mais sensíveis dos estudos de impacto ambiental e que estão na base de muitas demandas judiciais e, conseqüentemente, dão causa a pedidos de suspensão da eficácia de tutelas deferidas contra o Poder Público.

Essas dificuldades decorrem, em um primeiro aspecto, da ausência de critérios insuscetíveis de contestação e da subjetividade do conceito de aceitabilidade desses impactos ambientais negativos.

Embora tradicionalmente os padrões de segurança indicadores da aceitabilidade dos riscos ambientais derivem de parâmetros técnicos e científicos, a ciência não é mais reputada infalível para fornecer esses critérios, em razão da insuficiência de seus pressupostos epistemológicos, derivada do surgimento de riscos globais, além do processo que se denomina *industrialização da ciência*, ou seja, a interferência de fatores econômicos na produção do conhecimento científico. Contestada, portanto, a autoridade científica para definir padrões de riscos⁵⁴⁷.

Paralelamente, a partir da década de 1980, desenvolveu-se o que se denomina *teoria cultural dos riscos*, que postula a insuficiência de argumentos técnicos para avaliar a possibilidade da liberação de atividades que geram riscos ao meio ambiente e à saúde humana, postulando-se que a esses critérios deve ser agregada a *percepção social dos riscos*. Para os adeptos dessa concepção, denominada *construtivista*, na medida em que os

⁵⁴⁶ Esse dispositivo foi objeto da Adin nº 3.378, proposta pela Confederação Nacional da Indústria, sob argumento de violação aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. O STF declarou inconstitucional a exigência de 0,5% sobre o total dos custos, devendo a compensação ser fixada pelo órgão ambiental licenciador proporcionalmente ao impacto ambiental.

⁵⁴⁷ LIMA, Maria Luíza Milani. Decisão de risco: reflexões sobre o licenciamento ambiental brasileiro. In: LEITE, José Rubens Morato; FAGUNDES, Paulo Roney Ávila (Org.). *Biossegurança e novas tecnologias na sociedade de risco: aspectos jurídicos, técnicos e sociais*. Florianópolis: Conceito, 2007. p. 351-353.

indivíduos “impõem seus próprios significados aos fenômenos”, o risco ambiental deve ser mensurado de acordo com a percepção que deriva de fatores sociais e culturais. Uma comunidade aceita correr riscos ambientais na razão direta do bem-estar que um produto ou tecnologia podem lhe gerar, desde que esses efeitos não atinjam o que ela considera essencial para a manutenção de um padrão cultural definido como qualidade de vida. Reclama-se assim a agregação da participação da sociedade no processo de decisão sobre os riscos aceitáveis⁵⁴⁸.

A determinação da aceitabilidade dos riscos, portanto, demanda inicialmente a consideração sobre a dimensão e gravidade do impacto ambiental, implicando análise relativamente objetiva. Todavia, exige ainda considerações acerca da relevância social e econômica do empreendimento, em contraste com o prejuízo ao meio ambiente que dele decorre. Trata-se de análise que, ademais de demandar a ponderação dos interesses em conflito, consiste em uma relação contingente, sujeita a variações em face das mudanças conjunturais de natureza social e econômica.

3.2.7.4 Audiência pública

A Audiência Pública é a última grande etapa do procedimento do EPIA e tem por finalidade expor aos interessados o conteúdo do RIMA, dirimindo dúvidas e recolhendo críticas e sugestões, consistindo igualmente elemento para a análise e parecer final sobre o estudo de impacto ambiental (Resolução CONAMA nº 9/1987, art. 1º). Proceda-se assim a uma dupla caminhada na audiência pública, na medida em que o órgão licenciador presta informações ao público e este contribuiu com informações e sugestões⁵⁴⁹.

De realização, em regra, facultativa, exceto se houver solicitação de entidade civil, do Ministério Público ou de cinquenta ou mais cidadãos (Resolução CONAMA nº 09/1987, art. 2º), a audiência pública é da maior relevância no processo de análise do impacto ambiental, razão pela qual deve ser incentivada a ampla participação popular, de modo a colher-se o máximo de elementos disponíveis para subsidiar a elaboração do estudo de impacto ambiental e a decisão do licenciador⁵⁵⁰.

3.2.7.5 A decisão do órgão público ambiental

⁵⁴⁸ LIMA, op. cit., p. 351-353. A teoria cultural dos riscos parece, ao menos, em certa medida, agasalhada pela ordem jurídica brasileira, na medida em que a participação do indivíduo e da sociedade é um dos pressupostos para o desenvolvimento sustentável.

⁵⁴⁹ MACHADO, op. cit., p. 258-259.

⁵⁵⁰ FREITAS, op. cit., p. 61-62.

A decisão do órgão ambiental sobre a concessão da licença deve ser amparada no EPIA e nos demais elementos nos estudos de impacto ambiental, inclusive aqueles obtidos na audiência pública, embora não se exclua outras análises que tenham sido elaboradas pelo próprio proponente do projeto ou pelo requerente do licenciamento, especialmente no que se refere à viabilidade técnica e econômica do projeto⁵⁵¹.

A realização dos estudos não afasta o dever da autoridade ambiental de verificar a sua fundamentação e a decisão que acolhe ou rejeita as suas conclusões deve ser devidamente fundamentada⁵⁵². Para Freitas, discordando de Vaz Cerquinho, o administrador pode decidir fora das conclusões expostas no RIMA pela equipe multidisciplinar, em face da ausência de comando legal estabelecendo a vinculação do administrador. Conclui que o administrador necessita de uma certa dose de discricionariedade para decidir, na eventualidade de existência de interesses sociais relevantes a justificar a decisão, caso em que deverá fundamentar a discordância em relação às conclusões do estudo⁵⁵³.

O órgão público responderá objetivamente pelos danos que a decisão administrativa vier a causar, ainda que baseada no EPIA, enquanto a equipe que elaborou o estudo reputado irregular ou equivocado responderá regressivamente, mediante a demonstração de culpa ou dolo⁵⁵⁴.

3.2.7.6 Licenças ambientais

A licença ambiental é exigida para a construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimento de atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras, bem como os empreendimentos capazes de causar degradação ambiental (Lei nº 6.938/1981 e Decreto nº 99.274/1990, art. 17)⁵⁵⁵.

O Licenciamento ambiental é de competência, em cada caso, de um único ente federativo, nos termos do art. 13 da Lei Complementar nº 140/2011. Assim, incumbe à União o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades relacionados no seu art. 7º, inciso XIV, da Lei Complementar, dentre os quais aqueles de abrangência internacional ou

⁵⁵¹ MACHADO, op. cit., p. 243 e 267.

⁵⁵² MACHADO, op. cit., p. 267.

⁵⁵³ FREITAS, op. cit., p. 62.

⁵⁵⁴ MACHADO, op. cit., p. 267-268.

⁵⁵⁵ Para Machado, o termo licença não é o mais apropriado, pois pressupõe ato administrativo definitivo e o ato é precário, pelo menos no que se refere à Licença Prévia e à Licença de Instalação. Mais adequado seria a denominação autorização (MACHADO, op. cit., p. 266).

que atinjam mais de um Estado, além dos desenvolvidos no mar territorial, em terras indígenas e em suas unidades de conservação. A competência é atribuída aos Municípios relativamente ao licenciamento de empreendimentos de âmbito local e localizados em unidades de conservação por ele instituídas. Aos Estados é atribuída a competência remanescente (arts. 8º, XIV, e 9º, XIV).

A legislação prevê as modalidades de Licença Prévia-LP, na fase preliminar do planejamento de atividade, contendo requisitos básicos a serem atendidos nas fases de localização, instalação e operação, observados os planos municipais, estaduais ou federais de uso do solo; Licença de Instalação-LI, autorizando o início da implantação, de acordo com as especificações constantes do Projeto Executivo aprovado; e Licença de Operação-LO, autorizando, após as verificações necessárias, o início da atividade licenciada e o funcionamento de seus equipamentos de controle de poluição, de acordo com o previsto nas Licenças Prévia e de Instalação (Decreto nº 99.274/1990, art. 19).

As definições, critérios e procedimentos utilizados no licenciamento ambiental foram estabelecidos pela Resolução CONAMA nº 237/1997.

Das previsões da Resolução, cumpre destacar a estipulação de *condicionantes* para a concessão das três modalidades de licenças. A teor do art. 8º, para expedir a Licença Prévia, o ente público estabelecerá “os requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos nas próximas fases de sua implementação”. A concessão da Licença de Instalação também está atrelada às “especificações constantes dos planos, programas e projetos aprovados, incluindo as medidas de controle ambiental e demais condicionantes, da qual constituem motivo determinante.” Por fim, a Licença de Operação somente pode ser concedida “após a verificação do efetivo cumprimento do que consta das licenças anteriores, com as medidas de controle ambiental e condicionantes determinados para a operação”.

As condicionantes são assim exigências impostas ao empreendedor como condição para a concessão das licenças ambientais. Devem se referir, portanto, a impactos ambientais já identificados no estudo de impacto ambiental, os quais, inclusive, devem apontar as medidas adequadas à sua mitigação ou compensação.

3.2.8 Deficiências de Estudos de Impactos Ambientais Como Causa de Pedir em Ação Civil Pública

O Estudo de Impacto Ambiental deveria conter um diagnóstico bastante preciso de todos os impactos ambientais, aliado a análises sobre repercussões socio-

econômicas, considerações que deveriam nortear a decisão sobre a própria viabilidade do empreendimento, além de balizar a redução dos impactos negativos, quando inevitáveis.

Constata-se, no entanto, que as deficiências dos Estudos de Impacto Ambiental são fundamento para significativa parcela de pedidos de paralisação de empreendimentos estatais, especialmente os hidrelétricos, que são precisamente aqueles em que mais se verifica impacto sobre o meio ambiente.

Entre as deficiências dos estudos, que em regra devem anteceder a concessão da Licença Prévia, constata-se que algumas condicionantes são transmutadas em justificativas para estudos deficientes. Verifica-se a indicação de condicionantes que, em verdade, se referem a diagnósticos que deveriam ter sido procedidos pelos estudos de impactos ambientais e que deveriam anteceder à concessão da licença, porque alguns deles podem inclusive levar à conclusão da inviabilidade do empreendimento⁵⁵⁶.

3.2.9 Ação Civil Pública em Matéria Ambiental

A ação civil pública em matéria ambiental se reveste de algumas peculiaridades em relação àquelas destinadas à tutela de outros interesses transindividuais, especialmente no que se refere ao pedido e causa de pedir e à matéria de prova. Serão assim analisados nesse tópico alguns desses aspectos, tendo por referência os objetivos do trabalho, ou seja, aqueles especialmente relevantes para a análise da proposta a ser desenvolvida no capítulo subsequente.

3.2.9.1 Do pedido

A ação civil pública tem como pedido mediato a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, nada obstando a cumulatividade dessas espécies. Embora em alguns casos somente se afigure possível o pedido de condenação em dinheiro, em outros a ordem judicial para sustar a ameaça ao interesse tutelado é suficiente para satisfazer a pretensão do autor. Em outros casos, a ordem necessária consiste em determinar uma imposição de fazer⁵⁵⁷. Por força da disposição do art. 83 do CDC, as

⁵⁵⁶ Não é ainda incomum verificar-se o estabelecimento, como condicionante, da necessidade de realização de estudos complementares visando a determinar se há influência do empreendimento sobre populações indígenas, hipótese que poderia levar ao deslocamento da própria competência para a realização do Estado.

⁵⁵⁷ CARVALHO FILHO, 2004, op. cit., p. 82-88. Para o autor, o CDC ampliou o objeto da ação civil pública, que na Lei nº 7.347/1985 era apenas condenatório, ao prever no seu art. 51, § 4º, a faculdade de se requerer

sentenças em ação civil pública podem albergar ainda pedidos meramente declaratórios, constitutivos ou desconstitutivos⁵⁵⁸. Permite-se assim uma ampla proteção dos interesses transindividuais, mediante a combinação de tutelas de naturezas repressiva e preventiva.

Considerando as peculiaridades do interesse ambiental, entende Rodrigues que o princípio da estabilização da demanda (arts. 264 e 294 do CPC) deve ser relativizado, de modo a permitir-se alguma “mobilidade ao pedido e à causa de pedir”. Pondera que o bem ambiental é altamente instável, de sorte que pequenas variações de espaço e no tempo podem alterar significativamente a situação jurídica ambiental. Necessária assim uma proteção jurisdicional capaz de acompanhar as eventuais alterações que atinjam o bem ambiental ao longo do processo, de sorte que o processo, “como técnica e método de realização de direitos, seja capaz de se mostrar maleável o suficiente - respeitados os limites do devido processo legal - para permitir uma tutela jurisdicional ambiental justa e efetiva”⁵⁵⁹.

Noutro aspecto, há uma dificuldade inerente a todo pedido formulado em ação civil pública, que consiste em determinar se a prestação jurisdicional requerida, especialmente quando se refere a obrigação de fazer, é juridicamente possível.

Para Carvalho filho, o pedido de imposição de obrigação de fazer deve encontrar seus limites “na lei substantiva, não cabendo ao juiz criar discricionariamente a obrigação, à luz dos elementos que entender convenientes e oportunos para a hipótese”, postulado que resulta do princípio da legalidade estrita (art. 5º, II, da CF). Embora reconheça a dificuldade de demarcar esse limite, sustenta que o pedido não será juridicamente possível quando pretender a condenação do Poder Público “ao cumprimento, de forma genérica, abstrata, inespecífica e indiscriminada, de obrigação de fazer ou não fazer”. Não poderia assim o Judiciário impor políticas públicas de caráter geral, ainda que necessárias para atender ao interesse público, pena de invasão à função administrativa, com ofensa ao princípio da separação de Poderes⁵⁶⁰.

Conclui o autor que a ação civil pública “não é instrumento idôneo para a criação de direito material, só cabendo ao juiz aplicar o que já existe a título de *ius positum*”, de sorte que o autor só pode pedir “providências concretas à luz do direito material que previamente já ampara os interesses transindividuais atingidos pela conduta do réu”⁵⁶¹.

ao Ministério Público que ajuíze a ação para a declaração da nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto no Código. Afirma que embora o dispositivo faça alusão à “declaração de nulidade”, a decisão positiva terá caráter constitutivo, porque contém uma declaração e modifica situação jurídica anterior.

⁵⁵⁸ MAZZILLI, 2012, op. cit., p. 244.

⁵⁵⁹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo civil ambiental*. Op. cit., p. 109-112.

⁵⁶⁰ CARVALHO FILHO, 2004, op. cit., p. 85, 95-96.

⁵⁶¹ Ibidem, p. 101.

No entanto, embora se trate de assertivas essencialmente corretas, pouco acrescentam para o deslinde da questão, na medida em que o conceito de direito positivo de há muito não alberga a indicação de contornos precisos e uniformemente aceitos, especialmente em face do reconhecimento da força normativa dos princípios e da consequente incorporação da elevada carga valorativa ao ordenamento jurídico.

No que se refere à ação civil pública em matéria ambiental, a invocação dos princípios da precaução e da prevenção abre evidente ensejo à construção de argumentos para a necessidade da tutela judicial em face de ação ou omissão que caracterize ameaça ao meio ambiente. Vislumbra-se assim uma amplitude não considerada por Carvalho Filho ao sustentar que o pedido somente é juridicamente possível “quando estiver preordenado a determinada situação concreta, comissiva ou omissiva, causada pelo Estado, da qual se origine a violação dos interesses coletivos ou difusos”⁵⁶².

Em socorro de uma perspectiva menos subjetiva, cumpre referir que significativa maioria das ações civis públicas em matéria ambiental tem subjacentes estudos de impactos ambientais. De consequência, satisfatoriamente poderiam, em princípio, ser resolvidos dois dos usuais obstáculos à interferência do Judiciário nas denominadas políticas públicas, ou seja, a sua inaptidão para determinar critérios de competência técnica administrativa, usualmente conferidos a equipes multidisciplinares, e uma razoável concretização dos princípios abstratos porventura invocados para fundamentar o pedido.

Permite-se assim ao Judiciário fundamentar a sua decisão a partir da aplicação dos preceitos legais aplicáveis, tendo por substrato uma análise técnica previamente realizada pelo Poder Executivo ou por seus delegados e que, por expressa imposição legal, deveria abranger todos os aspectos físicos, bióticos e antrópicos envolvidos.

Noutro aspecto, parece que em matéria ambiental não se afigura especialmente relevante a controvérsia acerca da possibilidade da declaração incidental da inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo no âmbito da ação civil pública⁵⁶³. Embora se afirme que se trata de provimento que irradiaria “efeitos *erga omnes* não somente do capítulo decisório em si, mas também da própria declaração de inconstitucionalidade”, de sorte que “o controle difuso da inconstitucionalidade se estaria convertendo, de forma oblíqua e indevida, em controle concentrado”⁵⁶⁴, trata-se de possibilidade de relativa importância em matéria

⁵⁶² Ibidem, p. 96.

⁵⁶³ Embora a jurisprudência recuse o uso de ação civil pública ou coletiva destinada a atacar leis em tese, nada obsta que a inconstitucionalidade de um ato normativo possa ser causa de pedir (não o próprio pedido) de uma ação civil pública ou coletiva (MAZZILLI, 2012, op. cit., p. 146).

⁵⁶⁴ CARVALHO FILHO, 2004, op. cit., p. 103-104.

ambiental. Com efeito, um descompromissado levantamento acerca das ações civis públicas em matéria ambiental certamente indicará que a sua expressiva maioria não se funda na imputação de ameaça ou de dano decorrente diretamente de lei ou de ato normativo, cuja declaração de inconstitucionalidade se afigure necessária incidentalmente.

3.2.9.2 Instrução do pedido

No que se refere à instrução do pedido em ação civil pública, ausentes maiores peculiaridades, importa apenas destacar que lhe pode dar substrato o inquérito civil público, instrumento que a Constituição Federal atribuiu ao Ministério Público, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, inciso III).

Embora o inquérito civil público não constitua pressuposto processual para que o Ministério Público ajuíze a ação civil pública, afigurando-se dispensável se já existirem elementos necessários para proposição da ação, a sua instauração é recomendável, entre outras razões para evitar-se a judicialização de “fato de pouca relevância, sem método ou continuidade, e sem controle algum”⁵⁶⁵.

Noutro aspecto, embora se trate de um procedimento administrativo de colheita de elementos probatórios e que, similarmente ao que ocorre com o inquérito policial, tem caráter meramente inquisitório, não se aplicando em seu âmbito os princípios do contraditório e da ampla defesa⁵⁶⁶, é inteiramente recomendável que o Ministério Público respeite esses postulados. Ainda que a sua natureza de procedimento inquisitivo tenha como consequência carrear elementos destituídos de valor probatório pleno, cujo aproveitamento dependerá da harmonia com as provas colhidas durante a instrução judicial⁵⁶⁷, a observância do contraditório e da ampla defesa no inquérito civil lhe acrescenta consistência e credibilidade, ao mesmo tempo em que permite uma melhor formação da convicção do órgão ministerial. Essa instrução mediante o contraditório, realizado na medida das possibilidades, pode assim levar ao próprio arquivamento do inquérito ou à formulação de pedido judicial mais consentâneo com a real necessidade de tutela do interesse ambiental.

3.2.9.3 Tutelas de urgência

⁵⁶⁵ MAZZILLI, 2012, op. cit., p. 480.

⁵⁶⁶ CARVALHO FILHO, 2004, op. cit., p. 285.

⁵⁶⁷ MAZZILLI, 2012, op. cit., p. 480.

Admite-se nas ações civis públicas em matéria ambiental a concessão de tutelas de urgência em todas as suas modalidades. Podem assim ser concedidas tutelas de natureza cautelar, com finalidade apenas instrumental, ou antecipatórias, que deferem provisoriamente ao autor, antes do julgamento definitivo da ação, o próprio provimento jurisdicional pretendido ou seus efeitos, caracterizando execução provisória, que corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exequente. Ambas as modalidades são decisões de natureza provisória, fundadas na verossimilhança da afirmação do direito e no perigo decorrente da demora da decisão final. Podem ser concedidas com ou sem justificação prévia, sempre condicionada a pedido do autor, embora independa de pedido a imposição da multa que vise a assegurar o cumprimento de sua decisão⁵⁶⁸. Em relação à ACP, nada obsta a fungibilidade entre as espécies prevista no § 7º do art. 273 do CPC.

Para Carvalho Filho, no entanto, é inadmissível a concessão de antecipação de tutela em ações coletivas, quando se tratar de pedido de tutela condenatória. Argumenta o autor que nesses casos, embora possam estar presentes os requisitos da presunção da veracidade, do risco do dano de difícil reparação e do abuso do direito de defesa, seria “praticamente impossível preencher o requisito da prova inequívoca”. Sustenta que as controvérsias relativas aos interesses difusos e coletivos, como é o caso das questões relativas ao meio ambiente, “são sempre de grande complexidade, exigindo significativo suporte probatório para permitir ao julgador formar sua convicção com vistas à solução da lide”. Por conseguinte, ainda que ajuizada a ação civil pública pelo Ministério Público e instruída com o inquérito civil, é necessário previamente assegurar-se o contraditório e a ampla defesa, de sorte que a antecipação dos efeitos da sentença somente poderia ser deferida após a apreciação das provas que tenham por objetivo infirmar as alegações e provas do autor. Conclui que se houver a presença do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, poderá o autor postular a concessão de medida cautelar, não da tutela antecipada⁵⁶⁹.

Entretanto, malgrado assista inteira razão ao autor no que tange à complexidade da produção da prova relativamente aos interesses difusos e coletivos, inclusive e especialmente ambiental, trata-se de entendimento que não encontra acolhida na ampla

⁵⁶⁸ MAZZILLI, 2012, op. cit., p. 248, 536-539. Para o autor, admite-se em matéria de tutela coletiva não só a ação cautelar *instrumental* (medida preventiva, no sentido preparatório ou incidente), como também a chamada ação cautelar *satisfativa* (medida preventiva, mas não instrumental), embora essas não sejam, a rigor, verdadeiras ações cautelares, porque não supõem a propositura de uma futura ação principal, mormente se atendida a cautela pretendida. Assim, não raro, envolvem um pedido de liminar que objetiva uma verdadeira obrigação de fazer ou não fazer, que se exaure com seu atendimento.

⁵⁶⁹ CARVALHO FILHO, 2004, op. cit., p. 132-133.

maioria doutrinária e jurisprudencial.

Para Mazzilli, é sem dúvida possível a tutela antecipada em ação civil pública ou coletiva, nos termos do que estabelece o art. 4º da LACP, ainda que o dispositivo mencione equivocadamente a tutela cautelar, porque são aplicáveis a regra genérica do art. 273 do CPC e a previsão do § 3º do art. 84 do CDC⁵⁷⁰. Acrescenta Fiorillo que a antecipação da tutela, independentemente de previsão infralegal, está amparada no art. 5º, XXXV, da Constituição, garantia que constitui o fundamento de toda e qualquer ação ambiental e torna efetiva a defesa do direito consagrado no art. 225⁵⁷¹.

Entende-se ainda possível a concessão liminar das tutelas de urgência, ainda que se trate de medida pleiteada contra o Poder Público, quando a sua prévia oitiva se revelar inviável em face de “situação gravíssima e inadiável”, caso em que a norma do art. 2º da Lei nº 8.437/92 deve “merecer aplicação compatível com o princípio da razoabilidade”. Não sendo essa a hipótese, a justificação prévia constitui mecanismo destinado a permitir melhor avaliação pelo juiz ainda que se trate de convicção superficial e provisória⁵⁷².

No que pertine ao objeto desse trabalho, é particularmente relevante retomar a análise procedida no segundo capítulo (item 2.1.5). Com efeito, as medidas de urgência concedidas no âmbito das ações civis públicas discrepam daquelas deferidas nas demais espécies de ações em razão da adicional dificuldade da formação da convicção do magistrado, decorrente da presença de interesses não mensuráveis pelos instrumentos usualmente disponíveis. Noutro vértice, como anota Rodrigues, a relevância dos interesses transindividuais leva a uma tendência de maior flexibilidade do magistrado ao apreciar a presença dos pressupostos para a concessão da cautelar ou tutela antecipada⁵⁷³.

Assim, tratando-se de tutela de interesses indisponíveis ou de natureza pública, entre eles e especialmente o interesse ambiental, as decisões que os tutelam apresentariam uma tendência de se revelarem particularmente precárias.

Entretanto, a relativização da exigência do grau de certeza da prova e mesmo a transferência do seu ônus à parte adversa trata-se de um tratamento processual admitido pela ordem jurídica-constitucional, em razão da especial relevância desses

⁵⁷⁰ MAZZILLI, 2012, op. cit., p. 250-251.

⁵⁷¹ FIORILLO, op. cit., p. 150-151. Para o autor, não são antecipáveis “os efeitos que integram o conteúdo da sentença (natureza declaratória ou constitutiva)”, não podendo o magistrado, por meio de liminares, “declarar existente, criar, modificar ou extinguir determinada relação jurídica ambiental. Nesse ponto, discrepa igualmente o autor de Carvalho Filho, que entende cabível a tutela antecipada quando se tratar de pedido de natureza constitutiva, como o pedido a anulação de cláusula abusiva, nos termos do art. 51, § 4º, do CDC (CARVALHO FILHO, 2004, op. cit., p. 133).

⁵⁷² CARVALHO FILHO, 2004, op. cit., p. 378-385.

⁵⁷³ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo civil ambiental*. Op. cit., p.126-127.

interesses⁵⁷⁴. Ademais, essa opção constitucional não impede o controle dessas tutelas de urgência pelas vias ordinárias dos recursos e mesmo pela suspensão de segurança, cabendo observar que em relação a esse instituto se postula uma revisão na sua conformação, nos termos do que será abordado no capítulo final desse trabalho.

3.2.9.4 Sentença em ação civil pública

Para os objetivos desse trabalho, importa destacar os aspectos da sentença em ação civil pública atinentes à relativização do princípio da congruência ou da adstrição, à possibilidade de condenações genéricas e ao seu comparativamente maior grau de incerteza.

Aplica-se à ação civil pública o *princípio da congruência* ou da *correlação*, de sorte que o juiz deve decidir a lide nos limites do pedido, razão pela qual a imutabilidade *erga omnes* ou *ultra partes* do comando da sentença, nos termos da LACP, art. 16, e CDC, art. 103, “corresponderá aos limites do pedido formulado na ação civil pública ou coletiva”⁵⁷⁵.

Entretanto, estabelece o art. 84 do CDC que, nas condenações que tenham por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. Nos termos do § 1º do art. 84, a conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. Para a obtenção desse desiderato, pode o juiz determinar as medidas necessárias, como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial, nos termos da relação exemplificativa contida no § 5º do art. 84.

Observa-se que o § 5º do art. 84 do CDC, além de implicar a quebra do princípio da tipicidade dos meios executivos, relativizou o princípio da correlação (ou da adstringência, ou da congruência) da sentença ao pedido, ao permitir que os meios executivos sejam deferidos independentemente de pedido ou de modo diverso do que requereu o autor. Via de consequência, opera-se também uma atenuação do princípio da demanda (ou dispositivo em sentido material). Trata-se de regras instituídas pioneramente pelo CDC, mas que vieram a ser albergadas relativamente a todos os casos de medidas executivas, por força

⁵⁷⁴ Como refere Fiorillo, trata-se da aplicação do conteúdo jurídico do princípio da isonomia no direito processual ambiental (FIORILLO, op. cit., p. 114-116).

⁵⁷⁵ MAZZILLI, 2012, op. cit., p. 138-139.

da Lei nº 10.440/2002, que introduziu os art. 461 e 461-A ao CPC)⁵⁷⁶.

Essa mitigação, entretanto, não parece ser suficiente para retirar do princípio da congruência a sua função de garantia do contraditório e da imparcialidade do juiz. Conforme refere Marinoni, inexistente margem para que o juiz limite o direito de defesa ou aplique a regra da proporcionalidade em sentido estrito, porque esta ponderação já foi procedida pela norma, incumbindo ao juiz apenas determinar as medidas necessárias exigidas pelo caso concreto. Assim, o juiz deve escolher o meio executivo que simultaneamente seja mais idôneo à efetividade da tutela do direito material do autor e cause a menor restrição possível ao patrimônio do réu. Não haveria assim omissão de regra processual, nem tampouco se trataria da necessidade de balanceamento dos direitos de ação e de defesa, mas de aplicação das regras da adequação e da necessidade⁵⁷⁷.

Esta interpretação implica retirar total ou substancialmente a margem de discricionariedade do juiz na determinação *das formas e meios executivos* por ele determinados para a prestação da tutela executiva, porque a sua tarefa consistiria na escolha desses meios dentre aqueles previstos expressamente na lei e considerados adequados ao caso concreto. Estaria assim cumprida a garantia do contraditório, uma das finalidades do princípio da congruência, que consiste em permitir que o réu tenha previamente conhecimento do âmbito da pretensão que contra ele se volta, com a peculiaridade de que os meios executivos não estão indicados no pedido do autor, mas no rol previsto na lei.

Noutro aspecto, permite-se nas ações civis públicas ou coletivas, por exceção, a imposição de condenações genéricas (CDC, art. 95). Assim, como refere Mazzilli, em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados e determinando o ressarcimento dos prejuízos sofridos pelos interesses tutelados. O bem jurídico objeto da tutela é tratado na sentença condenatória de maneira coletiva e indivisível, afigurando-se necessária a posterior liquidação para a determinação do prejuízo individualmente sofrido⁵⁷⁸.

Em realidade, a condenação será sempre genérica apenas no que pertine à determinação dos danos aos interesses individuais homogêneos. Relativamente aos interesses difusos ou coletivos, a sentença necessariamente deve determiná-los, ainda que demande

⁵⁷⁶ Confira-se sobre o assunto o trabalho de Arenhardt (ARENHART, Sergio Cruz. Reflexões sobre o princípio da demanda. In: FUX, Luis; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 587-603.

⁵⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1. p. 347-349.

⁵⁷⁸ MAZZILLI, 2012, op. cit., p. 138.

liquidação pelos meios comuns ao processo civil, ou seja, por cálculos (art. 475-J), arbitramento (475-C e 475-D) ou por artigos (art. 475-E). Após definidos, qualificados e quantificados os prejuízos globalmente causados pela conduta do réu, o que usualmente tipifica a lesão a interesses coletivos ou difusos, deve ser procedida a liquidação, com a finalidade de determinar o montante da indenização devida a cada titular do interesse individual homogêneo.

Por conseguinte, uma condenação em ação civil pública pode demandar a realização da liquidação destinada a delimitar o montante da condenação, ou seja, aquela tratada no CPC, com o procedimento determinado pela Lei nº 11.232/2005, seguida da liquidação de que trata o art. 97 do CDC, que tem a finalidade de determinar o montante dos danos individualmente sofridos. Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados indicados no art. 82 do CDC, inclusive o Ministério Público, promover a liquidação e execução da indenização devida, caso em que o seu produto reverterá para o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos-FDDD criado pelo art. 15 da LACP e regulamentado pelo Decreto nº 1.306/1994.

Essa peculiaridade da condenação na ação civil pública ajuizada para tutelar interesses individuais homogêneos não retira o caráter de certeza e liquidez da condenação⁵⁷⁹. Ademais, no que pertine ao réu, trata-se de aspecto desinfluyente, na medida em que estará ele obrigado ao montante da condenação relativa aos danos por ele causados, nos termos do art. 95 do CDC. Logo, a destinação do montante global dessa condenação, ao ressarcimento dos interesses individualmente lesados ou ao FDDD, não o afeta.

Por semelhante razão, a peculiaridade da condenação genérica também não obsta a solução preconizada nesse trabalho, com vistas à reformulação do instituo da suspensão de segurança, porque o que se afigura relevante é a precisa identificação do prejuízo globalmente considerado, como melhor se analisará no capítulo final do trabalho.

Por fim, tal como sucede relativamente às decisões que apreciam pedidos de tutelas de urgência em matéria ambiental, as respectivas sentenças também se submetem a uma adicional dificuldade pra dotar os seus comandos de um razoável grau de certeza. Como refere Mazzilli, não há parâmetro seguro e incontestável para “mensurar a destruição de paisagem, a danificação obra de arte, a extinção de espécie animal ou vegetal”, ou “atribuir econômico à degradação do *habitat* do ser humano e dos demais seres”, ou ainda “avaliar os danos morais em detrimento da coletividade pela ofensa ao meio ambiente ou a outros

⁵⁷⁹ Ibidem.

interesses fundamentais”⁵⁸⁰.

Pondere-se, no entanto, que essa perplexidade não é estranha ao direito e nem tampouco exclusividade das questões afetas ao meio ambiente, porque até a própria vida humana é por vezes posta como parâmetro de avaliação, ante a necessidade de se determinar indenizações por danos materiais ou morais. O direito é assim, especialmente em face da complexidade das relações que integram a vida contemporânea, o resultado de escolhas difíceis, algumas delas objeto de opções políticas previamente elaboradas pelo legislador, outras deixadas a prudente decisão do magistrado.

3.3 IMBRICAÇÃO E CONFLITO DE INTERESSES ENTRE A ORDEM ECONÔMICA E A PRESERVAÇÃO AMBIENTAL

O meio ambiente e a ordem econômica receberam tratamento constitucional que os tornam interdependentes e indissociáveis, de sorte que o tratamento jurídico destinado a questões que os envolvem deve partir necessariamente de pressuposto que contemple o objetivo da compatibilização ou harmonização desses interesses.

A preservação ambiental, interesse difuso por excelência, mereceu especial proteção na Constituição, que o erigiu a bem comum de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida, e atribuiu ao Estado e à coletividade o dever de preservá-lo (art. 255). Referida proteção ao meio ambiente, no entanto, tem caráter antropocêntrico, na medida em que sua finalidade é preservar a vida e a dignidade das pessoas⁵⁸¹. Via de consequência, o fim último da preservação ambiental é a vida humana e a satisfação de suas necessidades, a sua qualidade de vida. Paralelamente, a Constituição assegura direitos fundamentais sociais, qualificados como de segunda geração e vinculados ao princípio da igualdade, entre os quais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados⁵⁸², direitos que igualmente remetem à finalidade de garantia da qualidade da vida e da dignidade humana.

Afirma-se, por conseguinte, que a aspiração constitucional de satisfação dos “estados humanos substantivados na expressão qualidade de vida” abrange os aspectos concomitantes do nível de vida material e do bem-estar físico e espiritual. A realização das

⁵⁸⁰ MAZZILLI, 2012, op. cit., p. 642.

⁵⁸¹ MACHADO, op. cit., p. 129. Essa conclusão não afasta a necessidade da interpretação do texto constitucional também sobre a perspectiva da necessidade da consideração do valor intrínseco de todas outras formas de vida, nos termos das críticas à exacerbação do antropocentrismo antes referidas.

⁵⁸² FACHIM, op. cit., p. 327.

normas econômicas e ambientais demanda assim conformação a essa globalidade formada por um mínimo material necessário para o deleite espiritual. A qualidade de vida, como finalidade da ordem econômica, deve necessariamente coincidir com a qualidade de vida postulada pela preservação ambiental. Inadmitida, pois, a concepção da qualidade de vida como mero “conjunto de comodidades materiais, nem como a tradução do ideal da volta à natureza, expressando uma reação e indiscriminado desprezo a toda elaboração técnica e industrial”⁵⁸³.

Adotada assim a concepção de que o atendimento às necessidades sociais pressupõe o desenvolvimento econômico, de tal sorte que a finalidade de assegurar a todos uma existência digna, uma sadia qualidade de vida, conforme os ditames da justiça social (caput do art. 170), tem por sustentáculo a atividade econômica e o proveito dela decorrente, caracterizado pela tecnologia, equipamento industrial, agrícola e de serviços⁵⁸⁴.

Essas finalidades, fundamentos da ordem econômica e da preservação ambiental, não retiram da Constituição a consagração de uma economia de natureza capitalista, de mercado⁵⁸⁵.

O modelo constitucional, entretanto, não se resume a indicar o desenvolvimento como uma aspiração cuja consecução possa ser deixada a cargo do mercado. Em verdade, insere o desenvolvimento como objetivo da República Federativa do Brasil, ao lado da construção de uma sociedade livre, justa e solidária; da erradicação da pobreza e da marginalização, e da redução das desigualdades sociais e regionais (CF, art. 3º). Ao Estado brasileiro é assim atribuído o encargo de atuar e intervir no domínio econômico, com finalidade de alcançar esses objetivos, modelo que o identifica com o Estado intervencionista, qualificado pela “busca de um bem social com prestações econômicas positivas do Estado” orientadas para a obtenção desse bem estar, como refere Tavares⁵⁸⁶.

Neste contexto, a política econômica do Estado revela-se determinante para a consecução dos princípios constitucionais da ordem econômica de assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios da busca do pleno emprego e da redução das desigualdades sociais e regionais (art. 170, *caput*, e incisos VII e VIII), porque se afiguram essenciais para fornecer ao país as condições estruturais necessárias para o desenvolvimento econômico.

Impensável, portanto, a consecução do escopo de assegurar a todos uma existência digna, sem a realização de empreendimentos estatais, como estradas, portos,

⁵⁸³ DERANI, op. cit., p. 57-58

⁵⁸⁴ BASTOS, op. cit., p. 127.

⁵⁸⁵ SILVA, 1993, op. cit., p. 665.

⁵⁸⁶ TAVARES, op. cit., p. 45-46.

moradias e usinas hidrelétricas, seja por meio de execução direta do Estado, seja por concessionárias de obras e serviços públicos.

Completa-se assim o círculo de imbricação entre preservação ambiental e ordem econômica, ambas com o igual escopo de proporcionar a todos uma existência digna, de sorte que a ação em benefício da natureza pode levar a uma melhor qualidade de vida para a atual e futuras gerações⁵⁸⁷, ao mesmo tempo em que é princípio e elemento do desenvolvimento econômico. Essa imbricação de interesses espelha a *concepção contemporânea dos direitos humanos*, nela já procedida a releitura que os ampliou, como refere Omoto, para incorporar o novo paradigma ético ambiental. Como anota ainda o autor, essa imbricação de “direitos humanos, meio ambiente e desenvolvimento, num contexto de diversidade cultural”, confirma e assegura a sua unidade, indivisibilidade e interdependência, “cuja síntese, no marco da concepção contemporânea de direitos humanos, vem a constituir o chamado Direito ao Desenvolvimento Sustentável”⁵⁸⁸.

⁵⁸⁷ BASTOS, op. cit., p. 156.

⁵⁸⁸ OMOTO, op. cit., p. 97-99.

4 SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DE MEDIDAS JUDICIAIS DEFERIDAS NAS AÇÕES COLETIVAS – NECESSIDADE DE REVISÃO

No quadro atual da ordem jurídica brasileira, embora a preservação ambiental e a configuração da ordem econômica constitucional afigurem-se duas vertentes da mesma finalidade de *proporcionar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social*, a tutela do meio ambiente encontra-se substancialmente restringida em face da utilização do expediente da suspensão da execução das medidas judiciais deferidas nas ações coletivas, especialmente na ação civil pública.

Insuscetível de tutela jurisdicional condizente com a usual urgência que se revela nos casos concretos, está desprovida de efetividade a previsão constitucional de que o meio ambiente ecologicamente equilibrado deve ser preservado e defendido pelo Estado e pela coletividade. Esta frustração da tutela ao interesse ambiental por vezes ocorre mesmo quando arguida pelo Poder Público, como razão para suspender os efeitos dessa tutela, lesão à ordem econômica que se traduz em interesse meramente patrimonial, interesse secundário, portanto⁵⁸⁹.

Os efeitos dessa inadequação do instituto genericamente denominado “suspensão de segurança” relativamente às tutelas ambientais concedidas em ação civil pública não se limitam, todavia, à retirada da efetividade da tutela jurisdicional destinada a salvaguardar o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Há indicativos de que a possibilidade da utilização do instituto para retirar a eficácia de tutelas ao meio ambiente, concedidas contra os interesses do Poder Público, é causa de algumas distorções no âmbito da própria atuação jurisdicional.

Paralelamente, não é desarrazado concluir que a perspectiva de que eventuais medidas deferidas contra o Poder Público em ação civil pública destinada à tutela dos interesses ambientais poderão ter sua eficácia retirada, até que se caracterize a justificativa do fato consumado, pode levar o Estado a negligenciar o dever que lhe incumbe de zelar pela preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Nessa perspectiva, ao decidir pela realização de empreendimentos econômicos, no âmbito de seu juízo de conveniência e oportunidade, o Poder Público pode descuidar da observância dos impactos ambientais, assim como dos sociais, porque sabe que

⁵⁸⁹ Necessário lembrar a advertência de Barroso, de que o interesse público secundário não é desimportante, porque os recursos financeiros destinam-se à realização do interesse público primário (BARROSO, 2009, op. cit., 70).

sua decisão de natureza política não será eficientemente submetida ao controle jurisdicional, nos aspectos da competência, da legalidade e da formalidade. Essa indução à desídia administrativa pode se revelar na própria definição da estratégica de desenvolvimento, mediante a inobservância de critérios adequados de zoneamento econômico. Mais especificamente, parece revelar-se na elaboração de estudos de impactos ambientais.

Nesse quadro, a atual conformação do instituto da “suspensão de segurança”, caracterizada pela impossibilidade de se invocar a prevalência do interesse ambiental sobre o interesse público, aliada à ultratividade da decisão suspensiva, configura violação aos princípios da inafastabilidade da jurisdição e da efetividade da tutela jurisdicional, bem como nega valor ao direito fundamental ao desenvolvimento sustentável.

Dedica-se esse capítulo a considerar os efeitos negativos da atual conformação da denominada “suspensão de segurança” sobre a efetividade da prestação jurisdicional relativa ao meio ambiente, bem como a apontar as possibilidades da adequação do instituto à ordem constitucional.

4.1 IDENTIFICAÇÃO DO PROBLEMA E SEUS EFEITOS

Identifica-se o núcleo do problema, decorrente do manejo da “suspensão de segurança” para suspender a eficácia de decisões protetivas do meio ambiente, na impossibilidade de se invocar, no processo de suspensão, a prevalência do interesse ambiental tutelado pela decisão contrária ao Poder Público. Decorrem diretamente dessa restrição ao âmbito de apreciação do mérito do pedido de suspensão as conclusões de que a decisão do pedido se reveste de natureza política, fundada em critério de conveniência e oportunidade, e de que seus efeitos vigoram até o trânsito em julgado da ação principal.

O meio ambiente e os interesses que se visa a proteger no pedido de suspensão, inclusive a ordem econômica, tratam-se de interesses igualmente públicos e relevantes, razão pela qual a preservação ambiental somente poderia ser afastada por decisão judicial depois de cotejada a sua relevância com o interesse que o Poder Público pretende preservar, com vista a verificar, na situação concreta, aquele que deve prevalecer⁵⁹⁰. Trata-se de exigência do princípio da inafastabilidade do controle judicial e não significa que o interesse ambiental deve prevalecer em qualquer situação, mas que deve ser possibilitada a invocação do pronunciamento judicial sobre a sua prevalência.

⁵⁹⁰ Em verdade, a preservação ambiental deve se incluída como um dos interesses públicos considerados pressupostos para o deferimento da “suspensão de segurança”, aspecto que oportunamente se retomará.

A decisão do pedido de suspensão não pode se revestir de outra natureza além da jurisdicional. É incompatível com o exercício da função constitucional do Judiciário, como um dos Poderes que integram a República, ou como uma das funções de que se reparte o poder único do Estado, decidir mediante critérios de conveniência e de oportunidade.

Por fim, a previsão legal de que a decisão que suspende a liminar ou a sentença vigora até o trânsito em julgado da ação civil pública impede, no mais das vezes, que a decisão suspensa evite o dano ao interesse ambiental, complementando o quadro de retirada da efetividade da prestação jurisdicional e de desvirtuamento da ordem jurídica provocado pelo instituto da “suspensão de segurança”, ao menos na sua atual conformação.

4.1.1 Efeitos no Âmbito da Prestação Jurisdicional

A utilização da “suspensão de segurança” para retirar a eficácia das decisões que deferem tutelas protetivas do interesse ambiental e que caracterizem ameaça ou lesão aos interesses econômicos do Poder Público⁵⁹¹ é causa de retirada da efetividade da tutela jurisdicional ao meio ambiente, especialmente porque as decisões concedidas com vistas à sua proteção permanecerão suspensas até o trânsito em julgado da sentença definitiva prolatada na ação civil pública.

Considerando a demorada instrução probatória nessa espécie de ação e ainda a possibilidade de apelação e de interposição de recursos especial e extraordinário, uma medida judicial concedida para tutelar o meio ambiente pode permanecer sem eficácia por vários anos. Não é incomum, nessas situações, que a decisão judicial definitiva consista em apenas respaldar a constatação do fato consumado. Via de consequência, a degradação ambiental ilícita ou evitável, eventualmente reconhecida na sentença definitiva, não poderá ser evitada ou ter sua reparação específica, objetivos que o ordenamento jurídico impõe como dever à função jurisdicional.

Noutro aspecto, a convivência do instituto da suspensão com o recurso de agravo, com objetivos, pressupostos e procedimentos distintos, assim como distintos são os órgãos jurisdicionais competentes, leva a situações em que o Judiciário é exposto à perplexidade e ao descrédito. Constatam-se situações em que decisões monocráticas se sobrepõem às dos órgãos colegiados, enquanto o fato consumado passa a constituir argumento

⁵⁹¹ Embora a “suspensão de segurança” aplique-se aos interesses públicos ordem, saúde, segurança e economia públicas, somente desse último interesse se tratará. O recorte temático, todavia, aparentemente não exclui, em linhas gerais, a extensão das conclusões aos demais interesses.

decisório recorrente. Agrava o menoscabo a que é submetida a função jurisdicional a constatação de que essas decisões colegiadas, fundadas em legítimo critério de legalidade, tem sua eficácia retirada por decisões monocráticas deferidas mediante critérios de conveniência e de oportunidade.

Por fim, ainda no que se refere aos reflexos no âmbito da prestação jurisdicional, a possibilidade da utilização da “suspensão de segurança” em ação civil pública em matéria ambiental pode levar à utilização inadequada desse precioso instrumento, em razão especialmente da indução dos legitimados a buscar alternativas para a suspensão de tutela já deferida. Considerando ainda que as decisões judiciais concessivas dessa espécie de tutela contra o Poder Público estão sujeitas à quase inevitável perspectiva de que serão suspensas pelo presidente do respectivo tribunal, não é desarrazoado supor que alguns órgãos jurisdicionais deixem de observar as devidas cautelas para o seu deferimento.

4.1.1.1 Retirada da efetividade da prestação jurisdicional - O caso da Usina Hidrelétrica de Mauá⁵⁹²

A Usina Hidrelétrica de Mauá, construída no Rio Tibagi, entre os municípios de Telêmaco Borba e Ortigueira, no Estado do Paraná, presta-se a exemplificar a inefetividade da tutela jurisdicional em matéria ambiental decorrente, em grande medida, da possibilidade do uso da “suspensão de segurança.”⁵⁹³

Ajuizadas diversas ações civis públicas com fundamento em irregularidades dos estudos de impacto ambiental, inclusive no que se refere à exclusão indevida das terras indígenas da área de abrangência do empreendimento, o que levaria ao deslocamento da competência para ao licenciamento do instituto ambiental estadual para o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente-IBAMA, nenhuma das medidas judiciais deferidas teve efetividade, em razão do deferimento da suspensão das suas eficácias.

Embora tenham sido prolatadas sentenças de parcial procedência em primeiro grau em duas dessas ações, em janeiro de 2007 (ACP nº 1999.70.01.007514-6) e em outubro de 2011 (ACP nº 2006.70.01.004036-9), essas decisões não tiveram nenhuma

⁵⁹² Os detalhes da tramitação das ações judiciais relativas à Usina Hidrelétrica de Mauá compõe o Apêndice A.

⁵⁹³ A Usina Hidrelétrica Mauá tem potência instalada de 363 MW, energia capaz de atender ao consumo de aproximadamente um milhão de pessoas e foi orçada em aproximadamente R\$ 1,4 bilhão. A Licença Ambiental Prévia e a Licença de Instalação foram emitidas pelo Instituto Ambiental do Paraná-IAP em 07/12/2005 e em 18/03/2008. A construção foi efetuada pelo: CONSÓRCIO ENERGÉTICO CRUZEIRO DO SUL. 2011. A Usina. Disponível em: <<http://www.consorcio Cruzeiro dosul.com.br/a-usina>>. Acesso em: 12 abr. 2013.

efetividade, em razão de uma suspensão de eficácia de uma antecipação de tutela deferida em janeiro de 2006 por uma decisão do Presidente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região no Pedido de Suspensão de Segurança de Liminar nº 2005.04.01.056295-1/PR. Igualmente não teve qualquer efetividade o acórdão proferido pelo TRF da 4ª Região na ACP nº 1999.70.01.007514-6, em abril de 2011. Embora reconhecendo a parcial procedência das razões do autor da ação civil pública e a correção da sentença de primeiro grau, o TRF da 4ª Região reformou essa decisão em face da constatação do fato consumado, tendo em vista o adiantado estado das obras da UHE de Mauá. Ademais, considerando a ultratividade da suspensão de antecipação da tutela deferida em janeiro de 2006, referido acórdão não poderia ainda ser executado, em razão da pendência de julgamento de Recursos Especial e Extraordinário⁵⁹⁴.

A Usina Hidrelétrica de Mauá passou a gerar energia em 23 de novembro de 2012 e foi inaugurada em janeiro de 2013.

Via de consequência, decorrida mais de uma década do ajuizamento da primeira ação civil pública, não se obteve o principal objetivo da tutela jurisdicional pleiteada, ou seja, garantir que o empreendimento fosse realizado mediante licenças ambientais concedidas por órgão competente, amparadas em estudos de impacto ambiental que observassem os requisitos preconizados pela legislação. De igual forma, nenhuma efetividade resultou das inúmeras outras ações judiciais contestando variados aspectos das licenças ambientais concedidas para a UHE de Mauá e os respectivos estudos de impactos ambientais.

Esse quadro relativo à Usina Hidrelétrica de Mauá é assim exemplar das consequências causadas pela possibilidade da utilização do instituto da “suspensão da segurança” para suspender a eficácia de tutelas destinadas a preservar o meio ambiente e que caracterizem ameaça aos interesses econômicos do Poder Público.

Entre as irregularidades nos estudos ambientais realizados relativamente à UHE de Mauá que fundamentaram o ajuizamento das ações, arrola-se a inobservância de determinação da Resolução CONAMA nº 1/1986, de que os estudos deveriam considerar toda área de influência da Bacia Hidrográfica (art. 5º, III) e a da Lei nº 9.433/1997, que determina a realização de Avaliação Ambiental Integrada. Essas irregularidades e insuficiências levaram à própria expedição das licenças por órgão ambiental incompetente, na medida em que a

⁵⁹⁴ As informações sobre a tramitação e as decisões proferidas nas ações mencionadas estão disponíveis nas páginas da internet da Justiça Federal do Paraná (www.jfpr.jus.br), do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (<http://www2.trf4.jus.br>) e do Superior Tribunal de Justiça (<http://www.stj.jus.br>).

correta definição da área de abrangência do empreendimento implicaria a competência do IBAMA, em razão da ocorrência de impactos em áreas indígenas.

Essas deficiências foram devidamente reconhecidas nas ações civis públicas nº 1999.70.01.007514-6 e nº 2006.70.01.004036-9, em decisões judiciais e acórdãos proferidos pela Justiça Federal em Londrina e pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no pleno exercício da função jurisdicional, após ampla dilação probatória e fundamentados em critério de legalidade, mediante a observância dos princípios constitucionais, inclusive e especialmente o devido processo legal e seus corolários contraditório e ampla defesa.

Todavia, a efetividade dessas decisões judiciais, que consideraram irregulares e insuficientes os estudos de impactos ambientais realizados para a concessão das licenças ambientais da UHE de Mauá, foi quase totalmente suprimida, porque as medidas antecipatórias destinadas a resguardar a sua eficácia foram suspensas por uma decisão prolatada monocraticamente pelo Presidente do TRF da 4ª Região no Pedido de Suspensão de Segurança de Liminar nº 2005.04.01.056295-1/PR, em janeiro de 2006.

Essa decisão monocrática foi prolatada sem a prévia oitiva ou abertura de possibilidade de manifestação do autor ou do Ministério Público e com a expressa advertência de que o Presidente do Tribunal entendia “incabível examinar, com profundidade, as questões envolvidas na lide, já que o ato presidencial não se reveste de caráter revisional, vale dizer, não se prende ao exame da correção ou equívoco da medida que se visa suspender, mas, sim, à sua potencialidade de lesão à ordem, saúde, segurança e economia públicas”⁵⁹⁵.

Registre-se que o Presidente do Tribunal que apreciou o referido Pedido de Suspensão, reconhecendo que “o debate posto nos autos recomenda cautela, e sua solução desafia uma conciliação entre o desenvolvimento econômico do País e a proteção ao seu meio ambiente”, bem como que as razões que fundamentaram o deferimento da tutela antecipada tinham sólidos fundamentos, justificou o deferimento da suspensão no fato de que a discussão envolvia, naquela época, “licenças prévias, que apenas definem que as usinas são viáveis, mas não autoriza o início das obras, que dependem de licença de instalação”. Considerou assim o Presidente do Tribunal que não havia risco imediato ao meio ambiente.

Entretanto, por força do que dispõe o § 9º do art. 4º da Lei nº 8.437/1992, aquela decisão suspensiva, prolatada no ano de 2006, ainda mantém a sua eficácia e a manterá

⁵⁹⁵ Essas afirmativas não configuram crítica ao entendimento ou ao procedimento adotados pelo Presidente do Tribunal, que são absolutamente consentâneos com as praxes e concepções que atualmente vigoram no que se refere ao instituto denominado suspensão de segurança.

até o trânsito em julgado da decisão proferida na ação principal, ou seja, na ACP nº 1999.70.01.007514-6.

Ademais, por força do disposto no § 8º do mesmo artigo, aquela decisão foi estendida a todas as outras medidas similares deferidas na mesma ou em outra ação judicial, inclusive a ACP nº 2006.70.01.004036-9.

Por conseguinte, aquela decisão suspensiva prolatada em 2006, tendo como um de seus fundamentos a ausência, naquela época, de *periculum in mora* relativamente ao interesse ambiental, manteve sua eficiência quando a alteração da situação de fato passou a caracterizar riscos evidentes e concretos, decorrentes das concessões das licenças de instalação e de operação e da própria construção do empreendimento.

Retirou-se assim a efetividade da tutela jurisprudencial do meio ambiente, de sorte que as sentenças de primeiro grau e o acórdão do TRF da 4ª Região proferidos nos anos de 2007 e 2011 revelaram-se absolutamente ineficazes em relação à UHE de Mauá.

Em verdade, mesmo essas sentenças e acórdão, ainda que comportassem alguma efetividade relativamente à UHE de Mauá, não poderiam ser atualmente executadas, porque ainda não transitadas em julgado as respectivas ações civis públicas.

Ao ser finalmente proferida a decisão judicial passível de execução, pouco restará a tutelar relativamente ao meio ambiente, em face da constatação do fato consumado. Ainda que impostas algumas reparações pecuniárias na decisão final e se logre determinar umas poucas medidas mitigatórias em face da degradação ambiental, restará frustrada a efetividade da prestação jurisdicional.

Lembre-se, nesse ponto, que uma das finalidades da realização dos estudos de impactos ambientais é a definição da própria viabilidade do empreendimento e, quando for esse reputado viável, contemplar todas as alternativas tecnológicas e de localização de projeto, nos termos do que estabelece o inciso I do art. 5º da Resolução CONAMA nº 1/1986.

Via de consequência, por força especialmente do manejo do instituto da “suspensão de segurança”, a degradação ambiental ilícita ou evitável reconhecida em relação ao empreendimento da UHE de Mauá não poderá ser evitada ou ter sua reparação na forma específica, objetivos que o ordenamento jurídico impõe como dever à função jurisdicional.

Paralelamente, a “suspensão de segurança” deferida no ano de 2006 deu causa a inúmeros recursos e incidentes processuais, inclusive um conflito entre a decisão do Presidente do Tribunal, em um pedido de “suspensão de segurança”, e a decisão de uma Turma do TRF, em um agravo de instrumento. O conflito veio a ser solvido pelo Superior Tribunal de Justiça em favor da decisão no pedido de “suspensão de segurança”.

A situação da UHE de Mauá aparentemente não difere, no essencial, de outros empreendimentos de mesma natureza realizados no território nacional⁵⁹⁶.

Nesse quadro da atual conformação do pedido de “suspensão de segurança”, em que se entende que o juízo procedido pelo Presidente do Tribunal é de natureza política e que é lhe é vedada a possibilidade de considerar a prevalência do interesse ambiental que se contrapõe ao interesse econômico do Poder Público, é manifesta a retirada da efetividade da prestação jurisdicional. Basta a demonstração de que a execução da decisão judicial que tutela o meio ambiente causará lesão à ordem econômica para que a sua execução seja suspensa, em um juízo de conveniência e oportunidade, retirando a efetividade da tutela ao meio ambiente.

Essa situação é agravada pela regra da ultratividade da medida suspensiva, de sorte que a superveniência de outras decisões no processo principal, e mesmo a alteração da situação de fato, não justificam sequer a reavaliação da decisão que retirou a eficácia da medida deferida para a tutela do interesse ambiental.

4.1.1.2 Reflexos da “suspensão de segurança” na ação civil pública

Ademais da retirada da efetividade da prestação jurisdicional, a possibilidade do uso da “suspensão de segurança” em ação civil pública parece causar distorções no exercício da jurisdição, mediante a multiplicação e sobreposição de recursos, ao mesmo tempo em que pode levar à inobservância dos necessários cuidados para se formular, instruir e decidir a ação civil pública.

No que se refere às distorções e multiplicidade de recursos e incidentes causados, em grande medida, pela “suspensão de segurança”, a situação da Usina Hidrelétrica de Mauá é também bastante elucidativa, cabendo ressaltar que foram mencionadas apenas duas das muitas ações ajuizadas, assim como foram omitidos os muitos incidentes processuais relativos a essas duas ações⁵⁹⁷.

⁵⁹⁶ Podem ser acompanhadas, exemplificativamente, as movimentações processuais relativas à Usina Hidroelétrica do Baixo Iguaçu, na página da Justiça Federal do Paraná, e à Usina Hidrelétrica Belo Monte, nas páginas da Justiça Federal do Pará (<http://portal.trf1.jus.br/sjpa>) e do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (<http://portal.trf1.jus.br>).

⁵⁹⁷ Consta da página da Justiça Federal do Paraná na internet a existência de 23 agravos vinculados à ACP nº 1999.70.01.007514-6 e 18 relacionados à ACP nº 2006.70.01.004036-9.

Ademais, a situação da UHE de Mauá não se trata de caso isolado, como ilustra o noticiário acerca da Usina Hidrelétrica Belo Monte⁵⁹⁸.

Noutro aspecto, a mera existência dessa multiplicidade de ações ajuizadas contra a construção da UHE de Mauá, algumas delas com fundamentos de fato e de direito e pedidos idênticos ou similares, parece sustentar a conclusão de que a atual conformação da “suspensão de segurança” é também causa do uso inadequado das ações coletivas, especialmente da ação civil pública.

Embora reputado o mais eficiente instrumento para a tutela dos interesses transindividuais, a ação civil pública não é infensa a críticas, imputando-se aos seus legitimados ativos o seu manejo inadequado. Ainda que não se atribua à ação civil pública a mesma eiva de se prestar a uso abusivo, motivado por sentimentos pessoais e interesses políticos, tal como sucede com a ação popular, critica-se o seu uso exagerado e inconsequente, especialmente na tentativa de impor ao Estado a realização de políticas públicas. No que se refere à matéria ambiental, essa crítica é acrescida da atribuição de exageros ao Ministério Público e aos demais legitimados. Afirma-se que a ação civil pública é utilizada como instrumento para obstar a realização de importantes empreendimentos públicos, muitas vezes por questões ambientais de reduzida significância.

A profusão de ações judiciais contestando a construção de usinas Hidrelétricas, como é caso da UHE de Mauá e de Belo Monte⁵⁹⁹, entre outras, parece dar razão à assertiva de que há uma multiplicação de ações semelhantes e repetitivas, embora não se afigurem elas desprovidas de fundamentos, como a final vem sendo reconhecido pelo Poder Judiciário, ainda que tardiamente.

Parece, com efeito, que essa multiplicidade e pulverização de ações civis públicas contestando variados aspectos dos estudos e licenças ambientais desses empreendimentos se devem a uma estratégia para tentar conferir efetividade à prestação

⁵⁹⁸ Consta na página do Ministério Público Federal na internet que a Hidrelétrica de Belo Monte enfrenta 15 processos na Justiça ajuizados pelo órgão, entre os quais ações civis públicas para garantir que o licenciamento de Belo Monte seja feito pelo IBAMA e não pelo órgão estadual e para que seja impedida a contratação da Fadesp para os Estudos, sem licitação; para anular o aceite do Eia-Rima incompleto pelo IBAMA e também a Avaliação Ambiental Integrada; para suspender a licença prévia e o leilão até que seja regulamentado o aproveitamento de recursos hídricos em Terras Indígenas; para suspender a Licença Parcial de Instalação concedida pelo IBAMA sem previsão na Legislação Ambiental; para suspender a Licença de Instalação concedida pelo IBAMA sem que as condicionantes impostas pelo próprio órgão ambiental tenham sido cumpridas; para suspender as obras para evitar a remoção dos povos indígenas Arara e Juruna e para assegurar o respeito ao direito da natureza e das gerações futuras (Informações no Site: <http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias>).

⁵⁹⁹ O Juiz da 9ª Vara Federal do Pará, ao julgar ação contra a construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte criticou recentemente o Ministério Público em sentença exarada no Processo nº 25997-08.2010.4.01.3900, em razão da pulverização, dispersão, superposição e não racionalização do ajuizamento de medidas judiciais sucessivas (Informações no site: <http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?trf1>).

jurisdicional destinada à tutela do meio ambiente, ameaçada pelo instituto da “suspensão de segurança”. Suspensa uma medida judicial concedida para tutelar o meio ambiente em prejuízo dos interesses do Poder Público, os legitimados ativos da ação civil pública parecem buscar alternativas para conseguir idêntico efeito em ações com fundamentos ligeiramente, ou aparentemente, distintos. Essas tentativas decorrem especialmente do fato de que a “suspensão da segurança” deferida para retirar a eficácia da tutela do interesse ambiental terá validade até o trânsito em julgado da ação civil pública.

Essa multiplicidade e pulverização das ações civis públicas parece levar ainda a uma ausência de cautela na formulação dos pedidos e na instrução das ações visando à tutela de interesses ambientais. Trata-se de circunstâncias que decorrem naturalmente da dificuldade representada pela busca de fundamentos de fato e de direito ou de pedidos que caracterizem ações distintas daquelas cujas decisões contrárias ao Poder Público tiveram sua eficácia retirada em pedidos de “suspensão de segurança”.

Em verdade, é de se presumir que a própria possibilidade bastante concreta de que sejam imediatamente suspensas as decisões favoráveis à tutela ambiental eventualmente deferidas nessas ações civis públicas também leve alguns legitimados a descuidar da fundamentação e da instrução de seus pedidos.

Malgrado notórias a capacidade, a responsabilidade e a seriedade que caracterizam o magistrado brasileiro, não é também desarrazoado especular que a possibilidade de que suas decisões que tutelam o meio ambiente sejam suspensas, e assim permaneçam até que lhes sejam retiradas qualquer efetividade, influencie em seu íntimo ao decidir se concede essas tutelas. Certamente não foge ao conhecimento dos magistrados que qualquer tutela concedida contra o Poder Público nessas espécies de ações terá quase inevitavelmente sua eficácia suspensa pela decisão monocrática do Presidente do respectivo Tribunal. Essa possibilidade pode levar alguns magistrados, ainda que não conscientemente, a deferir as tutelas destinadas à proteção ao meio ambiente mediante juízo de probabilidade ainda mais precário do que aquele que naturalmente impõem as tutelas de urgência em geral e a tutela ao meio ambiente em particular.

Nesse ponto, parece ainda oportuno referir que os legitimados à ação civil pública, malgrado seus eventuais exageros e até abusos, bem como os magistrados singulares que deferem as medidas para tutelar o ambiente, no mais das vezes veem reconhecidas a correção de suas postulações e decisões. Esse reconhecimento é procedido pelos próprios tribunais, que respaldam as decisões de primeiro grau, ainda que repute prejudicado o objeto da ação. Ademais, a correção das postulações dos ambientalistas e do Ministério Público é

frequentemente reconhecida pela própria Administração, acatando recomendações ou mediante celebração de Termos de Ajustamento de Conduta⁶⁰⁰.

4.1.2 Efeitos no âmbito da Atuação Administrativa

Parece igualmente não se afigurar nenhuma temeridade afirmar que a possibilidade de que eventuais medidas judiciais deferidas contra o Poder Público sejam imediata e indefinidamente suspensas influenciam na ausência de preocupação da Administração com aspectos ambientais que possam obstar a realização de obras de interesse da política econômico-social do Estado.

Essa ausência de preocupação certamente é reforçada em razão de a medida suspensiva ser concedida mediante simples despacho do Presidente do Tribunal, em consideração a mera afirmação do Poder Público de que a execução da decisão importará grave ameaça ao interesse público, ausente o contraditório e a ampla defesa ou qualquer outra das garantias constitucionais processuais.

Ainda considerável é a circunstância de que a decisão suspensiva do Presidente do Tribunal terá vigência até o trânsito em julgado da ação civil pública, oportunidade em que nada mais restará ao Poder Judiciário que reconhecer a ocorrência do fato consumado. Ainda que reconheça a ilegalidade, insuficiência ou até mesmo fraude nos estudos de impactos e licenças ambientais, não mais será possível evitar o dano, restando apenas e eventualmente impor condenações pecuniárias. Entrementes, o Poder Público terá alcançado o seu desiderato de concluir o empreendimento almejado.

Configurada, por conseguinte, uma hipótese no ordenamento jurídico brasileiro em que as opções políticas do Poder Público são absolutamente incontrastáveis, ao contrário do que preconizam os princípios do direito administrativo, porque a decisão administrativa é subtraída da apreciação do Poder Judiciário também no que se refere à competência, à legalidade e à formalidade.

Nesse quadro, não se pode afastar a possibilidade de que a Administração conduza seus licenciamentos ambientais sem a observância dos critérios que adotaria se

⁶⁰⁰ A título de exemplo, o consórcio responsável pela construção da UHE de Mauá, bem como o Instituto Ambiental do Paraná-IAP, a Companhia Paranaense e Energia Elétrica-COPEL e o IBAMA, acataram recomendações do Ministério Público Federal e celebraram Termos de Ajustamento de Conduta extrajudiciais, visando a mitigar ou prevenir impactos ambientais não contemplados no EPIA/RIMA, inclusive no que se refere aos impactos em áreas indígenas (CONSÓRCIO ENERGÉTICO CRUZEIRO DO SUL. 2011. A Usina. Disponível em: <<http://www.consorcio Cruzeiro dosul.com.br/a-usina>>. Acesso em: 12 abr. 2013.

estivesse de fato sujeita ao controle jurisdicional, especialmente em conjunturas em que empreendimentos públicos são particularmente relevantes para a política econômica estatal, como ocorre atualmente com os destinados à produção e distribuição de energia elétrica.

Essa ausência de cautela da Administração em relação à observância da legislação ambiental pode ocorrer na própria elaboração do zoneamento ambiental, mas certamente mais se manifesta na elaboração dos estudos de impactos ambientais exigidos para os licenciamentos dos empreendimentos conduzidos pelo Estado ou por seus concessionários. Não por outra razão, a significativa maioria das ações judiciais que atualmente contestam os grandes empreendimentos estatais, especialmente os hidrelétricos, tem por causa de pedir exatamente a afirmação da deficiência dos estudos de impactos ambientais e a concessão de licenças ambientais em desacordo com a legislação de regência.

4.2 DESCONFORMIDADE DA SUSPENSÃO DE SEGURANÇA COM OS PRINCÍPIOS DA INAFSTABILIDADE E DA EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO

A atual conformação do instituto da “suspensão de segurança”, caracterizada pelo entendimento jurisdicional de que o mérito do pedido se restringe à verificação da ocorrência da grave ameaça ao interesse público, aliada à ultratividade da decisão suspensiva, configura violação aos princípios da inafastabilidade da jurisdição e da efetividade da tutela jurisdicional relativa ao interesse ambiental, bem como nega valor ao direito fundamental ao desenvolvimento sustentável⁶⁰¹.

Como anota Mendes, desde a Constituição de 1946, a ordem constitucional brasileira assegura que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito. Esse preceito fundamental do Estado de Direito, previsto no art. 5º, XXXV, da atual Constituição, consagra a tutela judicial efetiva⁶⁰², expressa no princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Essa garantia conjuga-se a outras, especialmente

⁶⁰¹ Nesse sentido, para Pereira, é “aviltantemente inconstitucional” o instituto, se adotado o entendimento sedimentado na jurisprudência de que a análise do pedido de suspensão deve estar vinculada unicamente ao potencial lesivo da decisão que se pretende suspender, abstraindo-se do seu acerto ou desacerto, de sorte que, ainda que a liminar ou a sentença sejam juridicamente irretocáveis, seus efeitos devem permanecer sobrestados até o trânsito em julgado se ensejar risco de dano aos valores que a norma buscou proteger (PEREIRA, op. cit., p. 299-303).

⁶⁰² MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 440-443. Como lembra o autor, “não se pode perder de vista que a boa aplicação dessas garantias configura elemento essencial de realização do princípio da dignidade humana na ordem jurídica. Como amplamente reconhecido, o princípio da dignidade da pessoa humana impede que o homem seja convertido em objeto dos processos estatais”.

com a do devido processo legal, bem como de seus corolários direito ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV).

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, que constitui a principal garantia dos direitos fundamentais, inclusive dos coletivos, fundamenta-se na separação de poderes, reconhecida como “garantia das garantias constitucionais”⁶⁰³. É assim princípio do Estado Democrático a atribuição da função jurisdicional a um poder autônomo e independente, de sorte que essa função “não seja reabsorvida pelos demais poderes, em detrimento da liberdade e das garantias dos cidadãos”⁶⁰⁴. Como observa Mendes, “diferentemente do Legislativo e do Executivo, que se encontram em relação de certo entrelaçamento, o Poder Judiciário, ou a Jurisdição, é aquele que de forma mais inequívoca se singulariza com referência aos demais Poderes”. Com apoio em Konrad Hesse, observa que não é o fato de o Judiciário aplicar o Direito que o distingue dos demais Poderes, mas o exercício da função jurisdicional de maneira autônoma⁶⁰⁵.

É atribuída ao Judiciário a tarefa de defender os direitos ameaçados, “essência da sua função”. Para essa tarefa, que implica definir o conteúdo dos direitos fundamentais albergados pela Constituição, é atribuída a prerrogativa de controlar os atos dos demais Poderes. Dessa vinculação do Judiciário aos direitos fundamentais, decorre o dever de conferir a tais direitos a máxima eficácia possível, ao mesmo tempo em que, pela perspectiva negativa, decorre o dever de recusar a aplicação de preceitos que não os respeitem⁶⁰⁶.

O cumprimento do princípio basilar da tutela judicial efetiva pressupõe assim a observância da independência do Judiciário pelos demais Poderes, no exercício das funções legislativa e administrativa, de sorte a se vedar a edição de normas ou a criação de obstáculos materiais e logísticos ao exercício da Jurisdição.

Fiel a esses pressupostos, para dar efetividade ao princípio da proteção judicial efetiva, “pedra angular do sistema de proteção de direitos”, a atual Constituição conferiu ao Judiciário autonomia institucional, administrativa e financeira sem similar na

⁶⁰³ SILVA, 1993, op. cit., p. 376-377.

⁶⁰⁴ SILVA, op. cit., 2011, p. 58.

⁶⁰⁵ MENDES, op. cit., p. 998-999.

⁶⁰⁶ Ibidem, p. 173 e 440. Observa o autor, citando Martin Kriele, que o Estado moderno arrosta um dilema quase insolúvel: “de um lado, há de ser mais poderoso que todas as demais forças sociais do país - por exemplo, empresas e sindicatos -, por outro, deve outorgar proteção segura ao mais fraco: à oposição, aos artistas, aos intelectuais e às minorias étnicas.” A solução do dilema consiste no fato do Estado incorporar a defesa dos direitos humanos em seu próprio poder, ao se definir o poder do Estado como o poder defensor dos direitos humanos. Todavia, sem a divisão de poderes e especialmente sem a independência judicial, tudo se resumirá a uma declaração de intenções, porque a realização dos direitos humanos somente é possível quando limitam o poder do Estado e quando esse poder está fundado em uma ordem jurídica que contempla a defesa dos direitos humanos.

história constitucional brasileira, ao mesmo tempo em que constitucionalizou instrumentos para garantias dos direitos fundamentais, a exemplo da ação civil pública⁶⁰⁷.

A tutela judicial efetiva, no entanto, pressupõe fundamentalmente que o próprio Judiciário exerça a jurisdição com a estrita e inafastável consciência da sua função no Estado Democrático de Direito, o que implica, inclusive, atuação que pode levar a decisões em prejuízo das políticas e estratégias adotadas pelo Poder Público. Inadmissível, por conseguinte, que o exercício da função jurisdicional seja procedido mediante critérios e finalidades distintos daqueles que informam a Jurisdição, sempre se maneira imparcial.

Não se esgota assim o direito à proteção jurisdicional na possibilidade da formulação de um pedido em juízo. A pretensão à tutela jurídica, que corresponde às garantias consagradas na Constituição, pressupõe ainda o direito da parte de informação sobre os atos e elementos do processo e o direito de manifestação e de que seus argumentos sejam devidamente apreciados e considerados, com imparcialidade, o que implica necessariamente também o dever de fundamentar as decisões, nos termos do art. 93, IX, da Constituição⁶⁰⁸.

Exigem-se, portanto, normas de conteúdo processual que preordenem técnicas adequadas à efetividade da tutela jurisdicional⁶⁰⁹, o que implica a observância do devido processo legal, em um procedimento adequado à tutela que justifica a atuação judicial. Mas, para a finalidade de dar efetividade à jurisdição, é ainda fundamental a prolação das decisões mediante critério de justiça, o que implica que a apreciação das provas, o enquadramento dos fatos em normas e categorias jurídicas e a interpretação do direito positivo devem ser procedidos de modo a conduzir um resultado mais justo, ainda que aparentemente divergente da vontade do legislador⁶¹⁰, mas em consonância com a Constituição.

De certa maneira indissociável ao princípio da inafastabilidade do controle do Poder Judiciário, está o da efetividade da tutela jurisdicional.

O direito à prestação jurisdicional deve ser entendido como direito ao provimento e aos meios executivos, quando necessários, suficientes para dar efetividade ao direito material eventualmente reconhecido, o que implica a tutela jurisdicional tempestiva e, em alguns casos, preventiva⁶¹¹. A efetividade da tutela jurisdicional não se coaduna com decisões que tornem insuficientes ou inúteis as medidas judiciais, porque insuscetíveis de proporcionar a fruição do direito a quem efetivamente o possui. Nesse sentido, o uso

⁶⁰⁷ MENDES, op. cit., p. 998.

⁶⁰⁸ Ibidem, p. 500.

⁶⁰⁹ MARINONI, op. cit., p. 144

⁶¹⁰ CINTRA, op. cit., p. 39-41.

⁶¹¹ MARINONI, op. cit., p. 139.

adequado de tutelas de urgência, a exemplo das previstas nos arts. 461 e 461-A do Código de Processo Civil, constitui poderoso instrumento para assegurar a tutela jurisdicional efetiva⁶¹².

O instituto da “suspensão da segurança”, na sua atual conformação, parece não se amoldar a nenhum desses dois princípios que informam a Jurisdição.

A restrição da análise do mérito do pedido de suspensão à existência do pressuposto da grave ameaça à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, caracteriza violação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, ao menos no que se refere à suspensão de tutelas destinadas à proteção de interesses ambientais.

Não afastam essas conclusões todos os fundamentos de justificação invocados pela doutrina para sustentar a constitucionalidade da suspensão de segurança, conforme referido no segundo capítulo. Com efeito, não se ignora que o fundamento do instituto é a supremacia do interesse público sobre o particular, que o sacrifício do interesse tutelado pela decisão cujos efeitos foram suspensos somente se verifica enquanto não se tem a certeza definitiva sobre o direito afirmado, que a decisão prolatada contra o Poder Público pode ter sido concedida em juízo de mera verossimilhança e que não se retira a validade da decisão, mas apenas se suspende temporariamente seus efeitos. Também não se ignora que o ordenamento jurídico permite, em determinadas circunstâncias, a limitação horizontal do âmbito de conhecimento judicial.

Essas constatações não afastam a inevitável conclusão de que a tutela jurisdicional relativa ao interesse ambiental, uma vez suspensa pelo Presidente do Tribunal, está muito provavelmente fadada à inefetividade, em razão da urgência que essa espécie de tutela requer e porque o escopo fundamental da tutela do meio ambiente é a prevenção.

Vedar ao autor da ação civil pública a possibilidade de que o Presidente do Tribunal considere as suas razões, com a finalidade de avaliar se, no caso concreto, deve prevalecer o interesse ambiental ou o interesse que o Poder Público pretende tutelar, implica retirar toda a eficácia da indispensável tutela de urgência. Via de consequência, implica negar a prestação jurisdicional. Afirmar que o interesse ambiental será tutelado na ação principal é desconhecimento da realidade ou apego a um formalismo insustentável sob qualquer dos pressupostos que informam o processo, a Jurisdição e o Estado Democrático de Direito.

Não se ignora que o ordenamento jurídico contempla outras hipóteses de limitação horizontal do âmbito de apreciação do mérito, como na desapropriação, em que se veda ao Judiciário decidir se estão configurados os casos de utilidade pública ou interesse

⁶¹² CINTRA, op. cit., p. 39-41.

social. Trata-se, todavia, de interesse patrimonial, naturalmente passível de satisfação pecuniária, que deve, ademais, ser prévia e justa e em dinheiro. Além do mais, como refere Mendes, a possibilidade de desapropriação consiste em uma reserva legal imposta ao direito de propriedade pela própria Constituição (art. 5º, XXIV)⁶¹³. O argumento decisivo da diferenciação, no entanto, é que o direito de propriedade não é suprimido pela desapropriação, mas convertido em pecúnia, que se reveste da mesma natureza. Por sua vez, o direito fundamental à preservação do ambiente, uma vez violado, não pode ser recomposto.

Por conseguinte, não se pode concordar com a assertiva de que a suspensão de segurança pode ser assimilada a outras prerrogativas da Administração, como a preferência do crédito fiscal, a execução fiscal e a desapropriação, concebidas como contraposição às limitações que são impostas pelo seu regime jurídico⁶¹⁴. Nenhuma dessas prerrogativas, das quais a desapropriação é a mais drástica, implica a supressão total de direitos fundamentais, como pode ocorrer na suspensão de eficácia de decisão concedida para tutelar o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Igualmente inaceitáveis as assertivas de que a suspensão de segurança assimila-se às prerrogativas processuais da Fazenda Pública⁶¹⁵; se trata de um instrumento para equiparar a situação da Administração Pública à do particular⁶¹⁶; ou é manifestação do princípio da proporcionalidade, em que o legislador previamente ponderou a prevalência do interesse do Poder Público, até que se verifique o trânsito em julgado da decisão que se pretende suspender, momento em que se inverte a prevalência⁶¹⁷.

Prerrogativas processuais concedidas ao Estado, como a remessa *ex officio* (art. 475 do CPC), o cômputo dos prazos em dobro e em quádruplo (art. 188 do CPC) e as intimações pessoais, ademais de também se revelarem de duvidosas constitucionalidade e necessidade na atual quadra, não violam diretamente direitos fundamentais.

A equiparação da situação da Administração à do particular, embora possa ter justificado a criação do instituto da suspensão, quando as liminares concedidas em sede de mandado de segurança eram irrecorríveis, de há muito deixou de constituir justificativa válida, em face da ampla recorribilidade das liminares e sentenças e da possibilidade de atribuição de efeitos suspensivos aos recursos. Na atual quadra, a suspensão de segurança é reconhecidamente um privilégio, sem similar, do Poder Público.

⁶¹³ MENDES, op. cit. p. 390.

⁶¹⁴ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão de segurança*. Op. cit., p. 120-122.

⁶¹⁵ SCARTEZINI, op. cit., p. 64.

⁶¹⁶ COUTINHO, op. cit., p. 139-144.

⁶¹⁷ ROCHA, op. cit., p. 85-87.

Por sua vez, a assertiva de que a “suspensão de segurança” encontra justificação na prévia ponderação dos interesses em conflito, procedida pelo legislador, decorre do pressuposto, nem sempre verdadeiro, de que o interesse do Poder Público é mais valioso do que o interesse ambiental⁶¹⁸. Ademais, a assertiva de que a prevalência se inverterá com o transito em julgado da ação principal é apenas uma possibilidade teórica, infirmada pela observação do que normalmente acontece com as tutelas ambientais que são suspensas.

Nenhuma dessas conclusões é afastada definitivamente pela justificativa da supremacia do interesse público sobre o particular, porque o interesse ambiental é reputado interesse público, tal como sucede com o interesse que o Estado pretende tutelar no pedido de “suspensão de segurança”.

Relativizados, por conseguinte, os fundamentos de validade do instituto da “suspensão de segurança”, inclusive o da supremacia do interesse público sobre o particular, ao menos no que se refere à sua atual conformação.

Parece, portanto, que o instituto da “suspensão de segurança”, na sua atual conformação, efetivamente configura violação aos princípios da inafastabilidade da Jurisdição e da efetividade da tutela jurisdicional relativa ao interesse ambiental, o que leva ainda à negação do direito fundamental ao desenvolvimento sustentável.

Inadmissível que “o Estado estabeleça um arcabouço normativo, conceda direitos e defira mecanismos processuais de proteção para, em momento subsequente, permitir que sejam olvidadas as faculdades concedidas aos particulares”, em outros termos, que se reconheça um direito, mas se retire a perspectiva da sua fruição⁶¹⁹. Trata-se, por via transversa, de vedar o acesso à Jurisdição ou de lhe retirar inteiramente a efetividade.

4.3 ALTERNATIVAS DE COMPATIBILIZAÇÃO DO INSTITUTO COM A CONSTITUIÇÃO

Ressalva a declaração da inconstitucionalidade total e absoluta do pedido de “suspensão de segurança”, nos termos do que postulam Bueno e Ferraz, entre outros⁶²⁰, a compatibilização do instituto com a Constituição, considerado o escopo fundamental da efetividade da prestação jurisdicional, com vistas à realização do princípio do desenvolvimento sustentável, demanda uma substancial alteração na sua atual conformação.

⁶¹⁸ Esse pressuposto não é válido somente em relação ao interesse ambiental, mas em relação a qualquer outro interesse difuso ou coletivo tutelado em ação civil pública e mesmo em relação a alguns interesses individuais tutelados em mandado de segurança, como o direito à saúde, por exemplo.

⁶¹⁹ PEREIRA, op. cit., p. 299-303.

⁶²⁰ Confira-se nesse sentido, as menções efetuadas no segundo capítulo.

Trata-se de necessidade de adequação aos princípios da inafastabilidade e da efetividade da jurisdição e ao direito fundamental ao desenvolvimento sustentável.

Com essa finalidade, as alternativas de compatibilização consistem na supressão da ultratividade da decisão que defere a medida suspensiva, na exigência de que a decisão do Presidente do Tribunal seja procedida mediante critérios jurídicos e, especialmente, na declaração definitiva, pela via legal, jurisprudencial e doutrinária, da possibilidade de se invocar, no processo de suspensão, a prevalência do interesse ambiental tutelado pela liminar ou pela sentença contrária ao Poder Público. Paralelamente, a atual quadra do ordenamento jurídico constitucional justifica a própria inclusão da preservação ambiental como um dos interesses que fundamentam a suspensão da segurança.

4.3.1 Superação Parcial da Inconstitucionalidade pela Eliminação da Ultratividade da Decisão Suspensiva

A regra da ultratividade da decisão que suspende a eficácia de medidas judiciais concedidas contra o Poder Público é particularmente inadequada em relação às ações civis públicas.

Como antes se referiu, a ultratividade da decisão suspensiva é justificada pela assertiva de que superveniência da sentença de procedência não tem influência no pedido de suspensão, porque distintos são os seus fundamentos, pressupostos e objetivos. Assim, se os pressupostos da suspensão estavam presentes por ocasião do deferimento da liminar ou da antecipação da tutela, estariam também presentes quando proferidos a sentença ou o acórdão que confirmam o teor das medidas de urgência. Exatamente por essa razão o STF editou a Súmula nº 626, estabelecendo que a suspensão, salvo determinação em contrário da decisão que a deferir, terá vigor até o trânsito em julgado da decisão definitiva, “desde que o objeto da liminar deferida coincida, total ou parcialmente, com o da impetração”.

Entretanto, como também referido no segundo capítulo, especialmente no que tange à ação civil pública, esse raciocínio deixa de considerar que a liminar é concedida em cognição sumária e a sentença após dilação probatória exauriente⁶²¹. Por conseguinte, a ampla dilação probatória realizada na ação civil pública infirma os fundamentos de constitucionalidade da “suspensão de segurança” caracterizados pela temporariedade e precariedade da decisão que se pretende suspender. Logo, o grau crescente de certeza que se

⁶²¹ SCARTEZINI, op. cit., p.74-75.

obtem da sentença que, após dilação probatória e o pleno exercício do contraditório, confirma a liminar ou a tutela antecipada, não pode ser desconsiderado ao se justificar a subsistência da decisão suspensiva após a prolação da sentença em primeiro grau. Com mais razão ainda, não pode ser desconsiderada a certeza, especialmente em matéria de fato, decorrente do acórdão do Tribunal que confirma a sentença de primeiro grau, porque esse aspecto é insuscetível de apreciação em eventuais recursos especial ou extraordinário.

Acrescente-se que a finalidade precípua das tutelas de urgência, de “produzir efeitos úteis, necessários e imediatos àquele que se apresenta munido de maior probabilidade de êxito no desfecho da ação”⁶²², é particularmente relevante nas ações civis públicas para tutela de interesse ambiental⁶²³.

Essas peculiaridades levam à inaplicabilidade da ultratividade da “suspensão de segurança” relativamente a essas ações.

Esvaziado o conteúdo das tutelas de urgência, estará relegada à absoluta inefetividade a tutela jurisdicional do meio ambiente, ferindo todos os princípios albergados pelo artigo 225 da Constituição e mesmo a imposição do art. 170, que orientam a atuação do Estado, inclusive a sua função jurisdicional, para o desenvolvimento sustentável.

Por conseguinte, é insustentável a regra da ultratividade da decisão suspensiva em relação à ação civil pública ajuizada para preservar interesse ambiental, de sorte que, ainda que a sentença mantenha integralmente a liminar, nos termos do que exige a Súmula do STF nº 626, é necessária a apresentação de novo pedido de suspensão.

Noutro aspecto, a alteração da situação de fato deve possibilitar o pedido de revisão da decisão suspensiva, tal como sucede em qualquer outra tutela de urgência.

A eliminação da ultratividade da decisão que suspende a execução da tutela concedida contra o Poder Público em ação civil pública, ademais de robustecer os fundamentos de validade da “suspensão de segurança”, caracterizados pela temporariedade da suspensão e pela precariedade da tutela concedida na ação principal, restringiria o sacrifício do interesse ambiental contraposto ao interesse do Poder Público tutelado pela suspensão.

Entretanto, tratando-se a ação civil pública de ação que admite ampla dilação probatória, a possibilidade da antecipação da tutela, provida de plena eficácia, afigura-se determinante para a proteção de interesses que demandam tutela de urgência, como o

⁶²² BUENO, 2002, op. cit., p. 201.

⁶²³ Como anota Mendes, com respaldo em decisões do STF, embora o princípio basilar da inafastabilidade da Jurisdição não se revele incompatível com a proibição de concessão de medidas cautelares, em determinadas matérias e em circunstâncias específicas, não se admite a proibição genérica de concessão dessas medidas, porque o deferimento da tutela de urgência pode ser fundamental para conservação do direito material (MENDES, op. cit., p. 462-463).

ambiental, pena de se tornar inviável a sua preservação. Por sua vez, a tutela ao interesse ambiental concedida na sentença de primeiro grau também pode revelar-se inteiramente esvaziada se sua eficácia estiver condicionada à confirmação da decisão do recurso ao tribunal e mesmo ao desfecho dos recursos especial ou extraordinário.

Via de consequência, a decisão judicial na ação civil pública, ainda que julgue procedente o pedido, pode ter sua eficácia restaurada somente quando o dano ao meio ambiente já tiver sido consolidado e for irreparável. Trata-se de situação que não se amolda à estatura do interesse ambiental conferida pelo artigo 225 da Constituição, nem tampouco às previsões do artigo 461 do Código de Processo Civil e do artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor, que estipulam que a prestação jurisdicional deve privilegiar a tutela específica.

Em tema de direito ambiental, a resolução em perdas e danos é a negação da prestação jurisdicional e representa o insucesso do ordenamento jurídico em dar cumprimento a um dos mais relevantes princípios constitucionais.

Nesse quadro, embora a eliminação da ultratividade da decisão que defere a “suspensão da segurança” tenha significativo efeito para reduzir o sacrifício dos interesses tutelados em ações coletivas, ademais de se revelar consentânea com os princípios constitucionais, não seria suficiente para eliminar inteiramente a distorção provocada pelo instituto, que reside essencialmente na impossibilidade de se apreciar, no âmbito do pedido de suspensão, qual interesse deve prevalecer.

4.3.2 Superação Parcial da Inconstitucionalidade pela Decisão do Pedido de Suspensão Mediante Critérios Exclusivamente Jurídicos

Como refere Rodrigues, aderindo à doutrina nacional predominante, é inaceitável a concepção de que a suspensão de segurança é revestida de natureza de medida administrativa praticada pelo Presidente do Tribunal no exercício de poder discricionário, destinado a aplicar o princípio da supremacia do interesse público em sacrifício do interesse privado. Conferir natureza administrativa ao ato do Presidente do Tribunal implica admitir que “um ato administrativo poderia sobrepor-se a um ato jurisdicional, até mesmo para retirá-lo a eficácia”⁶²⁴. Converte assim a doutrina no sentido de que a decisão do Presidente do Tribunal deve ser procedida mediante critérios exclusivamente jurídicos, excluída a possibilidade de consideração de razões de conveniência e oportunidade. Por conseguinte,

⁶²⁴ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão de segurança*. Op. cit., p. 92-94.

ainda que se admita que os pressupostos naturais da suspensão de segurança tenham inspiração política, “a decisão pertinente é eminentemente jurisdicional”⁶²⁵.

Todavia, o exame dos repertórios de jurisprudência revela que os tribunais consideram a decisão prolatada pelos seus presidentes no pedido de suspensão de segurança um ato revestido de natureza político-administrativa.

Como se referiu ao analisar a questão no segundo capítulo, trata-se de concepção desprovida de fundamento, porque a decisão do Presidente do Tribunal que suspende a execução de uma decisão de outro órgão do Poder Judiciário é inquestionavelmente um ato jurisdicional e, nesta qualidade, está adstrita aos princípios que informam a Jurisdição e o processo.

Não infirma essa conclusão a existência de alguns elementos que caracterizam conceitos indeterminados na normatização da suspensão de segurança, como interesse público. Referidos conceitos são determináveis, conceitos a serem trazidos à zona de certeza, como refere Figueiredo⁶²⁶. Ademais, a discussão acerca da discricionariedade judicial não é estranha ao ordenamento jurídico brasileiro, razão pela qual o tratamento dispensado à matéria relativamente à suspensão de segurança não deve discrepar daquele conferido genericamente ao sistema processual. Em outros termos, a existência de conceitos indeterminados na regulamentação da suspensão de segurança não é razão jurídica para pretender-se atribuir à decisão do Presidente a natureza de ato político-administrativo.

Portanto, o pedido de suspensão “não pode significar mero trespasse de competências exclusivamente administrativas aos presidentes dos tribunais que não se podem valer do instituto em nome do prevailecimento de políticas públicas ou juízos de conveniência e oportunidade administrativas”. A atuação do Judiciário, ainda que consideradas as peculiaridades da suspensão de segurança, deve ser exclusivamente jurídica e é por critérios jurídicos que devem ser aferidos os requisitos para o deferimento da suspensão⁶²⁷.

Destoa completamente da ordem democrática constitucional, que se logrou construir a partir de 1988, constatar que uma decisão proferida por um órgão jurisdicional, revestido da autoridade e da dignidade de Presidente de um Tribunal, está sendo prolatada em juízo de conveniência e oportunidade, abstraindo-se critérios jurídicos.

⁶²⁵ FERRAZ, op. cit., p. 369.

⁶²⁶ FIGUEIREDO, op. cit., p. 155-156.

⁶²⁷ BUENO, 2007, op. cit., p. 164-165 e 245. Para o autor, não é o que ocorre no âmbito dos tribunais, porque o Presidente do Tribunal competente para apreciar o pedido de suspensão “acaba fazendo as vezes de um verdadeiro administrador público, contemporizando interesses públicos e privados sem questionar do acerto ou desacerto da decisão favorável ao impetrante cujos efeitos suspende”.

A função do Judiciário, na qualidade de um dos poderes da República, é atuar na condição de terceiro imparcial em relação aos interesses em disputa, de sorte que o único interesse que o pode mover, como afirma Silva, é o de respeito e observância à ordem jurídica constitucional, ao contrário do Administrador que age para que determinadas finalidades sejam alcançadas⁶²⁸.

Ao assumir que decide um pedido de suspensão mediante critérios de conveniência e oportunidade, o Presidente do Tribunal renuncia ao seu dever constitucional de atuar, com imparcialidade, para solucionar o conflito de interesses entre a Administração e o indivíduo. No caso da ação civil pública em matéria ambiental, renuncia ao seu dever de solucionar o conflito entre dois interesses igualmente públicos. Essa renúncia caracteriza subversão da natureza contramajoritária assumida pelo Poder Judiciário nos Estados Democráticos de Direito e que se destina à proteção dos direitos fundamentais.

Viola-se, por conseguinte, o princípio da correção funcional, que estabelece que o sistema de repartição de funções entre os órgãos e pessoas designados pela Constituição e, especialmente, entre os Poderes constituídos, não pode ser deturpado por meio da interpretação de algum preceito⁶²⁹.

De qualquer forma, ainda que absolutamente indispensável que as decisões dos pedidos de “suspensão de segurança” sejam procedidas mediante critérios jurídicos, essa modificação no procedimento dos presidentes dos tribunais representaria solução apenas parcial no escopo de conferir efetividade à prestação jurisdicional relativa os interesses ambientais. Reputando-se vedada a consideração sobre a possibilidade da prevalência do interesse ambiental, remanesceria o interesse ambiental desprovido de tutela efetiva.

4.3.3 Superação pela Revisão do Mérito do Pedido de Suspensão

A adequação do instituto da “suspensão de segurança” aos preceitos constitucionais, especialmente aos princípios do desenvolvimento sustentável e da inafastabilidade e da efetividade da jurisdição, pode ser alcançada mediante a revisão do âmbito de apreciação do mérito do pedido.

Adotada a premissa de que os interesses transindividuais tutelados na ação civil pública, especialmente o ambiental, são igualmente públicos e relevantes, à semelhança dos interesses públicos tuteláveis pela “suspensão de segurança”, a solução que se apresenta

⁶²⁸ SILVA, 2011, op. cit., p. 68-69.

⁶²⁹ MENDES, op. cit., p. 108.

consentânea com os preceitos constitucionais é permitir que se proceda, no âmbito do pedido de suspensão, à análise acerca de qual desses interesse deve prevalecer no caso concreto.

Como postula Bueno, trata-se de condicionar a harmonização da suspensão de segurança com a Constituição mediante a constatação, no caso concreto, de que efetivamente se configura hipótese de manifestação do princípio basilar da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, caso em que a liminar que favorece um particular deve ceder espaço a um interesse maior e mais amplo, que é o da coletividade⁶³⁰.

Em outros termos, a alternativa implica condicionar o deferimento do pedido de suspensão à demonstração de que a ameaça à ordem, à segurança, à saúde e à economia públicas, ademais de grave, não é aceitável quando cotejada com a lesão decorrente da suspensão da execução da medida judicial deferida contra o Poder Público.

Para as finalidades desse trabalho, a análise se restringerá à tutela do interesse ambiental, contraposto à ordem econômica. Entretanto, pode-se, em princípio, afirmar que a análise guarda razoável pertinência com outros interesses transindividuais em conflito com a própria economia, ou com a saúde, a ordem ou a segurança públicas.

Procede-se a análise, portanto, tratando de hipóteses em que medida judicial concedida para tutelar o interesse ambiental caracteriza ameaça de lesão aos interesses econômicos do Poder Público, situação bastante comum em decorrência dos grandes empreendimentos estatais, como estradas, portos e usinas hidrelétricas. Nessas últimas, o embate entre o interesse econômico e o ambiental é, na realidade, praticamente inevitável, porquanto referidos empreendimentos são necessariamente construídos às margens de rios, locais em que a manutenção de área de preservação permanente é imperativo legal.

4.3.4 Inclusão do Interesse Ambiental como Pressuposto da Suspensão de Segurança

Na ordem constitucional vigente, em que o meio ambiente ecologicamente equilibrado foi erigido a direito fundamental, incumbindo ao Estado e à sociedade o dever de preservá-lo para a presente e para as futuras gerações, justifica a sua inclusão como um dos interesses tutelados pela suspensão da segurança, ao lado da ordem, da segurança, da saúde e da economia públicas.

⁶³⁰ BUENO, 2007, op. cit., p. 244-245. Oportuno lembrar a advertência de Barroso, de que a realização do interesse público primário pode consumir-se com a própria satisfação de determinados interesses dos indivíduos. O interesse público primário consiste assim “na melhor realização possível, à vista da situação concreta a ser apreciada, da vontade constitucional, dos valores fundamentais que ao intérprete cabe preservar ou promover” (in BARROSO, 2009, op. cit., p. 70-71).

O meio ambiente ecologicamente equilibrado foi elevado à condição de bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, revelando que a proteção ambiental tem fundamento no interesse coletivo ou social, fundamental para a consecução de um objetivo de bem-estar comum, embora também fundamental para o desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo⁶³¹. Definida pelo art. 225 da Constituição, portanto, a natureza jurídica do interesse ambiental como bem insuscetível de se constituir objeto de apropriação que leve à possibilidade do exercício de prerrogativas individuais ou coletivas típicas do direito de propriedade, como as de gozo, disposição, ou destruição⁶³². Por conseguinte, o próprio Estado deixa de ostentar a condição de proprietário dos bens ambientais e passa a figurar como um gestor que administra bens que não lhe pertencem⁶³³.

Justifica-se, portanto, a inclusão da preservação ambiental como um dos interesses que fundamentam o pedido de suspensão de decisões judiciais deferidas contra o Poder Público, como instrumento para dar cumprimento ao dever estatal estipulado no *caput* do art. 225 da Constituição, de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Essa inclusão do interesse ambiental como pressuposto da suspensão de segurança leva necessariamente à conclusão de que deve ser ele objeto de ponderação pelo Presidente do Tribunal, com vistas a verificar a possibilidade da sua prevalência no caso concreto, como objeto da tutela deferida na ação principal ou como interesse defendido pelo Poder Público no pedido de suspensão.

4.4 POSSIBILIDADE DE SE CONTRASTAR O INTERESSE AMBIENTAL AO ECONÔMICO NO PEDIDO DE “SUSPENSÃO DE SEGURANÇA”

O direito ao desenvolvimento sustentável se insere em um processo que deve ser construído na exata medida do enfrentamento dos conflitos entre os interesses ambientais, econômicos e sociais. Mais se revelam esses conflitos na realidade brasileira, plena de desigualdades sociais e regionais, de desinformação e de carência educacional, que conformam uma sociedade que busca implementar um desenvolvimento para fazer face a essas iniquidades, o que necessariamente implica algum grau de interferência ambiental.

A solução desejável desses conflitos deve ser procedida na instância administrativa, considerada a ampla possibilidade de atuação e intervenção do Poder Público

⁶³¹ DERANI, op. cit., 2008, p. 247.

⁶³² FIORILLO, op. cit., p. 58.

⁶³³ MACHADO, op. cit., p. 131.

na ordem econômica, inclusive mediante o planejamento previsto no art. 170 da Constituição, determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. Paralelamente é atribuída ao próprio Estado, ao lado da sociedade, a função primordial de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, para tanto dispondo de meios de planejamento, de fiscalização e de imposição de sanções, inclusive de natureza penal. Ademais, a compatibilização dos interesses sociais, econômicos e ambientais não é senão a finalidade essencial dos estudos de impactos ambientais, que cabe ao Poder Público exigir para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de degradação ambiental, nos termos do inciso IV do artigo 225 da Constituição.

No entanto, quando frustrada a desejável compatibilização na via administrativa e judicializado o conflito entre interesses ambientais e econômicos, o ordenamento jurídico contempla instrumentos para dirimi-lo, malgrado as objeções destinadas a alguns deles, especialmente a uma possível exacerbação do recurso às soluções judiciais pela via dos princípios.

Há, todavia, uma nota da dificuldade na solução jurisdicional dos conflitos entre interesses ambientais e econômicos, que reside precisamente na circunstância de que as demandas judiciais tem, quase invariavelmente, o Poder Público em um de seus polos, porque grande parcela das atividades econômicas suscetíveis de causar impacto ambiental é executada pelo próprio Estado, diretamente ou por meio de concessões e permissões de obras e serviços públicos comerciais e industriais. Via de consequência, o Estado que naturalmente planeja, incentiva, orienta e fiscaliza, também constroi e presta serviços de natureza comercial e industrial, razão pela qual a ele são imputadas muitas das atividades causadoras de significativo impacto ambiental.

No entanto, adotada na ordem constitucional a unidade da Jurisdição, as soluções judiciais devem ser orientadas pelos interesses envolvidos, abstraindo-se a circunstância de que o Estado integra a relação processual ou nela tenha direto interesse. Em outros termos, o interesse que deve prevalecer no caso concreto não é aquele defendido pelo Poder Público, mas o que melhor atende, no caso concreto, ao interesse público.

Assim sendo, e considerando que a ordem constitucional não contempla hierarquia ou precedência entre direitos fundamentais, exceto no que se refere à vida e à dignidade humana, valores que estão subjacentes igualmente à ordem econômica e ao direito ao meio ambiente, é pressuposto inafastável da solução na via jurisdicional que não se há de atribuir preponderância absoluta ao interesse ambiental ou ao interesse econômico eventualmente em conflito.

Por conseguinte, confrontados no caso concreto os escopos da preservação ambiental e de consecução de uma ordem econômica consentânea com os valores expressos na Constituição, deve-se procurar o “balanceamento entre esses postulados”, de modo a permitir a tutela urgente do interesse ambiental atingido pelo empreendimento público, ao mesmo tempo em que se busca garantir que a atividade do Estado não seja paralisada sem justificativa relevante⁶³⁴. Trata-se de garantir, em síntese, o desenvolvimento sustentado.

Essa ponderação de interesses não se trata evidentemente de solução isenta de críticas ou de dificuldades de aplicação nos casos concretos. Não é, entretanto, postulado desconhecido do direito brasileiro, afigurando-se de larga aplicação na prática jurisdicional.

4.4.1 A Ponderação e os Princípios no Direito Brasileiro

A ponderação, definida como “técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais”⁶³⁵, é regra, princípio ou postulado, que ingressou na hermenêutica contemporânea como exigência das modernas ordens constitucionais, impregnadas de princípios dotados de plena normatividade.

Amoldando-se aos modelos de Estados contemporâneos, a maioria das modernas constituições tem como características a abertura e a plasticidade, sem pretensão de regular todas as situações da vida em sociedade. Esta omissão regulativa pode ser deliberada, porque a matéria não é suscetível de detalhada regulação ou porque não é conveniente, pois a vida que se pretende regular é também incompleta e inacabada. A Constituição deve, portanto, permanecer *aberta ao tempo*. A abertura e a amplitude da Constituição são necessárias para permitir as mudanças históricas⁶³⁶. Essas características de abertura ao tempo são determinadas especialmente pelos princípios, albergados pelas ordens constitucionais como espécies normativas, ao lado das regras, e igualmente dotados de plena normatividade.

A Constituição de 1988, fiel a essa concepção contemporânea, contempla uma substancial quantidade de normas que se amoldam aos conceitos correntes de princípios, os quais informam todo o ordenamento jurídico constitucional.

⁶³⁴ CARVALHO FILHO, 2004, op. cit., p. 379.

⁶³⁵ BARCELOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 35. Para Ávila, a expressão ponderação tem distintas acepções. Em um sentido amplo, consiste no “sopesamento de razões, internas ou externas, presente na interpretação de qualquer tipo de norma, quer regra, quer princípio”. Apenas em sentido restrito é que ponderação consiste “na operação de balanceamento entre os princípios, por meio da qual se atribui uma dimensão de peso maior a um deles diante do caso concreto” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 131, 164).

⁶³⁶ HESSE, op. cit., p. 17-20.

Inevitável, por conseguinte, a atualização dos métodos hermenêuticos para possibilitar uma interpretação constitucional consentânea com essa nova configuração⁶³⁷. Esses critérios, embora se revelem permeáveis à subjetividade, como qualquer outro método⁶³⁸, operam como “balizas para a interpretação das normas constitucionais, com o objetivo de conferir maior teor de racionalidade à tarefa, reduzindo o espaço para pragmatismos exacerbados”⁶³⁹, especialmente em face da presença de direitos ou princípios que demandam compatibilização.

Caracterizado no caso concreto o conflito de normas, a hermenêutica acrescenta aos métodos tradicionais de interpretação constitucional alguns instrumentos especialmente concebidos para estabelecer parâmetros relativamente constantes e que reduzam, o quanto possível, a subjetividade do intérprete. Classificados como regras, princípios ou postulados, tratam-se especialmente da proporcionalidade, da razoabilidade, da ponderação e da mínima restrição ao limite essencial.

Embora para alguns autores esses critérios de soluções de conflitos prestem-se a aplicação a também a bens, valores e interesses⁶⁴⁰, seu desenvolvimento deveu-se especialmente em face da necessidade de compatibilização dos princípios.

4.4.1.1 Os princípios no direito brasileiro

Como refere Bonavides, a conversão dos princípios gerais de direito para os atuais princípios constitucionais é marcada fundamentalmente pela eficácia normativa que lhes foi gradativamente atribuída. A partir da concepção jusnaturalista, em que eram desprovidos de qualquer normatividade, meros axiomas jurídicos derivados e ideais de justiça, passaram os princípios a integrar os códigos positivistas com as funções programáticas e de

⁶³⁷ Menciona Mendes os métodos da *tópica*, cujo foco é o problema, e método *científico-espiritual*, que pugna que a interpretação deve se aproximar dos valores culturais subjacentes à Constituição. Destaca o autor o *método hermenêutico-concretizador*, que orienta a tarefa hermenêutica a partir de um problema e com vistas a equacioná-lo, tal como a *tópica*, estando o aplicador, porém, vinculado ao texto da Constituição. O sentido da norma deve ser obtido pelo intérprete a partir da sua pré-compreensão do significado do enunciado e atuando sob a influência das circunstâncias históricas concretas, estabelecendo uma mediação entre o texto e a situação em que este se aplica. Essa tarefa, segundo Hesse, é auxiliada pelos princípios da unidade da Constituição, da concordância prática, da correção funcional, da eficácia integradora e da força normativa da Constituição. Canotilho acrescenta o princípio da máxima efetividade (MENDES, op. cit., p. 104-105).

⁶³⁸ SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 146-148.

⁶³⁹ MENDES, op. cit., p. 104.

⁶⁴⁰ AVILA, op. cit., p. 164.

suprir lacunas normativas, até que o pós-positivismo lhes atribuísse função fundamental nos sistemas normativos, dotados de plena normatividade e de elevado conteúdo axiológico⁶⁴¹.

Essa configuração contemporânea dos princípios no direito brasileiro, no entanto, parece demandar ainda uma melhor compreensão.

A doutrina nacional estabelece a definição de princípios e a sua distinção das regras especialmente a partir das formulações de Ronald Dworkin e Robert Alexy⁶⁴².

Na síntese de Ávila, Dworkin define os princípios como espécie normativa que não determina absolutamente a decisão, ao contrário das regras, mas somente estabelece fundamentos que devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios. Dessa característica decorre a afirmação de que os princípios possuem uma dimensão de peso, verificável nas hipóteses de colisão entre eles, caso em que o princípio reputado de maior peso relativo prevalece sobre o outro, sem que este último perca sua validade. Diversamente, as regras são aplicadas “ao modo *tudo ou nada* (*all-or-nothing*), no sentido de que, se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou é a regra válida e a consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é considerada válida”. Caracterizada a colisão entre regras, uma delas deve ser reputada inválida⁶⁴³.

Para Alexy, princípios são espécies de *mandamentos de otimização*, providos de alto grau de generalidade e que ordenam que alguns preceitos sejam realizados na maior extensão possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. O que os caracteriza é a possibilidade da realização em graus variados e porque a medida dessa realização depende também das possibilidades jurídicas, além das possibilidades fáticas. É a incidência dos princípios e regras colidentes que determina o âmbito dessas possibilidades

⁶⁴¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 231-250. Refere o autor que, a partir de estudos analíticos e classificatórios de Boulanger sobre tipos e variedades de princípios de Direito, os resquícios jusnaturalistas foram amenizados e já eram os princípios concebidos como proposições diretivas, às quais as soluções positivas se subordinam. A posição dúbia de Betti acerca da normatividade dos princípios, afirmando que eles seriam os valores dos critérios diretivos para a interpretação da legislação, representaria a crise da velha hermenêutica. A partir da concepção de princípios abertos de Larenz, como dignidade humana, liberdade e democracia, por ele excluídos do conceito de norma, Esser elabora o conceito similar de princípios informativos, para estabelecer a distinção dos princípios normativos, ou seja, aqueles que são dotados de eficácia em razão de sua incorporação institucional. A contribuição de Crisafulli para a atribuição de normatividade dos princípios seria decisiva, ao se referir às suas eficácias imediata e mediata ou programática. A construção doutrinária da normatividade dos princípios receberia então o impulso definitivo das contribuições de Müller, com sua teoria estruturante do direito, e Dworkin, com a conectividade entre direito e moral, visando a superar o positivismo de Hart. Complementa o quadro a elaboração dos critérios distintivos entre regras e princípios de Alexy.

⁶⁴² Para Silva, embora a doutrina nacional elabore as suas concepções louvando-se nas teorias de Dworkin e Alexy, frequentemente estabelece tipologias dos princípios constitucionais de acordo com outros parâmetros, mais tradicionais (in SILVA, Virgílio Afonso. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 1, p. 615-623, 2003. p. 612-613).

⁶⁴³ ÁVILA, op. cit., p. 39-40.

jurídicas. Diversamente, as regras devem ser sempre satisfeitas ou não satisfeitas, razão pela qual uma regra válida impõe exatamente um determinado comportamento. Configurada a colisão entre prescrições de princípios distintos, um deles deve ceder, sem que seja ele declarado nulo ou que se lhe aplique uma cláusula de exceção, de sorte que em situação distinta a solução pode ser inversa. Assim é porque alguns princípios tem precedência em face de outros em determinadas situações específicas. Ao contrário das regras, cujos conflitos resolvem-se pelo critério da validade, somente podem colidir princípios válidos, razão pela qual seus conflitos devem ser solucionados em razão dos diferentes pesos por eles manifestados nos casos concretos. Os princípios possuem assim uma dimensão de peso e, diversamente das regras, não determinam diretamente as consequências normativas. Somente a aplicação dos princípios nos casos concretos é que os concretiza. A ponderação dos princípios em conflito deve ser resolvida mediante regras de prevalência⁶⁴⁴.

Divergindo de Dworkin, Alexy afirma que a distinção entre princípios e regras não pode ser baseada no “modo tudo ou nada” de aplicação, devendo resumir-se na diferença quanto à colisão e na diferença quanto à obrigação que instituem. Pelo primeiro aspecto, enquanto os princípios colidentes apenas se limitam reciprocamente, a colisão das regras é solucionada pela declaração de invalidade de uma delas ou com a criação de uma exceção para afastar a antinomia. Pelo segundo critério, as regras instituem obrigações absolutas, que não podem ser superadas por normas contrapostas, enquanto os princípios instituem as denominadas obrigações *prima facie*, que podem ser superadas ou derogadas em face de disposições contrapostas estabelecidas por outros princípios⁶⁴⁵.

Noutro aspecto, Dworkin diferencia políticas públicas (*policies*) de princípios em sentido estrito (*principie*). Enquanto *policies* referem-se a objetivos políticos, econômicos ou sociais, *principie* expressam padrões valorativos associados à ideia de justiça. Somente esses últimos são associados aos direitos fundamentais e sempre prevalecem sobre as políticas públicas⁶⁴⁶. Trata-se de distinção ignorada nas concepções de Alexy e pela doutrina nacional. Como refere Barcelos, os princípios incorporados à Constituição albergam indistintamente valores e opções políticas, “de modo que os dois grupos de fenômenos são, no Brasil, elementos do sistema jurídico constitucional”⁶⁴⁷.

⁶⁴⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 86-96.

⁶⁴⁵ AVILA, op. cit., p. 41-42.

⁶⁴⁶ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.63-64.

⁶⁴⁷ BARCELOS, op. cit., p. 18.

Às teorias de Dworkin e Alexy, que tem como ponto comum a distinção qualitativa de regras e princípios, contrapõe-se as que afirmam que a distinção é de grau, seja de generalidade, de abstração ou de fundamentalidade.

Nessa concepção, albergada por parte da doutrina brasileira, os princípios são definidos como “mandamentos nucleares”, “disposições fundamentais de um sistema” ou ainda como “núcleos de condensações”. Princípios recebem assim a acepção de “normas mais fundamentais do sistema”, enquanto as regras são definidas como uma concretização desses princípios, dotadas de “caráter mais instrumental e menos fundamental”. Nesse sentido são as formulações de Canotilho, que menciona “princípios jurídicos fundamentais”, “princípios políticos constitucionalmente conformadores”, “princípios constitucionais impositivos” e “princípios-garantia”. Por sua vez, José Afonso da Silva se refere aos “princípios constitucionais fundamentais” e “princípios constitucionais gerais”, enquanto Luis Roberto Barroso menciona “princípios fundamentais”, “princípios gerais” e “princípios setoriais”⁶⁴⁸.

Esse critério de classificação das normas, denominado “distinção fraca”, que atribui aos princípios, ao contrário das regras, elevado grau de abstração e de generalidade, o que exige um elevado grau de subjetivismo do aplicador, é criticado por Ávila. Afirmo o autor que também as regras são indeterminadas, em alguma medida, demandando ponderação de razões e de fatos, bem como igualmente possuem um conteúdo valorativo, porque se destinam à obtenção de uma determinada finalidade, servindo para a realização de valores⁶⁴⁹.

O critério adotado por Dworkin e Alexy, que distingue os princípios das regras pelo modo de aplicação e pelo modo como são solucionadas as antinomias que surgem entre eles, denominado “distinção forte”, é igualmente criticado por Ávila. Afirmo que o critério do modo de aplicação não é adequado, porque “toda norma jurídica é aplicada mediante um processo de ponderação”. As regras submetem-se à ponderação, tal como os princípios, porque “a reconstrução do conteúdo semântico da sua hipótese e da finalidade que lhe é subjacente depende de um confronto entre várias razões em favor de alternativas aplicativas” (ponderação interna). Sujeitam-se as regras ainda a ponderação “nos casos em que duas regras, abstratamente harmoniosas, entram em conflito diante do caso concreto sem que a solução para o conflito envolva a decretação da nulidade de uma das duas regras” (ponderação externa). No que se refere ao modo de solução de antinomias, afirmo que o

⁶⁴⁸ SILVA, 2003, op. cit., p. 612-613.

⁶⁴⁹ ÁVILA, op. cit., p. 91-92. Para Barroso, os critérios usualmente estabelecidos pela doutrina para estabelecer a distinção entre princípios e regras “não são complementares, nem tampouco são excludentes: elas levam em conta a realidade da utilização do termo ‘princípio’ no Direito”. Conclui assim que “nesse caso, como em outras situações da vida, afigura-se melhor lidar com a diversidade do que procurar estabelecer, por arbítrio ou convenção, um critério unívoco e reducionista” (BARROSO, 2009, op. cit., p. 205).

conflito entre regras nem sempre se resolve pela declaração da invalidade de uma delas, podendo ser constatados conflitos entre regras similares aos dos princípios, ou seja, “concretos, contingentes e no plano da eficácia”, hipótese em que a superação de alguma regra pode ser procedida pelo critério da razoabilidade. Haveria ainda hipóteses em que a realização do fim preconizado por um princípio poderia excluir a realização do fim almejado por outro, demandando a rejeição de um deles, similarmente ao que ocorre com as regras⁶⁵⁰.

Propõe Ávila uma “distinção heurística” entre regras e princípios, na medida em que essa classificação “depende de conexões axiológicas que não estão incorporadas ao texto nem a ele pertencem”, demandando construção pelo intérprete. Propõe ainda uma “dissociação em alternativas inclusivas” entre as regras, princípios e postulados, de modo que um dispositivo poderia gerar simultaneamente mais de uma única espécie normativa. Assim, uma espécie normativa não excluiria necessariamente as demais, podendo “experimentar uma dimensão imediatamente comportamental (regra), finalística (princípio) e/ou metódica (postulado)”⁶⁵¹.

A partir do critério de dissociação caracterizado pela natureza do comportamento prescrito, conclui Ávila que as regras contêm diretamente a descrição de um comportamento ou a atribuição de uma competência como objeto, embora visem indiretamente à consecução de uma finalidade, enquanto os princípios visam diretamente à realização de um fim. Pelo critério da natureza da justificação exigida, assevera que a interpretação e aplicação das regras exige a “avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual

⁶⁵⁰ Ibidem, p. 95-96. Para Virgílio Afonso da Silva, as conclusões de Humberto Ávila fundam-se em uma indevida assimilação entre “texto” e “norma”. Afirma que a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre dois tipos de normas e não entre dois tipos de textos, razão pela qual tanto as regras quanto os princípios pressupõem interpretação prévia, o que não significa que ambos tenham a mesma estrutura. Após a interpretação em sentido estrito, afirma que “uma regra jurídica é já subsumível, enquanto que os princípios ainda poderão entrar em colisão com outros princípios, exigindo-se, nesse caso que se proceda a um sopesamento para harmonizá-los”. Conclui que “ser passível ou carente de interpretação é uma característica de textos que exprimem tanto regras quanto princípios. Mas ser passível ou carente de sopesamento é característica exclusiva dos princípios” (SILVA, 2003, op. cit., p. 615-623).

⁶⁵¹ AVILA, op. cit., p. 74-75. Acrescenta o autor a categoria de postulados como espécie normativa, que adiciona à tradicional classificação dúplici entre regras e princípios. Postulados são referidos pelo autor como uma espécie adicional de normas, distinta das regras e dos princípios, diferenciados desses últimos porque não visam à consecução direta de uma finalidade, cumprindo a função diversa de prescrever e orientar determinados modos de pensamento e argumentação, estruturando o modo de aplicação das regras e dos princípios. Localizados em um plano distinto das regras e dos princípios, são qualificados pelo autor como normas de segundo grau ou de aplicação. Classifica essa categoria em postulados hermenêuticos e postulados normativos aplicativos. Arrola o autor, nessa última categoria, entre outros, os postulados da ponderação, da concordância prática, da proibição de excesso, da razoabilidade e da proporcionalidade (AVILA, op. cit., p. 10, 142-198).

dos fatos”. Por sua vez, os princípios demandam “uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”. Assim, as regras assumem caráter retrospectivo, descrevendo uma “situação de fato conhecida pelo legislador”, enquanto os princípios tem caráter prospectivo, “indicando estado de coisas a ser construído”. Por fim, pelo critério da contribuição para a decisão, os princípios consistem em “normas primariamente complementares e preliminarmente parciais”, porque abrangem apenas parte dos aspectos necessários para a decisão, prestando-se a contribuir para essa decisão, ao lado de outras razões, sem a pretensão de gerar uma solução específica. Por sua vez, as regras consistem em “normas preliminarmente decisivas e abarcantes”, porque abrangem todos os aspectos relevantes para a tomada de decisão, além de visarem à produção de uma solução específica para o conflito⁶⁵².

Essas características das espécies normativas demarcam os diferentes papéis por elas desempenhados no sistema jurídico. As regras apresentam como principal valor subjacente a *segurança jurídica*, expressando decisões políticas do legislador, “que procederam às valorações e ponderações que consideraram cabíveis, fazendo com que os juízos por eles formulados se materializassem em uma determinação objetiva de conduta”, razão pela qual não atribuem ao intérprete “competência valorativa ou ponderativa”. Os princípios, por sua vez, funcionam como referência geral para o intérprete, conferindo “identidade ideológica e ética ao sistema jurídico, apontando objetivos e caminhos”. Em razão da unidade que conferem ao ordenamento, os princípios permitem articular partes aparentemente contraditórias em torno de valores e fins comuns, ao passo que seu conteúdo aberto possibilita “a atuação integrativa e construtiva do intérprete, capacitando-o produzir a melhor solução para o caso concreto, assim realizando o ideal de *justiça*”. Uma ordem jurídica democrática e eficiente deve contemplar o equilíbrio entre regras e princípios e seus subjacentes valores *justiça* e *segurança*⁶⁵³.

4.4.1.2 A ponderação no direito brasileiro

Caracterizada a colisão entre normas insuscetíveis de plena realização na situação concreta, cumpre ao intérprete determinar a prevalência de uma delas mediante critérios hermenêuticos. Refere-se a doutrina especialmente aos critérios da ponderação, da concordância prática, da proporcionalidade, da razoabilidade e da proibição de excesso.

⁶⁵² AVILA, op. cit., p. 78-84.

⁶⁵³ BARROSO, 2009, op. cit., p. 208-209

Desses critérios de solução de conflitos, referidos pela doutrina como princípios, regras ou postulados⁶⁵⁴, o de mais larga aplicação, e também o de mais acirrada controvérsia doutrinária, é o da ponderação.

A ponderação tem distintas acepções. Para Ávila, em um sentido amplo, a ponderação consiste no “sopesamento de razões, internas ou externas, presente na interpretação de qualquer tipo de norma, quer regra, quer princípio”. Apenas em sentido restrito é que a ponderação consiste “na operação de balanceamento entre os princípios, por meio da qual se atribui uma dimensão de peso maior a um deles diante do caso concreto”⁶⁵⁵.

Barcelos igualmente anota a multiplicidade de acepções de ponderação. Mais frequentemente, a ponderação é descrita como uma forma de aplicação de princípios, com a finalidade de realizá-los da forma mais ampla possível, considerada a lógica de Alexy de que princípios atuam como “comandos de otimização”. Em uma segunda acepção, desprovida de maior preocupação dogmática, a expressão é utilizada para designar o modo de solução de qualquer conflito normativo, como técnica genérica de solução de aparentes tensões, aplicável em qualquer subsunção. É esse o sentido de sua utilização em muitas decisões judiciais. Por fim, em um sentido ainda mais amplo, a ponderação é compreendida “como elemento próprio e indispensável ao discurso e à decisão racionais”, elemento indispensável à teoria da argumentação e que se presta a avaliar não somente enunciados normativos ou normas, mas qualquer razão e argumento relevante para o discurso⁶⁵⁶.

A autora considera inadequada a segunda concepção, porque a ponderação é inconfundível com o método tradicional de subsunção, aplicando-se precisamente quando não for possível “reduzir o conflito normativo à incidência de uma única premissa maior”, objetivo do método subsuntivo. A ponderação é indicada em face da presença de disposições constitucionais ou infraconstitucionais com suporte lógico e axiológico na Constituição, que indiquem soluções divergentes para uma mesma hipótese e que ostentem a mesma hierarquia e sem relação de generalidade/especialidade. Considerado o princípio da unidade da Constituição, não se afigura possível a mera escolha de uma dessas disposições constitucionais. Noutro aspecto, as antinomias solucionáveis pela subsunção não envolvem conflitos axiológicos importantes ou disputas entre opções políticas. A “ponderação pretende

⁶⁵⁴ A doutrina refere-se a esses critérios como espécies de princípios, classificação que será adotada nesse trabalho. Para Ávila, proporcionalidade, razoabilidade, concordância prática, ponderação e proibição de excesso integram a categoria de postulados normativos aplicativos, sobrenormas com estruturas e finalidades distintas dos princípios. Postulados são normas imediatamente metódicas, dirigidos diretamente ao intérprete e aplicador do direito, que orientam a aplicação de regras e princípios (ÁVILA, op. cit., p. 142-202).

⁶⁵⁵ Ibidem, p. 131.

⁶⁵⁶ BARCELOS, op. cit., p. 24-27.

ser exatamente a técnica que conseguirá, a partir de uma lógica diversa da subsuntiva, decidir esses conflitos considerando todas as premissas maiores pertinentes”⁶⁵⁷.

A terceira acepção de ponderação, que a identifica como elemento inerente da atividade de interpretação e argumentação jurídicas, é igualmente considerada inadequada por Barcelos. Ainda que de fato o direito envolva a ponderação no sentido comum da expressão, essa acepção implica diluir a relevância da “ponderação normativa propriamente dita”, reduzindo a sua importância para a dogmática jurídica, como técnica específica para a solução de conflitos normativos. Ademais, a elasticidade do conceito poderia conferir ao intérprete poderes especialmente amplos em situações não justificadas⁶⁵⁸.

Conclui a autora que a maioria absoluta dos conflitos normativos que exige ponderação envolve princípios, porque essa espécie normativa destina-se precipuamente a “veicular valores ou opções e fins políticos”. Argumenta, entretanto, que alguns conflitos normativos envolvendo regras podem demandar o emprego da ponderação, em face da sua impossibilidade de solução pelo mecanismo da subsunção. Por sua vez, alguns princípios não demandam o emprego da ponderação, em razão de sua estrutura ou funcionamento ou ainda porque seus núcleos possuem a natureza de regras⁶⁵⁹.

Igualmente não se constata uniformidade terminológica acerca dos elementos sobre os quais incide a ponderação, referindo-se a doutrina por vezes à *ponderação de interesses, valores ou direitos*. Entretanto, a ponderação constitui técnica de decisão jurídica, razão pela qual somente pode envolver interesses qualificados como juridicamente relevantes e dignos de proteção, o que implica a sua conexão com o ordenamento jurídico. Por conseguinte, somente podem ser objeto de ponderação interesses que “puderem ser reconduzidos a enunciados normativos explícitos ou implícitos”, pena de se transformar a atividade interpretativa em uma avaliação puramente política⁶⁶⁰.

Entre as críticas que se destina à ponderação, em face de lhe faltarem critérios racionais de decidibilidade, afirma-se que é uma técnica metodologicamente inconsistente e que permite excessivo subjetivismo, ensejando arbitrariedade e voluntarismo,

⁶⁵⁷ Ibidem, p. 32-33.

⁶⁵⁸ Ibidem, p. 36-37.

⁶⁵⁹ Ibidem, p. 36. Trata-se de conclusão que se aproxima do entendimento de Ávila, que o leva a criticar o critério que distingue os princípios das regras pelo modo de aplicação e pelo modo como são solucionadas as antinomias, denominado “distinção forte” (ÁVILA, op. cit., p. 95-96). A diferença parece consistir em que Barcelos considera essas possibilidades exceções.

⁶⁶⁰ Ibidem, p. 96-102. Oportuno anotar a distinção entre norma e enunciado normativo. Como refere Barroso, o *enunciado normativo* corresponde a uma proposição jurídica que se extrai de um ou mais dispositivos, “é o texto ainda por interpretar”. A *norma* é o “produto da incidência do enunciado normativo sobre os fatos da causa, fruto da interação entre texto e realidade”. A norma é assim “a regra de direito que dará a solução do caso concreto” (BARROSO, 2009, op. cit., p. 194-195).

transformando a aplicação do direito em processo político e arruinando as conquistas do Estado de direito, em especial a contenção do arbítrio por meio da legalidade⁶⁶¹.

Como reconhece Barcelos, algumas dessas críticas são em parte procedentes⁶⁶². Assim, para Barroso, embora a ponderação preveja a “atribuição de pesos diversos aos fatores relevantes de determinada situação, não fornece referências materiais ou axiológicas para a valoração a ser feita”, razão pela qual, “no seu limite máximo, presta-se ao papel de oferecer um rótulo para voluntarismos e soluções *ad hoc*, tanto as bem-inspiradas como as nem tanto”⁶⁶³.

Entretanto, como anota o autor, “a ponderação ingressou no universo da interpretação constitucional como uma necessidade, antes que como uma opção filosófica ou ideológica”, razão pela qual o que se afigura necessário é desenvolver “alguns elementos de segurança, alguns vetores interpretativos”. Nesse sentido, deve o intérprete reconduzir sua decisão ao sistema jurídico, porque a legitimidade das decisões judiciais decorre da sua vinculação a uma decisão majoritária, do constituinte ou do legislador. Deve ainda utilizar-se de parâmetros que possam ser generalizados aos casos equiparáveis, com pretensão de universalidade. Por fim, deve buscar a concordância prática dos enunciados em conflito⁶⁶⁴.

Com entendimento semelhante, Ávila afirma que a ponderação é um instrumento pouco útil para a aplicação do Direito, se desprovida de uma estrutura e de critérios materiais, razão pela qual se procura estruturar a ponderação a partir dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Postula que a ponderação seja efetuada em três etapas. A *preparação da ponderação* consiste na análise dos elementos e argumentos, indicando-se precisamente o que será objeto de ponderação, em consonância com “o postulado científico da explicitude das premissas, bem como o princípio jurídico da fundamentação das decisões, ínsito ao conceito de Estado de Direito”. A *realização da ponderação* consiste em fundamentar a relação estabelecida entre os elementos objeto da ponderação, o que implica, no caso da ponderação de princípios, a indicação da relação de

⁶⁶¹ BARCELOS, op. cit., p. 50-55. No que se refere ao *subjetivismo* da ponderação, oportuna a ressalva de Silva, de que não se revela possível estabelecer uma racionalidade que exclua completamente a subjetividade dos métodos de interpretação, inclusive a subsunção (SILVA, 2010, op. cit., p. 146-148). Além do mais, um dos postulados do pós-positivismo, que alberga a ponderação como um dos critérios hermenêuticos prevalentes, é precisamente a redução da subjetividade do intérprete. Como refere Sarmiento, a teoria moderna dos princípios se insurge precisamente contra a ideia da subjetividade do intérprete nos casos difíceis, e “vai insistir na necessidade de não deixar os atos de aplicação do direito fora do âmbito da argumentação racional e do controle social. Neste sentido, ela se casa com o processo de revalorização, no universo jurídico, da racionalidade prática, importando na adoção de uma compreensão muito mais rica da hermenêutica jurídica” (SARMENTO, 2010, op. cit., p. 59-60).

⁶⁶² BARCELOS, op. cit., p. 53.

⁶⁶³ BARROSO, 2009, op. cit., p. 336-337.

⁶⁶⁴ Ibidem, p. 337.

primazia entre eles. Por fim a *reconstrução da ponderação* é procedida “mediante a formulação de regras de relação, inclusive de primazia entre os elementos objeto de sopesamento, com a pretensão de validade para além do caso”⁶⁶⁵.

Assim, a doutrina indica a conjugação da ponderação com outros critérios interpretativos, especialmente a proporcionalidade, a concordância prática, a proibição de excesso ou proteção do núcleo essencial e a razoabilidade.

A ponderação liga-se, no mais das vezes, ao princípio da proporcionalidade, “que exige que o sacrifício de um direito seja útil para a solução do problema, que não haja outro meio menos danoso para atingir o resultado desejado e que seja proporcional em sentido estrito, isto é, que o ônus imposto ao sacrificado não sobreleve o benefício que se pretende obter com a solução”⁶⁶⁶. Aplica-se a proporcionalidade a “situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais” da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Ausentes um meio, um fim concreto e uma relação de causalidade entre eles, não se há de cogitar da aplicabilidade da proporcionalidade em suas três etapas⁶⁶⁷.

Para Barroso, o princípio da proporcionalidade decorre do devido processo legal substantivo e da ideia de justiça e representa meio de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, porque permite “o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto”. Aponta o autor hipóteses de sua utilização: para invalidar atos administrativos quando ausente a adequação entre o fim e os meios empregados, quando houver meio alternativo menos gravoso para a obtenção da mesma finalidade e quando os custos se revelarem desproporcionais aos benefícios almejados⁶⁶⁸.

A proporcionalidade consiste assim na verificação da *adequação*, da *necessidade* e da *proporcionalidade em sentido estrito*. A *adequação* implica a

⁶⁶⁵ AVILA, op. cit., p. 165-166. Acredita o autor que a observância dessas etapas permite “evoluir para uma ponderação intensamente estruturada, que poderá ser utilizada na aplicação dos postulados específicos” da razoabilidade, da igualdade e da proporcionalidade.

⁶⁶⁶ MENDES, op. cit., p. 211, 253-254. Anota o autor que princípio da proporcionalidade, “considerado elemento integrante ou cláusula implícita dos direitos fundamentais”, passou a ser considerado pelo STF como postulado constitucional autônomo, com sede material no princípio do devido processo legal, entendimento que aponta para a sua compreensão como princípio geral de direito.

⁶⁶⁷ AVILA, op. cit., p. 183.

⁶⁶⁸ BARROSO, 2009, op. cit., p. 256-258. Como refere o autor, o princípio da *proporcionalidade* foi desenvolvido no direito alemão, no âmbito do direito administrativo, como limitação à discricionariedade da Administração, ao contrário da *razoabilidade* do direito norte-americano, que é um princípio de controle de constitucionalidade, embora ambos se fundem na ideia de “uma relação racional entre os meios e os fins”.

correspondência com a realização dos objetivos da norma que caracteriza a intervenção em um direito fundamental. A satisfação do critério consiste assim em verificar se o objetivo da norma é constitucionalmente legítimo e se a medida por ela determinada é adequada para a realização desse fim. A *necessidade* ou *exigibilidade* não se refere a necessidade ou de urgência, consistindo em uma comparação com outras alternativas que poderiam ser utilizadas para a mesma finalidade. Necessária será a medida “caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido”. Trata-se de comparação que exige a verificação da eficiência das medidas na realização do objetivo proposto e do grau de restrição ao direito fundamental atingido. A *proporcionalidade em sentido estrito* consiste na ponderação entre os direitos envolvidos, com a finalidade de evitar que medidas estatais, embora *adequadas* e *necessárias*, estabeleçam restrições a direitos fundamentais desproporcionais aos objetivos colimados⁶⁶⁹.

É assim precisamente no último teste do princípio da proporcionalidade (proporcionalidade em sentido estrito), que incide o juízo de ponderação⁶⁷⁰.

A concordância prática é finalidade que deve direcionar a ponderação, com vistas ao dever de realização máxima de valores que se imbricam e conflitam⁶⁷¹. O objetivo do intérprete de buscar o máximo efeito de uma norma constitucional pode levar ao conflito em face de igual pretensão extraída de outras normas constitucionais. As pretensões de efetividade dessas normas devem ser então conciliadas mediante o estabelecimento de “limites ajustados aos casos concretos em que são chamadas a incidir”. Aplica-se especialmente aos casos de princípios referenciados aos direitos fundamentais, em que se almeja uma solução de harmonização máxima entre os direitos em atrito, limitando-se a medida de sacrifício de um deles ao estritamente necessário. O critério recomenda assim que o alcance das normas em conflito “seja comprimido até que se encontre o ponto de ajuste de cada qual segundo a importância que possuem no caso concreto”. Essa exigência de

⁶⁶⁹ SILVA, 2010, op. cit., p.169-176.

⁶⁷⁰ MENDES, op. cit., p. 211. Entretanto, embora o juízo de ponderação esteja usualmente relacionado ao princípio da proporcionalidade, há conflitos que se resolvem diretamente pelo sopesamento. Para Silva, a aplicação da proporcionalidade somente é necessária nas situações em que a restrição a um direito fundamental é veiculada por meio de uma norma infraconstitucional, situação em que o próprio legislador estabelece um sopesamento entre mais de um princípio. O exame da proporcionalidade é então necessário para verificar se a opção legislativa atende aos seus três critérios de validade. Tratando-se, todavia, das raras situações em que a aplicação dos princípios deve ser procedida diretamente, afirma o autor que deve haver apenas um sopesamento entre os princípios aplicáveis na resolução do caso concreto. Ausente a adoção de qualquer medida, não há possibilidade de se aplicar a proporcionalidade (SILVA, 2010, op. cit., p.178-179).

⁶⁷¹ Ibidem, p. 166-167. Todavia, como anota o autor, tal como a ponderação, a concordância prática não indica critérios formais ou materiais por meio dos quais deve ser procedida a promoção dessas “finalidades entrelaçadas”, consistindo em estrutura exclusivamente formal e desprovida de critérios.

conciliação prática decorre dos postulados de coerência e de racionalidade do sistema constitucional, ínsitos ao princípio da unidade da Constituição⁶⁷².

A proibição de excesso, ou proteção do núcleo essencial, veda a restrição excessiva de qualquer direito fundamental, de modo que a realização de uma regra ou princípio constitucional lhe retire completamente a eficácia⁶⁷³. Trata-se de ideia que informa diretamente o exercício da ponderação e que se orienta pela concordância prática.

Prepondera em relação aos limites da restrição dos direitos fundamentais a *teoria relativa*, que postula que o núcleo essencial deve de ser definido para cada caso, considerado o objetivo da norma de caráter restritivo, diversamente da *teoria absoluta*, que concebe esse núcleo como unidade substancial autônoma, a salvo de restrições independentemente de qualquer situação concreta. Para a teoria relativa, o núcleo essencial deve ser aferido “mediante a utilização de um processo de ponderação entre meios e fins, com base no princípio da proporcionalidade”⁶⁷⁴.

Necessário, portanto, delimitar o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, que abrange os diferentes pressupostos fáticos e jurídicos contemplados na norma jurídica e a sua consequência, ou seja, a proteção fundamental. Para Mendes, o processo de delimitação desse âmbito de proteção não se afigura possível mediante regras gerais, exigindo procedimentos específicos para cada direito. Sustenta assim que a definição do *âmbito de proteção* exige a análise da norma constitucional garantidora de direitos, tendo em vista a identificação dos bens jurídicos protegidos e a amplitude dessa proteção, a verificação das possíveis restrições contempladas expressamente na Constituição e a identificação das “reservas legais de índole restritiva”⁶⁷⁵.

Entretanto, mesmo a ausência de restrição legal expressa não implica necessariamente a proteção absoluta de um direito fundamental, em face da possibilidade da

⁶⁷² MENDES, op. cit., p. 108-109.

⁶⁷³ AVILA, op. cit., p. 167. Como refere Mendes, embora o exercício da ponderação se fundamente no pressuposto de que as normas constitucionais, dotadas de mesma hierarquia, podem ter “pesos abstratos” diversos, esse não é o único fator a ser considerado. Deve ser levado em ainda o *grau de interferência* sobre o direito preterido que a escolha do outro pode ocasionar (MENDES, op. cit., p. 211).

⁶⁷⁴ MENDES, op. cit., p. 243. Como anota Silva, para a teoria relativa, é possível que a restrição ao direito fundamental venha a atingir o seu núcleo essencial, retirando-lhe completamente a eficácia. É possível que em alguns casos concretos, após a aplicação da ponderação, nada reste de um direito. Cita o autor a interceptação de conversas telefônicas, a proibição de exibição de determinado programa de televisão ou a publicação de determinada matéria e a condenação a uma pena de reclusão. Por essa razão é que se postula a necessidade da dupla garantia, da proporcionalidade e do conteúdo essencial (SILVA, 2010, op. cit., p. 199).

⁶⁷⁵ MENDES, op. cit., p. 222-232. Para o autor, os direitos fundamentais somente podem ser limitados por expressa disposição constitucional (restrição imediata) ou mediante lei ordinária promulgada com fundamento imediato na própria Constituição (restrição mediata). As restrições constitucionais imediatas podem ser classificadas em restrições legais simples e qualificadas, quando a Constituição estabelece “as condições especiais, os fins a serem perseguidos ou os meios a serem utilizados”.

configuração de uma colisão com outro direito fundamental. Tratando-se, todavia, de direitos fundamentais, a ação limitadora legislativa, judicial ou administrativa somente pode ser procedida “por todo tipo de cautela”, assentando-se em norma constitucional⁶⁷⁶.

A legitimidade da compressão dos direitos fundamentais deve ser assim verificada mediante um esforço de concordância prática e de ponderação dos valores contrapostos no caso concreto. Esse exame, no mais das vezes, demanda verificar se a limitação aos direitos é admissível em razão de constituir um meio necessário para a obtenção dos fins, com amparo constitucional, o que remete ao princípio da proporcionalidade⁶⁷⁷. No entanto, como refere Ávila, a proibição de excesso aplica-se a qualquer situação em que um direito fundamental esteja sendo restringido, não pressupondo a existência de uma relação de causalidade entre um meio e um fim. Enquanto a proibição de excesso opera para preservar um âmbito a partir do qual o núcleo essencial do princípio fundamental restringido deve ser preservado, a proporcionalidade “compara o grau de restrição da liberdade com o grau de promoção da finalidade pública, para permitir a declaração de invalidade uma medida que causa restrição *demaix* para promoção *de menos*”⁶⁷⁸.

A restrição a direitos fundamentais impõe assim “um ônus argumentativo ao responsável pela restrição”. Essa restrição também não pode ser procedida mediante “definição *a priori* de conteúdos, essenciais ou não, que excluem, por consequência e também *a priori*, diversas condutas, atos estados e posições jurídicas da proteção dos direitos fundamentais, deixando-os ao capricho de meros juízos de conveniência e oportunidade políticas, para os quais não se exige qualquer fundamentação constitucional”⁶⁷⁹.

A razoabilidade é igualmente critério recorrentemente referido pela doutrina para estruturar a aplicação de outras normas⁶⁸⁰. Como refere Ávila, a razoabilidade é utilizada em vários sentidos e finalidades, como razoabilidade de uma alegação, de uma interpretação, de uma restrição, do fim legal ou da função legislativa. Em uma primeira acepção, é utilizada como “diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso

⁶⁷⁶ Ibidem, p. 240.

⁶⁷⁷ Ibidem, p. 218.

⁶⁷⁸ AVILA, op. cit., p. 167-171. Como refere o autor, pode-se cogitar de situações em que a restrição aos direitos fundamentais passem pelos três exames da proporcionalidade e ainda assim caracterize restrição inaceitável.

⁶⁷⁹ SILVA, 2010, op. cit., p. 41-42.

⁶⁸⁰ Lembra Barroso que princípio da razoabilidade desenvolveu-se no direito norte-americano, como parâmetro para o *judicial review*. Inicialmente com caráter puramente processual (*procedural due process*), passou a ter um alcance substantivo (*substantive due process*), permitindo ao Judiciário controlar o mérito do exercício de discricionariedade pelo legislador, consistindo em importante instrumento de defesa dos direitos fundamentais, especialmente da liberdade e da propriedade. O fundamento do controle assentava-se na verificação da compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins almejados e na aferição da legitimidade desses fins (BARROSO, 2009, op. cit., p. 256-258).

concreto”, mostrando a perspectiva pela qual a norma deve ser aplicada ou indicando as hipóteses em que o caso individual deixa de se enquadrar na norma geral (razoabilidade como equidade). Em uma segunda acepção, é referida como “diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência”, reclamando a “existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico” ou demandando “uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir” (razoabilidade como congruência). Por fim, a razoabilidade é invocada como “diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas” (razoabilidade como equivalência)⁶⁸¹.

Além da proporcionalidade, da concordância prática, da proibição de excesso e da razoabilidade, postula-se ainda a adoção de alguns parâmetros especialmente concebidos para orientar a ponderação, com a finalidade de reduzir a subjetividade do intérprete e controlar racionalmente suas decisões. Assim, Barcelos propõe, como parâmetros gerais, que os enunciados com estrutura de regra devem preponderar sobre aqueles com estrutura de princípios e que as normas que promovem diretamente os direitos fundamentais e a dignidade humana têm preferência sobre aqueles que apenas indiretamente contribuem para esse resultado. Como parâmetros específicos, sugere um roteiro a ser construído levando-se em consideração as características dos conflitos normativos em cada caso⁶⁸².

4.4.1.3 A legitimidade democrática do judiciário e a ponderação

Como refere Oliveira, com apoio em Karl Engisch, embora o princípio da legalidade da atividade jurisdicional permaneça intocado, as leis passaram a ser elaboradas de forma que os juízes não sejam compelidos a fundamentar suas decisões apenas por meio da subsunção a conceitos jurídicos fixos, “a conceitos cujo conteúdo seja explicitado com segurança através da interpretação, mas antes são chamados a valorar autonomamente e, por vezes, a decidir e a agir de modo semelhante ao do legislador”. A utilização nas normas jurídicas de palavras de conteúdos semânticos indeterminados reconduz o processo decisório a uma ponderação de valores e princípios jurídicos⁶⁸³.

Trata-se de passos que foram dados na ordem jurídica brasileira a partir da incorporação dos princípios com ampla normatividade na Constituição de 1988 e da abertura de fórmulas legais contempladas especialmente no Código Civil, no Código de Defesa do

⁶⁸¹ AVILA, op. cit., p. 173.

⁶⁸² BARCELOS, op. cit., p. 165-274.

⁶⁸³ OLIVEIRA, Robson Carlos. *Os poderes do juiz na execução por quantia certa contra devedor solvente*. 2008. Disponível em: <<http://www.sapientia.pucsp.br>>. Acesso em: 2 jun. 2012. p. 333.

Consumidor e em alguns dispositivos do Código de Processo Civil. Via de consequência, critérios como a proporcionalidade e a ponderação passaram a integrar a prática interpretativa.

O desenvolvimento desses critérios para resolver tensões entre princípios colidentes demandou uma busca de legitimidade para as decisões judiciais fundadas nesses novos paradigmas hermenêuticos, revestidos de elevado grau de subjetividade. Dessa necessidade decorreu o desenvolvimento de teorias da argumentação jurídica, incorporando ao Direito considerações de natureza moral ou empíricas subjacentes às normas, elementos desprezados pelo positivismo clássico. Chegou-se a uma valorização da razão prática no âmbito jurídico e a ideia de racionalidade jurídica afastou-se da lógica formal das ciências exatas para aproximar-se da ideia do razoável⁶⁸⁴.

Pela via da força normativa dos princípios, reaproximam-se assim o Direito e a Moral e floresceu a concepção que tangencia o jusnaturalismo e o positivismo, sem com eles se confundir, denominada genericamente de pós-positivismo.

O denominado pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita preconizada pelo positivismo, mas se ampara no direito positivado, ao mesmo tempo em que procura um fundamento moral do direito, sem recorrer a categorias metafísicas de perfil jusnaturalista. Abriga sob seu paradigma um conjunto de preceitos que inclui atribuição de normatividade aos princípios, a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica, a elaboração de uma nova hermenêutica constitucional e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais amparada na dignidade humana⁶⁸⁵.

Esse novo quadro foi contemplado na concepção de ordenamento inaugurada a partir da Constituição de 1988 e que se amolda ao movimento que parte da doutrina denomina neoconstitucionalismo, caracterizado pela atribuição de protagonismo judicial em defesa dos valores constitucionais, pela centralidade e ubiquidade da Constituição no ordenamento jurídico e pelo reconhecimento da força normativa de princípios⁶⁸⁶.

⁶⁸⁴ SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: _____ (Org.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 118-119. p. 118-119.

⁶⁸⁵ BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 9, mar./abr./maio 2007. p. 4-5.

⁶⁸⁶ SARMENTO, op. cit., p. 119-121. Refere o autor que se abrigam sob o rótulo impreciso do *neoconstitucionalismo* concepções que se aproximam ou se afastam do *positivismo*. De um lado, figuram os positivistas, como Ferrajoli, Sanchís, Guastini e Pozzolo, que não aceitam a existência de uma conexão necessária entre Direito e Moral, mas reconhecem que pode haver uma ligação entre estas esferas, pela via da positivação dos valores morais. Do outro, os não positivistas, como Dworkin, Alexy e Santiago Nino, afirmam que Moral e Direito têm uma conexão necessária e filiam-se à tese de Radbruch de que normas extremamente injustas não têm validade jurídica. Conclui, entretanto, que o debate teórico perde importância, na medida em que as constituições contemporâneas albergam com prodigalidade os valores morais, razão pela qual mesmo os positivistas reconhecem a penetração da Moral no Direito, pela via dos princípios.

A legalidade que emerge dessa nova concepção de direito assume configuração diversa, com conteúdo substancial, em consonância com a Constituição e com os direitos fundamentais. Redefine, via de consequência, também a ideia de Jurisdição, porque se passa a exigir do Judiciário que a compreensão e a atuação da lei sejam procedidas a partir dos princípios constitucionais de justiça e dos direitos fundamentais⁶⁸⁷.

Essa primazia dos princípios dotados de ampla normatividade, com a consequente atribuição de preponderância ao Judiciário, sofre especial contestação na ordem jurídica brasileira. Ao contrário dos membros dos demais Poderes, e também diversamente do que ocorre em outros ordenamentos políticos, os membros do Judiciário brasileiro não são eleitos por voto popular. Por conseguinte, a decisão fundada em valores extraídos de princípios de conteúdo semântico e de rarefeita determinação, que não foi objeto de expressa deliberação dos representantes eleitos pelo povo, pode ser reputada antidemocrática⁶⁸⁸.

Como lembra Sarmento, entretanto, a jurisdição constitucional e a exigência de observância da proteção dos direitos fundamentais estão previstos na própria Constituição, razão pela qual o debate relevante não se cinge à sua possibilidade, mas à forma do seu exercício. Admite-se, ademais, que a democracia não se esgota na vontade da maioria, pressupondo igualmente o respeito à garantia de direitos básicos, a participação igualitária do cidadão na esfera pública e alguma forma de proteção às minorias. A questão, portanto, seria de dosagem. A permissão aos juízes para a imposição de limites às decisões das majorias somente pode ser reputada antidemocrática se caracterizar demasiado cerceamento da possibilidade de autogoverno atribuída ao povo⁶⁸⁹.

No mesmo sentido, para Ávila, em vez da insindicabilidade dessas decisões, é preciso verificar em que medida essas competências são exercidas, o que demanda encontrar-se critérios que “aumentem e que restrinjam o controle material a ser exercido pelo Poder Judiciário”⁶⁹⁰.

⁶⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1. p. 46.

⁶⁸⁸ Entre as muitas contestações ao ativismo judicial e ao denominado Neoconstitucionalismo, confira-se o artigo de Dimitri Dimoulis (DIMOULIS, Dimitri. Anotações sobre “neoconstitucionalismo” (e sua crítica). *Artigos Direito Gv*, São Paulo, n. 17, mar. 2008. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2856/WP17.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 24 abr. 2013.

⁶⁸⁹ SARMENTO, op. cit., p. 122-133, 138-139. Ressalva o autor, entretanto, que o protagonismo judicial se justifica no Brasil somente em certas searas, como a proteção dos direitos fundamentais e das minorias e as garantias da democracia. Em outras áreas recomenda-se uma “postura de autocontenção judicial”, em respeito às deliberações da maioria e também porque carece o Judiciário de conhecimentos técnicos adequados para tomar decisões sobre matérias estranhas ao direito. Nestes casos, a vontade constitucional poderia ser mais adequadamente implementada mediante o protagonismo de outros órgãos do Estado.

⁶⁹⁰ ÁVILA, op. cit., p. 196.

Trata-se, por conseguinte, da necessidade de consolidar-se a construção ou o aprimoramento de paradigmas adequados à nova hermenêutica constitucional, bem como de melhor compreender os limites da atuação contramajoritária do Poder Judiciário⁶⁹¹.

Ademais, embora não seja possível a supressão do conteúdo ideológico das decisões judiciais, há uma característica fundamental que define a Jurisdição, que é a imparcialidade, razão pela qual os juízes exercem uma função de equilíbrio no interior do sistema jurídico⁶⁹². Nesse sentido, fundamental é a função do procedimento. Ainda que a observância de um procedimento adequado se revele, isoladamente, insuficiente para garantir a legitimidade da atuação jurisdicional, permite razoavelmente controlar essa atuação.

Ressalvadas essas considerações, admite-se no direito brasileiro o exercício da função jurisdicional mediante o critério da ponderação, quando necessário para dirimir o conflito entre normas que expressam valores total ou parcialmente inconciliáveis.

Entretanto, o emprego da técnica da ponderação, que se destina a solucionar antinomias que refletem conflitos envolvendo valores e opções políticas, potencializa a necessidade da *racionalidade* e da *justificação* da decisão judicial. Ausente a referibilidade direta da decisão a evidentes enunciados normativos, a racionalidade da decisão liga-se “à capacidade de demonstrar conexão com o sistema jurídico”, ou seja, que a decisão encontra legitimação em decisões majoritárias refletidas no ordenamento jurídico, ainda que por “modalidades mais ou menos diretas” ou por “disposições implícitas, construídas a partir do sistema”. A justificação, por sua vez, vincula-se à necessidade de expor as razões da tomada de uma decisão, transformando “os processos lógicos internos do aplicador, que o conduziram a uma determinada conclusão, em linguagem compreensível para a audiência”. Essa justificação, no Estado Republicano, não é dispensada ao órgão jurisdicional em razão de sua investidura ser procedida por meio de concurso, independentemente da vontade popular⁶⁹³.

4.4.2 Ponderação na Suspensão de Segurança

Consideradas as ressalvas acerca do juízo de ponderação, parece não existir nenhuma característica essencial que distinga a sua utilização nos pedidos de suspensão de execução de decisões judiciais daquela procedida em outros institutos processuais.

⁶⁹¹ Confira-se a respeito as considerações de Souza Neto e Sarmiento in SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. In: FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (Org.). *Constitucionalismo e democracia*. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 125-160.

⁶⁹² APPIO, op. cit., p. 62-63

⁶⁹³ BARCELOS, op. cit., p. 41-45.

É certo que o pedido de suspensão se trata de procedimento sem dilação probatória e que exige celeridade, como toda tutela de urgência. Essas características não impedem a realização da ponderação das normas que veiculam os interesses contrapostos, como de resto não a impedem nos demais procedimentos sem dilação probatória, como no mandado de segurança, ou naqueles que exigem especial celeridade, como nas antecipações de tutela e medidas cautelares.

Igualmente não se pode afirmar que carece o Presidente do Tribunal de elementos indispensáveis para a ponderação das normas contrapostas. Com efeito, no que se refere ao interesse ambiental tutelado pela medida que se pretende suspender, constitui seu elemento decisório, no mínimo, a decisão cujos efeitos se pretende suspender. Relativamente à ameaça ao interesse econômico do Poder Público, a sua demonstração deve necessariamente ser objeto do pedido de suspensão. Logo, tal como ocorre em qualquer decisão proferida no âmbito de meios recursais, nada obsta um juízo de ponderação pelo Presidente do Tribunal⁶⁹⁴.

Entretanto, o que se observa na praxe dos tribunais, é que a decisão do Presidente, embora possa afetar gravemente os interesses em questão, de regra o ambiental, são prolatadas com superficialidade e concisão que não coaduna com a sua importância⁶⁹⁵.

De igual forma, nada parece existir que vede o exercício da ponderação entre interesses ambientais e econômicos⁶⁹⁶.

Embora o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado não esteja expressa e diretamente sujeito a limitações constitucionais, a necessidade de sua harmonização com os interesses sociais e econômicos constitui a essência do direito fundamental ao desenvolvimento sustentável. A ordem econômica, por sua vez, é composta por uma plêiade de interesses, valores e objetivos que se complementam e autolimitam, inclusive, a preservação ambiental.

A exigência de ponderação entre a ordem econômica e o interesse ambiental não é senão a exigência imposta pelo desenvolvimento sustentável, que se revela um direito fundamental completo, mas é também, por outra ótica, um princípio a orientar a práticas

⁶⁹⁴ O que pode ocorrer, é que a decisão não contemple a necessária fundamentação ou delimitação do âmbito de seu comando, de modo a não permitir a decisão do Presidente no sentido da prevalência do direito ambiental. Em sentido inverso, a fundamentação deficiente do pedido de suspensão pode levar à impossibilidade da prevalência do interesse econômico.

⁶⁹⁵ Elucidativo, nesse ponto, o relato de Venturi, de que, como Procurador do Estado, obteve uma suspensão de segurança de decisão que permitia a compensação de vultosa quantia a título de créditos de ICMS, em um despacho com exatas oito palavras (VENTURI, op. cit., p. 11).

⁶⁹⁶ Como antes se referiu, não se trata propriamente da ponderação dos interesses, mas das normas que os veiculam, extraídas dos enunciados normativos.

legislativas e administrativas que envolvam potenciais conflitos entre interesses sociais, econômicos e ambientais.

O princípio do desenvolvimento sustentável contempla elementos que representam aspirações de realização de valores, entre eles o meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, para a presente e para as futuras gerações. Contempla também os princípios e fundamentos da ordem econômica e seu fim de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Contempla, enfim, interesses que não se revelam irrestringíveis, desde que essa restrição seja justificável pela necessidade de sua harmonização com os demais interesses reputados valiosos pela ordem constitucional.

O desenvolvimento sustentável contempla, por fim, um único princípio que se reputa insuscetível de qualquer restrição, que se trata precisamente da dignidade humana, porque os direitos e garantias fundamentais nada mais são que “pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir da perspectiva do valor da dignidade humana”⁶⁹⁷.

A dignidade humana, todavia, ademais de informar o princípio do desenvolvimento sustentável, integra primariamente os interesses ambientais, econômicos e sociais, seja por força da cláusula geral do art. 1º, inciso III, seja pelas previsões extraíveis dos artigos 170 e 225 da Constituição.

Não há, portanto, razão jurídica que impossibilite a ponderação no âmbito de pedido de “suspensão de segurança ajuizado”, com fundamento na ameaça à economia pública, para retirar a eficácia de medida concedida para tutelar interesse ambiental.

Essa ponderação somente pode ser procedida no caso em concreto, porque é incompatível com a ordem constitucional a prévia e absoluta restrição de um direito fundamental, seja ele o ambiental, o econômico ou o social, em benefício de outro.

Embora se afirme que a unidade da Constituição não exclua a identificação de normas de diferentes pesos, “a fixação de rigorosa hierarquia entre diferentes direitos individuais acabaria por desnaturá-los por completo, desfigurando, também, a Constituição como complexo normativo unitário e harmônico”⁶⁹⁸.

⁶⁹⁷ MENDES, op. cit., p. 159.

⁶⁹⁸ Ibidem, p. 271. Lembra o autor que houve momento na História em que se excluía, por completo, algumas pessoas que se encontravam em determinadas situações, como servidores públicos e militares, do âmbito da aplicação dos direitos fundamentais em face da Administração, porque estariam inseridas num sistema em que preponderava o dever de obediência. Até nessas situações, no entanto, “o tempo testemunhou uma evolução nesse quadro, distinguindo-se, agora, as situações em que a limitação à fruição dos direitos fundamentais é indispensável para a razão de ser da relação especial de poder, daquelas em que não o é”.

É essa precisamente a situação da suspensão da eficácia de decisões judiciais, se adotada a concepção de que o mérito do pedido se restringe à verificação da ameaça aos interesses do Poder Público. Teria sido procedida uma ponderação prévia e absoluta, reputando o interesse econômico do Poder Público mais relevante que o interesse ambiental, devendo aquele prevalecer em qualquer circunstância.

Nesse sentido, não se pode concordar com a conclusão de Tombini, de que qualquer provimento judicial que determina a paralisação de empreendimentos hidrelétricos justifica a suspensão de segurança, porque é ínsita a “potencialidade lesiva do decisório”, comprometendo a produção e distribuição de energia elétrica em âmbito nacional, em face do notório quadro de carência do abastecimento energético⁶⁹⁹. Ainda que se concorde que esse abastecimento é efetivamente prioridade na ordem econômica nacional, o pedido formulado em ação civil pública pode se restringir ao adiamento de concessões de licenças ou de início das obras até que se realize ou se aprimore os estudos de impactos ambientais, trabalho realizável em prazo relativamente curto. Em muitas oportunidades, há um prazo razoável no cronograma estabelecido pelo empreendedor, de modo a permitir a realização dos estudos⁷⁰⁰. Além do mais, o entendimento da autora levaria à conclusão de que, em se tratando de fornecimento de energia elétrica, qualquer conduta é justificável, inclusive a desídia do Poder Público de procrastinar a decisão sobre a realização de empreendimentos necessários para o desenvolvimento econômico e, posteriormente, com fundamento na urgência, pretender realizá-lo sem o respeito às exigências legais e em prejuízo a direitos fundamentais.

Essa verificação da prevalência em concreto de princípios e interesses pode ser procedida apenas pelo Poder Judiciário⁷⁰¹ e a ausência desse exercício de ponderação caracteriza uma omissão da função jurisdicional de dar proteção aos direitos fundamentais, na medida da possibilidade da sua realização.

Em outros termos, embora possa o Judiciário negar a tutela jurisdicional a um determinado interesse por reputá-lo, no caso concreto, menos valioso que outro que lhe é contraposto, não pode negar essa mesma tutela somente em face da previsão legal abstrata de prevalência desse outro interesse, sem a possibilidade da verificação sobre qual deve prevalecer no caso concreto.

⁶⁹⁹ TOMBINI, op. cit., p. 296. As conclusões da autora, em verdade, sintetizam os entendimentos dos presidentes dos tribunais, conforme acórdãos que transcreve às fls. 296-329.

⁷⁰⁰ Como ilustra o caso da Usina Hidrelétrica de Mauá, descrito no Apêndice, transcorreram mais de três anos entre a data da decisão que deferiu a suspensão das medidas judiciais que determinavam a elaboração de novos estudos de impactos ambientais e o início das obras.

⁷⁰¹ Evidentemente o legislador pode e deve exercer um juízo de ponderação ao elaborar as normas abstratas. O que não se afigura possível é subtrair do Judiciário a possibilidade de realizar a ponderação, no caso concreto, entre aquelas normas não podem ser aplicadas mediante mera subsunção.

Registre-se que essa omissão, especificamente no que se refere à suspensão de segurança, decorre de uma interpretação jurisprudencial e doutrinária extremamente inconsistente. Com efeito, como se referiu no segundo capítulo, mesmo aqueles autores que mais ferrenhamente postulam a restrição do âmbito de apreciação do pedido de suspensão de segurança, consideram que se há de proceder a alguma espécie de ponderação entre os interesses contrapostos.

Outra não é a conclusão no que se refere à Jurisprudência. Como antes também se referiu, em muitas oportunidades o próprio Supremo Tribunal Federal efetuou a ponderação de normas que veiculam interesses em conflito e concluiu que deveria prevalecer o interesse tutelado pela medida que se pretendia suspender. Outras tantas vezes, concluiu pela prevalência do interesse do Poder Público, mas não deixou de ponderar as razões dessa prevalência⁷⁰².

Em verdade, o exame dos repertórios jurisprudenciais revela que os Presidentes dos Tribunais iniciam suas decisões nos pedidos de suspensão de segurança afirmando que seu juízo se restringirá à apreciação da ameaça ao interesse do Poder Público, frequentemente afirmando que assim procederão mediante critérios de conveniência e oportunidade. Todavia, quase invariavelmente procuram justificar as medidas concessivas na prevalência o interesse no Poder Público, no caso concreto, o que implica necessariamente algum juízo de ponderação, ainda que de maneira superficial⁷⁰³.

Essas constatações revelam que a doutrina e a jurisprudência reputam possível o exercício da ponderação no âmbito do pedido de suspensão de segurança. Os tribunais, ao ponderar as normas em conflito e, por vezes, reconhecer a prevalência do interesse que se pretende suspender, assim procedem sem qualquer reconhecimento da inconstitucionalidade das normas de regência da suspensão de segurança. Trata-se de inequívoco reconhecimento de que o entendimento pela restrição do âmbito de apreciação do mérito do pedido é construção exclusivamente jurisprudencial e doutrinária.

⁷⁰² Aparentemente, essa situação se repete em outros tribunais. Nesse sentido, conforme levantamento efetuado por Fávero e Burgo, cerca de um terço das decisões prolatadas pelos Presidentes do Tribunal de Justiça do Espírito Santo durante os anos de 2008 a 2001 adentraram na discussão do mérito da ação originária (FAVERO, Paula Canal; BURGO, Victor. Suspensão de segurança o enfoque do Tribunal de Justiça do Espírito Santo. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 21., 2012, Rio de Janeiro. *Anais...* Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=59ab3ba90ae4b4ab>>. Acesso em: 30 abr. 2013).

⁷⁰³ O que se verifica é que essa postura dúbia presta-se, de um lado, a conferir aparência de juridicidade à decisão, ao mesmo tempo em que justifica a deficiente fundamentação, na medida em que o critério político levaria à desnecessidade da fundamentação.

4.5 PROPOSTA DE REVISÃO DO ÂMBITO DE APRECIÇÃO DO MÉRITO DA SUSPENSÃO DA EFICÁCIA DE MEDIDAS JUDICIAIS

Com fundamento nas razões antes expostas e com amparo nos princípios da inafastabilidade e da efetividade da jurisdição, especialmente porque se cogita na hipótese de tutela de interesses que se amoldam ao conceito de direito fundamental, propõe-se a adoção do entendimento de que os interesses em conflito no pedido de “suspensão de segurança” devem ser objeto de ponderação pelo Presidente do Tribunal, com vistas a verificar qual deles deve prevalecer no caso concreto.

4.5.1 Âmbito de apreciação do Mérito do Pedido de Suspensão no Modelo Proposto

A adequação do instituto da “suspensão de segurança” aos preceitos constitucionais, especialmente aos princípios do desenvolvimento sustentável e da inafastabilidade e da efetividade da jurisdição, pode ser alcançada mediante a revisão do âmbito de apreciação do mérito do pedido, de modo a permitir-se que se proceda à análise acerca de qual interesse deve prevalecer no caso concreto.

A mudança proposta implica condicionar o deferimento do pedido de suspensão de segurança à demonstração de que a ameaça à ordem, à segurança, à saúde e à economia públicas, ademais de grave, não é aceitável quando cotejada com a lesão decorrente da suspensão da execução da medida judicial deferida contra o Poder Público. Considerado especificamente o recorte temático efetuado nesse trabalho, implica condicionar a suspensão da tutela deferida para proteger o meio ambiente à demonstração de que essa tutela caracteriza grave ameaça à economia pública, ameaça que, consideradas as circunstâncias do caso concreto, não é jurídica e socialmente aceitável.

Em outros termos, trata-se de harmonizar a “suspensão de segurança” com a Constituição mediante a demonstração de que, no caso concreto, efetivamente se configura hipótese de manifestação do princípio da supremacia do interesse público, caso em que a decisão judicial deve ceder espaço a um interesse maior, que é o da coletividade⁷⁰⁴. Nada obsta assim que a supremacia do interesse público seja reconhecida em prejuízo de um interesse igualmente público, o interesse ambiental, desde que esse reconhecimento seja procedido no caso concreto, mediante a ponderação dos interesses em conflito.

⁷⁰⁴ BUENO, op. cit., p. 244-245.

Não se trata, porém, de condicionar o deferimento da suspensão à demonstração de que a tutela judicial que acarreta lesão aos interesses públicos foi concedida mediante erro de julgamento ou de procedimento⁷⁰⁵, bem como não se considera inteiramente adequada a solução proposta por Bezerra, no sentido de que “a integralidade da situação fático-jurídica” seja considerada no julgamento do pedido de suspensão⁷⁰⁶. Por outro lado, a verificação da plausibilidade do recurso facultado ao Poder Público no processo principal⁷⁰⁷, embora se afigure imprescindível, é insuficiente para a necessária ponderação dos interesses.

Em suma, não se trata de devolver ao Presidente do Tribunal a apreciação do mérito da decisão cuja eficácia é objeto do pedido de suspensão, mas de sopesar a lesão ao interesse ambiental que a decisão atacada reputou violado, cotejando-a com a lesão à economia demonstrada no pedido de suspensão, de tal sorte a estabelecer, considerando os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da proibição de excesso, a solução que melhor garanta a prevalência do interesse público.

Devolver integralmente o conhecimento da ação principal ao Presidente do Tribunal, no âmbito do pedido de suspensão, é juridicamente injustificável e faticamente inviável, considerando-se os pressupostos, as finalidades e o procedimento do instituto. Conferir ao Presidente do Tribunal a atribuição de apreciar a injuridicidade da decisão que se pretende suspender implica uma sobreposição de funções com os órgãos jurisdicionais próprios, tal como adverte Rodrigues⁷⁰⁸. Essa sobreposição, ademais de injustificada juridicamente, é desnecessária, porque as vias recursais ordinárias permitem um imediato pronunciamento do Tribunal competente, no que se refere à injuridicidade da decisão recorrida, inclusive com a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo. A verificação da juridicidade da decisão pode se revelar ainda inútil, se desconsiderada a magnitude e a relevância dos interesses em conflito⁷⁰⁹. Ademais, essa solução pode se revelar ainda

⁷⁰⁵ BUENO, op. cit., p. 245. Para o autor, o Poder Público deve comprovar que a tutela judicial que acarreta lesão aos interesses públicos foi concedida mediante erro de julgamento ou de procedimento.

⁷⁰⁶ BEZERRA, op. cit., p. 256.

⁷⁰⁷ A plausibilidade do recurso é fundamento de muitos dos julgados que admitem a denominada delibação ou cognição superficial ou sumária, além de postulada, entre outros autores, por Eduardo Arruda Alvim (ALVIM, op. cit., p. 252), Scartezini (SCARTEZINI, op. cit., p. 104-105) e Cunha (CUNHA, Leonardo José Carneiro. Meios processuais para concessão de efeito suspensivo a recurso que não o tem. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 8, p. 470-471).

⁷⁰⁸ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão de segurança*. Op. cit., p. 155-157.

⁷⁰⁹ Uma decisão juridicamente perfeita no aspecto processual e perfeitamente consentânea com a realidade dos fatos pode provocar danos graves aos interesses do Poder Público, danos que podem ser considerados inaceitáveis se procedida a ponderação dos interesses em conflito, o que, postula-se, deve ser procedido no processo de “suspensão de segurança”.

faticamente inviável, porque pode demandar aprofundado exame do conjunto probatório, incompatível com o procedimento da “suspensão da segurança”.

A solução de condicionar o deferimento da suspensão da eficácia da decisão à verificação, pelo Presidente do Tribunal, da ampla situação fático-jurídica envolvida parece igualmente não se revelar factível no âmbito do pedido de suspensão. Ainda que essa solução não implique atribuir competência revisional ao Presidente, porque não se analisa o acerto da decisão que se pretende suspender, não parece viável o exame da integralidade dessa situação fático-jurídica no âmbito do pedido de suspensão de segurança. Com efeito, parece que qualquer exame da integralidade dessa situação envolvida na ação principal e no pedido de suspensão demandaria exame probatório aprofundado. Evidente, todavia, que deve o Presidente do Tribunal inteirar-se dos fatos que deram causa ao ajuizamento da ação principal, à semelhança do que se procede nas hipóteses em que igualmente não se admite reexame de provas, como nos recursos especial e extraordinário.

A seu turno, a verificação da plausibilidade do recurso facultado ao Poder Público no processo principal, embora se revele realmente imprescindível, é insuficiente. Em um primeiro aspecto, a verificação desta plausibilidade nada mais é que o procedimento que usualmente já adotam os presidentes dos tribunais. Entretanto, a implausibilidade do recurso somente tem se revelado motivo para o indeferimento do pedido de suspensão naquelas hipóteses em que o interesse que o Poder Público pretende proteger é manifestamente inconstitucional ou já foi objeto de repúdio por remansada jurisprudência. Assim é porque o conceito de plausibilidade remete à constatação de alguma possibilidade de sucesso do recurso, situação que se verifica na maior parte dos casos, ressalvadas as situações excepcionais que têm sido apontadas pelos presidentes dos tribunais. Noutro aspecto, a simples verificação da plausibilidade do recurso deixa de considerar os fundamentos e objetivos do pedido de suspensão, ou seja, a grave ameaça aos interesses do Poder Público. Deixa de considerar especialmente a magnitude e a gravidade desta ameaça, em cotejo com a magnitude e relevância dos interesses cuja tutela se pretende suspender^{710 711}.

⁷¹⁰ Exemplificando, pode ocorrer hipótese em que o eventual recurso do Poder Público pode se revelar de duvidosa plausibilidade, mas a ameaça aos seus interesses é extremamente grave e é provocada por medida visando à tutela de interesse ambiental irrelevante.

⁷¹¹ Com mais razão ainda, não parece suficiente a solução proposta por Rocha, no sentido de se permitir ao Presidente do Tribunal averiguar a probabilidade de reforma ou anulação da decisão que se pretende suspender, abstraindo-se, no entanto, de considerar o seu próprio entendimento e os elementos de seu convencimento, limitando-se a “cotejar os aspectos jurídicos envolvidos na decisão objeto do incidente, com tudo aquilo que já foi julgado, em casos semelhantes, pelas instâncias superiores” (ROCHA, 2012, op. cit., p. 190-196). Evidentemente que as decisões superiores constituem baliza para a decisão do Presidente do Tribunal, mas impor-lhe esse limite e impedir que ele considere suas próprias convicções implica injustificável menoscabo de sua função jurisdicional.

A proposta consiste, em suma, em dilatar o âmbito de apreciação do mérito pelo Presidente do Tribunal, de modo a permitir a análise sobre a possibilidade da prevalência do interesse ambiental. O mérito do processo de “suspensão de segurança”, portanto, seria abrangido pelo pedido formulado pelo Poder Público, complementado pelas razões de defesa do autor da ação civil⁷¹². O âmbito de apreciação do mérito pelo Presidente do Tribunal consistiria na análise da gravidade da ameaça ao interesse do Poder Público – a economia pública –, considerada ainda a relevância desse interesse, em cotejo com a magnitude e relevância do interesse ambiental⁷¹³. Essa apreciação ampliada do mérito do pedido de suspensão deve ser procedida sem dilação probatória e sem apreciação da juridicidade da decisão que se pretende suspender⁷¹⁴.

4.5.2 Procedimento do Pedido de Suspensão no Modelo Proposto

A ponderação dos interesses ambientais e econômicos no âmbito do processo de suspensão de execução de medidas judiciais é juridicamente possível e adequada, constituindo-se, em verdade, exigência dos princípios da inafastabilidade do controle jurisdicional e de efetividade da tutela jurisdicional dos direitos fundamentais.

No entanto, essa ponderação, considerada a finalidade de preservar as características do pedido de “suspensão de segurança” de instrumento célere e que permite a imediata tutela dos interesses do Poder Público, somente pode ser realizada mediante a adoção de procedimento sem dilação probatória. A extração dos parâmetros para ponderação, por conseguinte, deve ser procedida da própria decisão que se pretende suspender, no tocante ao interesse ambiental, e da prova pré-constituída, relativamente ao interesse econômico.

A magnitude do dano e a relevância do interesse ambiental reconhecidos na medida judicial deferida contra o Poder Público somente podem ser assim aferidas a partir da delimitação contida na medida liminar, na antecipação da tutela, na sentença ou no acórdão proferidos contra o Poder Público, acrescidas do conhecimento que o Presidente do Tribunal

⁷¹² A peculiaridade consiste em que as “razões de defesa” do autor da ação civil pública não seriam necessariamente extraídas de contestação eventualmente apresentada no próprio pedido de suspensão de segurança, mas do seu pedido formulado na ação civil pública e que assumiria a natureza de uma espécie de “pedido contraposto”.

⁷¹³ Mais propriamente, o que se deve considerar para efeito de ponderação com o interesse econômico não é o interesse ambiental que se pretende tutelar, mas a relevância desse interesse e a magnitude do dano que se pretende evitar.

⁷¹⁴ Em verdade, não se trata propriamente de ampliar o âmbito de apreciação do mérito, mas de retirar a restrição a esse âmbito, na medida em que o mérito, entendido como o objeto do processo, é integrado pelas razões do réu ou requerido.

lograr obter do exame possível da situação de fato em cada caso. A gravidade da ameaça e a relevância do interesse econômico do Poder Público, por sua vez, deve ser objeto de prova pré-constituída, à semelhança do que ocorre com o mandado de segurança.

A insuficiência de parâmetros seguros relativamente ao interesse ambiental, extraíveis das decisões que se pretende suspender, deve levar à impossibilidade da realização da ponderação de interesses no âmbito do pedido de suspensão de segurança, decidindo o Presidente do Tribunal pelos parâmetros atualmente adotados, ou seja, a comprovação da grave ameaça à ordem econômica, acrescida eventualmente de juízo de delibação e da verificação da plausibilidade do recurso facultado ao Poder Público.

A solução possibilitaria o imediato pronunciamento judicial acerca da contrastabilidade do interesse ambiental ao econômico, determinando a prevalência de um ou de outro ou a compatibilização de ambos. A celeridade e a eficácia do instituto da suspensão ficariam razoavelmente preservadas, porque não se admitiria dilação probatória. Tampouco implicaria atribuição de poder revisional ao Presidente do Tribunal, porque a decisão proferida na ação civil pública, ainda que tenha seus efeitos suspensos, permaneceria hígida, tal como atualmente acontece.

No mais, no que se refere à exigência constitucional do exercício do contraditório e da intervenção do Ministério Público, remete-se ao tópico pertinente no segundo capítulo.

4.5.3 Compatibilidade da Proposta com as Previsões Legais

Embora considerada a interpretação doutrinária e jurisprudencial predominante, no sentido de que o mérito do pedido de suspensão de segurança é restrito à demonstração da ameaça ao interesse do Poder Público, não se colhe dos dispositivos legais pertinentes essa conclusão inequívoca. Com efeito, como se referiu nos dois primeiros capítulos, nada na legislação de regência restringe expressamente o âmbito de apreciação do mérito do pedido de suspensão de segurança. Ao contrário, colhem-se mesmo algumas referências que levariam ao entendimento de que esse âmbito de apreciação deve ser dilargado, como a menção à *flagrante ilegitimidade* e à *plausibilidade do direito invocado*, contidos no *caput* e no § 7º do art. 4º da Lei nº 8.437/1992.

De qualquer sorte, a doutrina e a jurisprudência admitem amplamente que o Presidente do Tribunal pode realizar *delibação*, apreciação *sumária* ou *superficial* do mérito e análise da *plausibilidade* do recurso facultado ao Poder Público. Essas fórmulas são

empregadas inclusive pelos autores que postulam a restrição do âmbito de apreciação do mérito do pedido de suspensão. No entanto, como refere Venturi, todas essas fórmulas, fundadas na superficialidade da cognição, não afastam a conclusão de que o Presidente do Tribunal estaria adentrando no mérito da ação principal⁷¹⁵. De igual forma, significativa parcela da doutrina e da Jurisprudência admitem que se proceda à ponderação dos interesses em conflito, ainda que se sustente que esse sopesamento não implica a ampliação do âmbito de apreciação do mérito.

Por conseguinte, forçoso é concluir que a doutrina e a jurisprudência reputam possível o exercício da ponderação no âmbito do pedido de suspensão. Ademais, os próprios tribunais, quando realizam essa ponderação, assim procedem sem reconhecer incidentalmente qualquer inconstitucionalidade das normas de regência.

A ponderação dos interesses em conflito no âmbito do pedido de suspensão de segurança pode ser procedida, portanto, como mera interpretação jurisprudencial, independentemente de necessidade da alteração legislativa ou de declaração incidental de inconstitucionalidade de qualquer dispositivo legal.

Todavia, parece recomendável a alteração legislativa, inclusive porque a proposta implica a retirada da regra da ultratividade da decisão suspensiva, conforme se mencionará mais adiante. Além do mais, postula-se a alteração da norma aplicável para fazer inserir o interesse ambiental como um dos pressupostos da suspensão.

4.5.4 Natureza Jurídica do Instituto na Conformação Proposta

A um primeiro exame, o modelo proposto, ao permitir a ponderação dos interesses contrapostos no pedido de “suspensão de segurança” não é suficiente para lhe alterar a sua natureza jurídica de ação incidental, nem tampouco de tutela de urgência, com natureza específica de tutela antecipatória ou interinal, a depender da classificação adotada.

A natureza de ação incidental da suspensão decorre essencialmente da existência de causa de pedir e pedido próprios e inconfundíveis com os da ação civil pública, deduzida, no entanto, incidentalmente ao processo principal e, por legítima opção legislativa, mediante procedimento em que se não prevê citação do requerido e decisão por um ato formal de sentença, nos termos referidos no primeiro capítulo.

⁷¹⁵ VENTURI, op. cit., p. 160.

No que se refere à possibilidade de tratar-se de recurso, sucedâneo recursal ou ação autônoma de impugnação, subsiste o óbice de não se visar propriamente à revisão da decisão proferida na ação principal.

Embora se revele de algum apelo a ideia de enquadramento na categoria de ação autônoma de impugnação, há uma peculiaridade que assim não o recomenda. Conforme anota Nery Junior, as ações autônomas de impugnação fazem as vezes de recurso, porque se dirigem contra decisões judiciais, mas são processadas em processo distinto⁷¹⁶. O pedido de suspensão de segurança visa a interferir na decisão proferida na ação principal, retirando-lhe a executividade. Todavia, essa pretensão de modificação da decisão proferida em outro processo não se fundamenta em equívoco ou omissão da decisão. Ainda que se considere que a decisão proferida na ação principal deixou de considerar a grave ameaça que seria provocada aos interesses do Poder Público e que essa ameaça, no caso concreto, seria inaceitável, trata-se de aspecto que não foi e não será objeto da ação principal.

O pedido de suspensão no modelo proposto, assim como na sua atual conformação, deve ser reputado uma ação incidental que visa a obstar a produção imediata dos efeitos da decisão proferida na ação principal, até que ocorra o trânsito em julgado daquela decisão. Trata-se, por conseguinte, de uma medida temporária, que não produz coisa julgada e cuja subsistência está vinculada à decisão da ação principal. Essas definições a amoldam ao conceito de tutela de urgência, qualquer que seja o critério de classificação adotado. No que tange a tratar-se de tutela antecipatória ou interinal, em um primeiro exame, o modelo proposto igualmente não altera as conclusões externadas no primeiro capítulo.

4.5.5 Necessidade de Fundamentação da Ponderação Mediante Critérios Jurídicos

O modelo proposto, ao permitir a ponderação entre os interesses contrapostos no pedido de suspensão não invalida a conclusão de que é inadmissível a decisão do Presidente do Tribunal mediante critérios de conveniência e oportunidade.

Ainda que se atribua ao juízo de ponderação uma subjetividade que perigosamente faz aproximar a atuação judiciária da atividade legislativa, a atribuição ao Presidente do Tribunal do dever de ponderar os interesses contrapostos acrescenta à sua decisão, ou ao menos reforça, duas características que marcam a jurisdição, ou seja, o dever de imparcialidade e a finalidade de atuação da lei. Diversamente do que acontece na

⁷¹⁶ NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 76.

conformação atual, afasta-se qualquer resquício de que a função do Presidente do Tribunal seja exercida para que “uma certa finalidade seja alcançada”, exigindo-se que atue com a finalidade de “assegurar o respeito ao direito subjetivo”, tal como refere Silva para diferenciar a Administração da Jurisdição⁷¹⁷. Definitivamente, a atuação do Presidente do Tribunal, de ponderar os interesses para verificar qual deve prevalecer no caso concreto, não pode ser confundida com a função de proteção do interesse do Poder Público, tal como hoje, equivocadamente, se postula.

Em verdade, como antes se referiu, o emprego da técnica da ponderação exacerba a necessidade da fundamentação racional e da justificação da decisão. Via de consequência, a decisão do Presidente do Tribunal deve necessariamente indicar a vinculação da solução adotada ao ordenamento jurídico, justificando devidamente as suas razões, o que se faz, evidentemente, mediante critérios jurídicos.

4.5.6 Necessidade de Supressão da Ultratividade da Decisão Suspensiva

A proposta implica também a supressão da regra da ultratividade da decisão que suspende a tutela ambiental concedida em prejuízo do Poder Público.

Ademais de todas as razões antes expostas acerca da inaplicabilidade da ultratividade da decisão concedida para suspender decisões proferidas em ação civil pública em matéria ambiental, o modelo proposto inviabiliza definitivamente a subsistência dessa decisão para além da vigência da decisão suspensa. Considerando que a regra da ultratividade da decisão que suspende a eficácia da decisão concedida contra o Poder Público colhe seu fundamento no fato de que a superveniência da sentença de procedência não teria influência no pedido de suspensão, porque distintos são os seus fundamentos, pressupostos e objetivos, a sua subsistência é incompatível com o modelo proposto.

Com efeito, na atual conformação do pedido de suspensão, a ultratividade é justificada porque, se os pressupostos da suspensão, que são exclusivamente a grave ameaça aos interesses do Poder Público, estavam presentes por ocasião do deferimento da liminar, estariam igualmente presentes quando proferidos a sentença. É o que estabelece a Súmula nº 626, do STF, determinado que a decisão supensiva, salvo determinação em contrário da decisão que a deferir, terá vigor até o trânsito em julgado da decisão definitiva, “desde que o objeto da liminar deferida coincida, total ou parcialmente, com o da impetração”.

⁷¹⁷ SILVA, 2011, op. cit., p. 68-69.

Entretanto, ao se adicionar como requisito da suspensão a necessidade da prevalência do interesse econômico, aferível no caso concreto mediante ponderação com o interesse ambiental, essa imutabilidade dos pressupostos deixa de existir. A sentença, após a dilação probatória, pode reconhecer a possibilidade de dano ambiental em maior ou menor monta que aquele aferido em juízo de verossimilhança, em cognição sumária. De igual forma, o acórdão do Tribunal que confirma parcialmente a sentença pode reconhecer a existência do dano ou ameaça em dimensão distinta daquela.

Ademais, postula-se que a dimensão e gravidade do dano ao interesse ambiental sejam extraídas da decisão judicial. Logo, esses parâmetros devem ser extraídos da decisão que agregou grau de certeza sobre a decisão anterior.

4.5.7 Limites e Dificuldades da Proposta

Os limites e dificuldades da proposta residem, em um primeiro aspecto, na dificuldade de se extrair das decisões que se pretende suspender comandos seguros acerca da magnitude do dano e da relevância do interesse ambiental reconhecidos na medida deferida contra o Poder Público, de modo a não exigir do Presidente do Tribunal exame aprofundado sobre a situação de fato deduzida na ação principal.

Somente se afigura possível ao Presidente do Tribunal extrair parâmetros seguros para a ponderação se a decisão, cuja eficácia se pretende suspender delimitar satisfatoriamente o dano ambiental que visa a proteger. Em outros termos, decisões que genericamente apontam a possibilidade de que a obra ou serviço público podem causar danos ao meio ambiente são imprestáveis para essa finalidade. Igualmente podem se revelar insuficientes tutelas fundamentadas genericamente em princípios, como da precaução e prevenção, sem que se declare minimamente qual o dano que pode ser causado se advier a situação ou evento que se pretende precaver ou prevenir.

Essa delimitação do dano e da relevância do interesse ambiental na motivação e no comando da decisão deferida contra o Poder Público é assim fundamental para possibilitar o exercício da ponderação pelo Presidente do Tribunal, com vistas a verificar a possibilidade de que, na situação concreta prevaleça o interesse ambiental.

Portando, atribui-se ao próprio magistrado parcela substancial da responsabilidade pela subsistência da eficácia da decisão que ele vier a prolatar contra o Poder Público, porque uma insuficiente fundamentação ou delimitação do comando dessa decisão podem impossibilitar a ponderação dos interesses no eventual pedido de suspensão.

Reflexamente, atribui maior responsabilidade ao autor da ação civil pública, demandando adequada formulação do pedido, especialmente no que se refere à quantificação e delimitação do dano ambiental, com vistas a possibilitar uma decisão com comando mais preciso.

O modelo proposto atribui assim grande responsabilidade ao juiz de primeiro grau e, indiretamente, ao autor da ação civil pública, especialmente no que se refere ao pedido e ao deferimento de tutelas antecipadas. Trata-se de consequência colateral desejável e que pode contribuir para que a ação civil pública, especialmente em matéria ambiental, seja manejada com a responsabilidade condizente com a sua dignidade e com a enorme relevância que as tutelas concedidas em seu âmbito assumem no mundo dos fatos, inclusive e especialmente em relação às políticas públicas.

Noutro aspecto, a atribuição, ao magistrado de primeiro grau, de maior influência na decisão do pedido de suspensão, presumivelmente encontrará resistência por parte dos presidentes dos tribunais, porque deverão eles amparar suas decisões em comandos de decisões não definitivas.

A proposta de condicionar o deferimento da suspensão à ponderação dos interesses em conflito igualmente deve encontrar resistência por parte do Poder Público, porque implica uma divisão dos riscos entre os interesses ambiental e econômico, diversamente do quadro atual que atribui total e incondicionada preponderância a este último.

4.5.8 Vantagens do Modelo Proposto

Malgrado as dificuldades de implementação e as compreensíveis resistências ao modelo proposto, vislumbra-se a possibilidade da adequação do instituto aos preceitos constitucionais, além de uma contribuição para efetividade da tutela dos interesses ambientais. Adicionalmente, pode-se cogitar de contribuição para o aperfeiçoamento dos estudos de impacto ambiental exigidos para empreendimentos potencialmente poluidores.

Parece possível afirmar-se que a possibilidade da suspensão da eficácia das medidas concedidas contra o Poder Público, na conformação atual, é causa de inefetividade da tutela jurisdicional ambiental, além de permitir situações de tumultos processuais.

No quadro atual, não parece ainda desarrazoado afirmar que há um risco de transferência da responsabilidade ao Presidente do Tribunal relativamente à tutela ambiental, nas hipóteses em que a execução da decisão pode causar danos aos interesses do Poder Público. Com efeito, certamente não escapa ao conhecimento dos legitimados para a ação civil pública em matéria ambiental que eventual decisão favorável quase invariavelmente será

suspensa pelo Presidente do Tribunal. De igual forma, trata-se de possibilidade que deve passar o exercício mental desenvolvido pelo juiz ao prolatar sua decisão.

É possível assim especular que a possibilidade concreta de que uma decisão proferida para tutelar o interesse ambiental venha a ter eficácia pode induzir os legitimados à ação civil pública a formular seus pedidos com maior cautela e precisão, evitando ainda a pulverização e multiplicação de ações. É também razoável concluir que a possibilidade de estas decisões tenham eficácia influencie no íntimo do magistrado ao decidir se as concede.

Paralelamente, a perspectiva de que eventuais medidas deferidas contra o Poder Público em ação civil pública destinada à tutela dos interesses ambientais poderão ser efetivamente executadas pode levar o Poder Público a melhor se desincumbir de seu dever constitucional de zelar pela preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Nessa perspectiva, espera-se que o Poder Público, ao decidir pela realização de empreendimentos econômicos, no âmbito de seu juízo de conveniência e oportunidade, assim proceda mediante adequada definição da estratégica de desenvolvimento, com a observância de critérios adequados de zoneamento econômico e, especialmente, mediante estudos de impactos ambientais corretamente elaborados.

Em síntese, a proposta tem a ambição de contribuir para a preservação da dignidade da ação civil pública, evitando que esse precioso instrumento para a tutela dos interesses transindividuais, especialmente o ambiental, seja desacreditado em razão de seu manejo inadequado ou abusivo.

Acima de tudo, tem a ambição de contribuir para a efetividade da tutela ao meio ambiente, o que não significa a intangibilidade dos interesses ambientais ou a sua prevalência em qualquer situação, mas a possibilidade de que a sua prevalência seja considerada, sob a perspectiva da realização do desenvolvimento sustentável.

5 CONCLUSÕES

Ainda que não subsistam as razões que originariamente levaram à criação do instituto denominado suspensão de segurança, não se pode inteiramente descartar a sua prestabilidade como instrumento de proteção a interesses públicos especialmente relevantes, como a saúde, a ordem, a segurança e a economia públicas, desde que amoldada a sua conformação às exigências da ordem constitucional e desde que devidamente realizada a ponderação dos interesses em conflito.

Parece que efetivamente não remanescem as razões que justificaram a criação da suspensão de segurança, como um instrumento célere que se destinava a equilibrar a situação do Poder Público em face do particular, em contrapartida ao extraordinário e então inédito meio de defesa do indivíduo perante o Estado representado pelo mandado de segurança, ação que não contemplava recurso contra as liminares deferidas em seu âmbito. Ainda que o mandado de segurança continue a representar ameaça às políticas públicas, o Poder Público dispõe atualmente de outros instrumentos igualmente céleres e eficientes para salvaguardar seus interesses, como os agravos e as medidas cautelares, passíveis de atribuição de efeito suspensivo, inclusive mediante liminares que podem ser monocraticamente deferidas e sem a prévia instauração de contraditório.

Essa conclusão parece estensível também à aplicação da “suspensão de segurança” para retirar a eficácia de tutelas deferidas em ações coletivas destinadas à tutela de interesses transindividuais. Embora justificada a previsão da suspensão quando editada a Lei de Ação Civil Pública, em 1985, porque a tutela coletiva de interesses era então matéria com razoável pionerismo e com grande potencial de ameaça aos interesses do Poder Público, o modelo processual vigente contempla instrumentos eficientes para obstar que decisões judiciais causem lesões irreversíveis aos seus interesses.

Entretanto, a subsistência do instituto da “suspensão de segurança”, embora afastados ou relativizados seus fundamentos originais, não parece absolutamente incompatível com a ordem constitucional inaugurada em 1988. Embora constitua um tratamento privilegiado ao Poder Público, o que poderia caracterizar violação aos princípios da isonomia e do devido processo legal, há razoáveis argumentos para o tratamento diferenciado. Subsiste, de certa forma, uma certa assimetria entre o particular e o Poder Público em face da possibilidade do manejo do mandado de segurança, da ação civil pública e das demais ações constitucionais. De igual forma, o fundamento original da criação da suspensão de segurança, a supremacia do interesse público, embora relativizado, porque o Estado não pode mais ser

visto como uma entidade desvinculada da sociedade e do indivíduo, ainda vigora como princípio geral. A justificativa da necessidade de se preservar alguns dos valores mais caros à sociedade e albergados pela ordem constitucional parece assim suficiente para justificar a manutenção desse privilégio processual.

No que se refere à utilização do instituto para a suspensão de decisões concedidas em ações coletivas destinadas à tutela de interesses transindividuais, a justificativa para a sua manutenção é substancialmente infirmada, porque alguns dos interesses tutelados nessas ações, como o interesse ambiental, são igualmente públicos. Alguns deles podem se revelar, nos casos concretos, até mais relevantes que os próprios interesses que o Poder Público pretende defender. Abalado o fundamento da supremacia do interesse público, resta-lhe como justificativa o potencial das ações coletivas de afetar as políticas públicas, em face de se enfeixar em uma única ação interesses de múltiplos indivíduos. Admissível, portanto, que a “suspensão de segurança” remanesça aplicável também no que se refere às ações coletivas. Todavia, essa utilização deve se revestir de excepcional cautela em face das características dos interesses tutelados por essas ações.

Esse justificável privilégio, no entanto, não pode servir de amparo para a restrição ou supressão de direitos fundamentais, individuais ou coletivos, sem que se fundamentem em uma justificativa constitucional.

A ordem constitucional inaugurada em 1988 albergou direitos fundamentais que percorrem as denominadas três gerações de direitos, de liberdade, de igualdade e de solidariedade. Entre esses últimos, destaca-se a preservação ambiental.

A constitucionalização desses direitos, aliada às características das constituições contemporâneas, de abertura e plasticidade necessárias para permitir uma adequação às mudanças sociais, desiderato que se alcançou pela via dos princípios, levou à exigência de critérios para a compatibilização de direitos eventualmente em conflito. Esses critérios são necessários, porque os direitos fundamentais são amplos, por vezes de contornos imprecisos, o que resulta em elevado potencial de conflito com outros direitos fundamentais.

Concebidos assim métodos hermenêuticos cuja finalidade é precisamente solver conflitos entre normas dotadas de generalidade e de elevada carga valorativa, que inviabilizam a solução de casos concretos mediante simples subsunção. Desses critérios, consolidou-se na doutrina e na jurisprudência nacionais especialmente o recurso da ponderação das normas em conflito, o que se procede usualmente de maneira associada com os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, da preservação do núcleo essencial e da concordância prática.

É assim assente que somente por meio desses critérios, que visam a determinar qual dos interesses ou princípios em conflito deve prevalecer no caso em concreto, é que se admite a restrição ou supressão de direitos fundamentais.

Inadmissível, portanto, a existência de qualquer instituto processual que contemple a possibilidade de restrição ou supressão de direitos fundamentais sem que, de alguma forma, se permita que essa supressão ou restrição seja submetida, de maneira eficaz, ao exame da preponderância no caso em concreto. Em outros termos, não se admite a estipulação em abstrato de direitos fundamentais prevalecentes, exceto no que se refere à vida e à dignidade humana. Todos os demais direitos fundamentais são restringíveis em face da necessidade de prevalência de outro direito de mesma espécie, o que somente se pode proceder, no caso concreto, mediante a verificação da situação peculiar dos seus titulares e da relevância que cada interesse assume em razão de suas finalidades.

A tarefa de estabelecer essa prevalência dos interesses em conflito, nas ordens constitucionais democráticas, é atribuída ao Poder Judiciário, responsável por concretizar, por individualizar, as normas abstrata e genericamente formuladas pelo legislador no exercício da sua função política. A norma material ou processual que retira do Judiciário essa prerrogativa colide com o princípio da inafastabilidade da jurisdição e potencialmente deixa ao desamparo os direitos fundamentais.

É precisamente esse o ponto em que esbarra a aplicação da atual conformação da “suspensão de segurança” para retirar a eficácia de decisões concedidas em ação civil pública ajuizada para tutelar interesses ambientais.

Prevalecendo nos tribunais o entendimento de que o mérito do pedido de suspensão é restrito à demonstração do interesse público ameaçado, ou seja, à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, vedada a apreciação sobre o interesse tutelado pela decisão que se pretende suspender, resta inviabilizada a possibilidade da ponderação dos interesses em conflito, bem como da utilização de qualquer outro critério hermenêutico ou de solução de conflitos. Em outros termos, essa restrição ao âmbito de apreciação do mérito do pedido de suspensão implica uma prévia e abstrata prevalência dos interesses do Poder Público, o que constitucionalmente não se admite. Via de consequência, caracteriza violação ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Trata-se de violação especialmente relevante tratando-se de suspensão de tutela a interesse ambiental deferida em ação civil pública.

O meio ambiente ecologicamente equilibrado foi erigido à condição de bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e

à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para a presente e para as futuras gerações. Constitui direito fundamental, que tem por fundamento último a dignidade da vida humana. Ao lado dos aspectos sociais, econômicos e culturais, materializa o que se denomina princípio do desenvolvimento sustentável.

O desenvolvimento sustentável implica necessariamente a compatibilização do escopo da preservação ambiental com as finalidades da política econômica, de assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios da busca do pleno emprego e da redução das desigualdades sociais e regionais.

Imbricam-se assim os interesses ambientais e da ordem econômica, porque o fim último de ambos, considerado o caráter antropocêntrico da preservação ambiental, é a vida humana e a satisfação de suas necessidades, a sua qualidade de vida, a sua dignidade. Conflitam, todavia, ainda que seus fins se afigurem comuns, porque os aspectos concomitantes que integram o desenvolvimento sustentável constituem realidades próprias, depositárias de interesses autônomos, embora interdependentes. Essa imbricação e conflito de interesses espelha a concepção contemporânea dos direitos humanos.

Essa finalidade constitucional de compatibilização dos interesses econômicos, sociais e ambientais, sintetizada no princípio do desenvolvimento sustentável, é frustrada pela possibilidade da aplicação da “suspensão de segurança” em ações civis públicas destinadas à tutela de interesses ambientais.

Ademais de se entender que a magnitude e a relevância do dano ao interesse ambiental não podem ser cotejados com a ameaça ao interesse econômico do Poder Público, para verificar a prevalência de um deles no caso concreto, a situação é agravada pela previsão legal de que a decisão que suspende a eficácia da tutela do meio ambiente vigora até o trânsito em julgado da ação civil pública. Insuscetível de tutela jurisdicional condizente com a usual urgência que se revela nos casos concretos, e considerando a demorada tramitação dessa espécie de ação, uma medida judicial concedida para tutelar o meio ambiente pode permanecer sem eficácia por vários anos. Quando finalmente executável a tutela deferida, o dano ambiental pode já ter irreversivelmente ocorrido.

De consequência, resta inteiramente desprovida de efetividade a previsão constitucional de que o meio ambiente ecologicamente equilibrado deve ser preservado e defendido pelo Poder Público e pela coletividade, porque a degradação ambiental ilícita ou evitável, eventualmente reconhecida na sentença definitiva, não poderá ser evitada ou ter sua reparação específica, objetivos que o ordenamento jurídico impõe como dever à Jurisdição.

Nesse quadro, a alternativa que se mostra eficaz para compatibilizar a “suspensão da segurança” com a Constituição e com o dever do Estado de defender e preservar o meio ambiente é permitir ao Presidente do Tribunal, no âmbito do processo de suspensão, apreciar a magnitude e a relevância da lesão ao interesse ambiental reconhecida na medida deferida contra o Poder Público, em contraste com a ameaça à ordem econômica comprovada pelo requerente. Em outros termos, a alternativa implica condicionar o deferimento do pedido de suspensão à demonstração de que a ameaça à economia pública, além de grave, não é aceitável quando cotejada com a lesão ao interesse ambiental decorrente da suspensão da execução da medida judicial deferida contra o Poder Público.

Não se cogita devolver ao Presidente do Tribunal a apreciação do mérito da decisão cuja eficácia se pretende suspender, mas de ponderar a lesão ao interesse ambiental que a decisão atacada reputou ameaçado ou violado, cotejando-a com a ameaça à economia demonstrada no pedido de suspensão, de tal sorte a estabelecer, considerando os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, da concordância prática e da vedação de excesso, a solução que melhor garanta a prevalência do interesse público.

Postula-se a análise do mérito sem dilação probatória, mediante cotejo da ameaça à ordem econômica afirmada no pedido de suspensão, objeto de prova pré-constituída, com o dano ambiental reconhecido na decisão proferida contra o Estado. Trata-se de solução que possibilitaria o imediato pronunciamento judicial acerca da contrastabilidade do interesse ambiental ao econômico, determinando a prevalência de um ou de outro ou a compatibilização de ambos, preservando-se a celeridade e a eficácia do instituto da suspensão.

Essa postulada utilização da ponderação e de outros critérios de solução de conflitos entre interesses no âmbito da suspensão de segurança não se reveste de significativa diferença em relação ao seu uso em qualquer outro procedimento judicial. Ainda que se trate de critérios acoimados de imprecisão e excessiva subjetividade, a sua utilização no ordenamento jurídico brasileiro é passo que já foi dado. A subjetividade desses critérios, ainda que mais acentuada que aquela da clássica subsunção, é ônus da superação do positivismo puro e de se ter constitucionalizado preceitos de acentuada carga valorativa e dotados de plena normatividade.

A solução proposta, em verdade, representa a institucionalização de uma prática que não é incomum nos tribunais, como se constata pela frequente utilização, nas decisões dos pedidos de suspensão, dos critérios de ponderação, de verificação da plausibilidade do recurso facultado ao Poder Público e de delibação ou de cognição sumária ou superficial das questões afetas à causa principal.

A diferença decorrente da institucionalização da necessidade do exercício da ponderação, ademais de sua extensão a todos os julgados, reside em obstar a prática, também comum, de se realizar simulacros de exercícios de ponderação ou de avaliação da proporcionalidade ou razoabilidade da suspensão da segurança, como meio para justificar a concessão da medida por critérios meramente políticos, conferindo a essa decisão aparência de autêntico exercício da função jurisdicional.

Espera-se, ademais, que a exigência da realização desse exercício de ponderação afaste de uma vez para sempre qualquer resquício da concepção de que a suspensão de segurança é ato de natureza administrativa, praticado pelo Presidente do Tribunal no exercício de poder discricionário. É inconciliável com o Estado Democrático de Direito que uma decisão de natureza administrativa, ainda que prolatada por um membro do Judiciário, retire a eficácia de decisão judicial exarada, pelo juiz natural, em juízo de estrita legalidade, especialmente quando essa decisão se destina a tutela de direitos fundamentais.

A mera existência no ordenamento jurídico de um instituto processual em que o órgão jurisdicional se transfigura em administrador dos interesses do Poder Público, renunciando à sua função constitucional de atuar, com imparcialidade, para solucionar o conflito de interesses, caracteriza subversão da natureza contramajoritária atribuída ao Poder Judiciário nos Estados Democráticos de Direito. Essa atuação, ainda que para muitos incômoda e não compreendida, representa a garantia dos direitos fundamentais, especialmente para pessoas, grupos e segmentos com poder insuficiente para garantir esses direitos nas vias legislativa ou administrativa.

Acredita-se que a mudança proposta na conformação do instituto da “suspensão de segurança” pode ser procedida pela via da interpretação jurisprudencial, sem necessidade de alteração legislativa. Essa conclusão decorre da ausência de disposição legal expressa restringindo o âmbito de apreciação do mérito do pedido de suspensão e da constatação de que os tribunais atualmente já procedem a ponderação dos interesses em conflito e, por vezes, reconhecem a prevalência do interesse que se pretende suspender, sem declarar a inaplicabilidade de qualquer dispositivo legal.

Recomenda-se, todavia, a alteração legislativa, especialmente porque se postula a inclusão do interesse ambiental como um dos interesses tutelados pela “suspensão da segurança”, ao lado da ordem, da segurança, da saúde e da economia públicas. Na atual quadra da ordem constitucional, em que a preservação ambiental foi erigida a um dos direitos fundamentais, incumbindo ao Estado e à sociedade o dever de preservá-lo para a presente e para as futuras gerações, essa inclusão justifica-se plenamente.

No que se refere à ultratividade da medida suspensiva, a alteração proposta inviabiliza a subsistência da medida suspensiva para além da duração da decisão suspensa, demandando supressão da regra atualmente prevista em lei. Ao se adicionar como requisito da suspensão a necessidade da demonstração da prevalência do interesse econômico, aferível no caso concreto mediante ponderação com o interesse ambiental, a ultratividade da decisão suspensiva torna-se insustentável. A decisão suspensiva passa a ter duplo pressuposto, sendo um deles extraído da decisão suspensa. Por conseguinte, substituída essa decisão, não pode subsistir a decisão que suspendeu seus efeitos.

Acredita-se, por fim, embora considerados os limites e dificuldades da proposta, que a alteração na conformação da “suspensão de segurança” pode contribuir para adequar o instituto à Constituição e conferir efetividade à tutela ambiental deferida contra os interesses do Poder Público. Ambiciona-se ainda contribuir para o aperfeiçoamento do manejo da ação civil pública pelos seus legitimados ativos, bem como para se atribuir uma adicional e saudável responsabilidade ao juiz de primeiro grau ao fundamentar e deferir referidas tutelas. Encerra os bons propósitos a expectativa de contribuição para aperfeiçoamento dos estudos de impactos ambientais exigidos para empreendimentos potencialmente causadores de significativa degradação ambiental.

REFERÊNCIAS

ALEXYY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

ALVIM, Eduardo Arruda. Suspensão da eficácia da decisão liminar ou da sentença em mandado de segurança: aspectos controvertidos do art. 4º da Lei 4.348/64. In: BUENO, Cássio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Cap. 10.

APPIO, Eduardo. *A ação civil pública no estado democrático de direito*. Curitiba: Juruá, 2009.

ARENHART, Sergio Cruz. Reflexões sobre o princípio da demanda. In: FUX, Luis; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 587-603.

ASSIS, Araken. *Manual dos recursos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

AVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BARCELOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. 1, n. 6, 2001.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 9, mar./abr./maio 2007.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito econômico*. São Paulo: Celso Bastos, 2003.

BELLINETTI, Luiz Fernando. Definição de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 666-671.

_____. *Mandado de segurança coletivo: perspectiva conceitual e pressupostos de admissibilidade no direito positivo brasileiro*. 1997. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

BELLINETTI, Luiz Fernando. *Sentença civil: perspectivas conceituais no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____. Tutela jurisdicional satisfativa. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 21, n. 81, p. 98, 1996.

BEZERRA, Isabel Cecília de Oliveira. *Suspensão de tutelas jurisdicionais contra o poder público*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Brasiliense, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Do estado liberal ao estado social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Instituições, bom estado, e reforma da gestão pública. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado – RERE*, Salvador, n. 1, mar./abr./maio, 2005.

BUENO, Cássio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

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

_____. As novas regras da suspensão de liminar em mandado de segurança. In: BUENO, Cássio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Cap. 7.

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil*, 4: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *O poder público em juízo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *Panóptica*, Vitória, ano 1, n. 6, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. Estado mínimo x estado máximo: o dilema. *Revista Eletrônica sobre a Reforma de Estado*, Salvador, n. 12, dez./jan./fev. 2008.

CASTRO, Matheus Felipe. Estado nacional e desenvolvimento. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 58, 2009.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

COELHO, Luiz Fernando. O renascimento do direito comparado: estudo em homenagem a Ana Maria Vilela. *Revista Bonijuris*, Curitiba, ano 22, n. 561, p. 5-14, 2010.

CONSÓRCIO ENERGÉTICO CRUZEIRO DO SUL. 2011. A Usina. Disponível em: <<http://www.consorcio Cruzeiro do Sul.com.br/a-usina>>. Acesso em: 12 abr. 2013.

COSTA PINTO, Claudia Maria Borges. O crescimento e a redução do Estado Brasileiro: a permanência da crise fiscal. *Revista Bonijuris*, Curitiba, ano 22, n. 557, 2010.

COUTINHO, Ana Luísa Celino. *Mandado de segurança: da suspensão de segurança no direito brasileiro*. Curitiba: Juruá, 1999.

CUNHA, Leonardo José Carneiro. *A fazenda pública em juízo*. 6. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

_____. Meios processuais para concessão de efeito suspensivo a recurso que não o tem. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 8.

DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2011.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 10. ed. Salvador: Juspodium, 2012.

DIMOULIS, Dimitri. Anotações sobre “neoconstitucionalismo” (e sua crítica). *Artigos Direito Gv*, São Paulo, n. 17, mar. 2008. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2856/WP17.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 24 abr. 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 1999.

FACHIM, Zulmar. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Método, 2008.

FARIA, Ivan Dutra. *Compensação ambiental: os fundamentos e as normas; a gestão e os conflitos*. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao/TD43-IvanDutraFaria.pdf>. Acesso em: 1 mar. 2013.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2002.

FAVERO, Paula Canal; BURGO, Victor. Suspensão de segurança o enfoque do Tribunal de Justiça do Espírito Santo. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 21., 2012, Rio de Janeiro. *Anais...* Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=59ab3ba90ae4b4ab>>. Acesso em: 30 abr. 2013.

FERRAZ, Sérgio. *Mandado de segurança*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Mandado de segurança*. São Paulo: Malheiros, 1997.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Princípios do direito processual ambiental*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FREITAS, Wladimir Passos de. *Direito administrativo e meio ambiente*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1998.

GAMEIRO, Adriano Moreira; BONOMO, Carla. A crise do estado contemporâneo e o papel da regulação das atividades econômicas. *Scientia Juris*, Londrina, v. 10, 2006.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Globalização, neoliberalismo e direito no Brasil*. Londrina: Humanidades, 2004.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

GROSS, Denise Barbosa. *Institutos liberais e neoliberalismo no Brasil da Nova República*. Porto Alegre: Fundação de Economia e Estatística Siegfried Emanuel Heuser, 2003.

GUTIERREZ, Cristina. *Suspensão de liminar e de sentença na tutela do interesse público*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Traducción Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

JUSTEM FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

LIMA, Maria Luíza Milani. Decisão de risco: reflexões sobre o licenciamento ambiental brasileiro. In: LEITE, José Rubens Morato; FAGUNDES, Paulo Roney Ávila (Org.). *Biossegurança e novas tecnologias na sociedade de risco: aspectos jurídicos, técnicos e sociais*. Florianópolis: Conceito, 2007.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2009.

MAHNKOPF, Birgit. O futuro do trabalho: globalização da insegurança. In: PETERSON, Nikolai; SOUZA, Draiton Gonzaga (Org.). *Globalização e justiça II*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2005. p. 47-68.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 7. ed. São Paulo: RT, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *A técnica processual e tutela de direitos*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 2.

_____. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Introdução ao ministério público*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. *Mandado de segurança*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. A democracia e suas dificuldades contemporâneas. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado – RERE*, Salvador, n. 9, mar./abr./maio 2007.

_____. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

NICOLAIDIS, Denise Christina de Resende. *A avaliação de impacto ambiental: uma análise de eficácia*. 2005. Dissertação (Mestrado em Gestão Econômica do Meio Ambiente) - Departamento de Economia da Universidade de Brasília, Brasília.

NORTHFLEET, Ellen Gracie. Suspensão de sentença e de liminar. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, ano 1, n. 2, 1998.

O'CONNELL, Paul. Reconciliando os irreconciliáveis: globalização neoliberal e direitos humanos. *Panóptica*, Vitória, ano 2, n. 13, jul./out. 2008.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro; MITIDIERO, Daniel. *Teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2010.

OLIVEIRA, Robson Carlos. *Os poderes do juiz na execução por quantia certa contra devedor solvente*. 2008. Disponível em: <<http://www.sapientia.pucsp.br>>. Acesso: 2 jun. 2012.

OMOTO, João Akira. *Desenvolvimento sustentável na perspectiva dos direitos humanos*. Disponível em: <<https://www.dropbox.com/s/9q940fs7ak0yep/JOAO%20AKIRA%20OMOTO%20-%20dissertacao1.docx>>. Acesso em: 11 fev. 2013.

PASSOS, J. J. Calmon. A constitucionalização dos direitos sociais. *Revista Eletrônica sobre a Reforma de Estado*, Salvador, n. 10, jun./jul./ago. 2007.

PEREIRA, Hélio do Valle. *Manual da fazenda pública em juízo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ROCHA, Caio Cesar. *Pedido de suspensão de decisões contra o poder público*. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROCHA, Luciano Velasque. *Ações coletivas*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo civil ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010a.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão de segurança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010b.

SÁ, José Adonis Callou de Araujo. *Ação civil pública e controle da Constitucionalidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANTOS, Alexandre Lucas; KEMPFER, Marlene. Estado contemporâneo e intervenção no domínio econômico. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 16, n. 2, p. 175-198, dez. 2012.

SANTOS, Christianine Chaves. *Ações coletivas & coisa julgada*. Curitiba: Juruá, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, ano 1, n. 1, abr. 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: _____. (Org.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 118-119.

_____. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

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

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1993.

SILVA, Ovídio A. Baptista. *Curso de processo civil: processo cautelar (tutela de urgência)*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Do processo cautelar*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. *Jurisdição e execução na tradição romano-germânica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Teoria geral do processo civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 1, p. 615-623, 2003.

_____. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SIMM, Zeno. Seguridade social no Brasil: crises e soluções. *Revista Bonijuris*, Curitiba, v. 16, n. 493, 2004.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. In: FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (Org.). *Constitucionalismo e democracia*. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 125-160.

TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

TESSLER, Marga Barth. A Justiça Federal e o Processo Civil. In: CICLO DE PALESTRAS DE PROCESSO CIVIL, 1., 2004, Curitiba.

TOMBINI, Carla Fernanda Leão Barcelos. *Suspensão de segurança na visão dos tribunais superiores*. Belo Horizonte, Forum, 2009.

VENTURI, Elton. *Suspensão de liminares e sentença contrárias ao poder público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

VILLELA, Gilberto Etchaluz. *A suspensão das liminares e das sentenças contra o poder público*. Porto Alegre: Síntese, 1998.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: processo cautelar e procedimentos especiais*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

APÊNDICES

APÊNDICE A

O CASO DA USINA HIDRELÉTRICA DE MAUÁ⁷¹⁸

Em 03 de novembro de 1999, a Associação Nacional dos Atingidos por Barragens–ANAB ajuizou a ação civil pública nº 1999.70.01.007514-6, perante a Justiça Federal em Londrina, em face de Companhia Paranaense de Energia Elétrica-COPEL, Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis-IBAMA e Agencia Nacional De Energia Elétrica-ANEEL.

Afirmava a autora que a COPEL vinha patrocinando 04 projetos de construção de usinas hidrelétricas na Bacia do Rio Tibagi, entre as quais a Usina de Mauá, sem, contudo, realizar o Estudo de Impacto Ambiental dos Aproveitamentos Hidrelétricos e o respectivo Relatório de Impacto Ambiental-RIMA, de maneira integrada, como determina a Lei de Recursos Hídricos (Lei nº 9.433/1997) e as normas gerais de Direito Ambiental Brasileiro previstas na Lei 6.938/1981.

Em 09 de janeiro de 2001, foi deferida a liminar pleiteada, determinando a suspensão do procedimento administrativo de licenciamento ambiental para construção de usinas hidrelétricas na bacia hidrográfica do Rio Tibagi, até que fossem realizados os estudos ambientais integrados. Essa decisão liminar teve seus efeitos suspensos pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região no Agravo de Instrumento nº 2001.04.01.005887-8, interposto pelo IBAMA, sob argumento de que a continuidade do procedimento não representava, naquela oportunidade, no ano de 2001, risco iminente de dano irreparável ao meio ambiente.

Em 15 de dezembro de 2005, considerando o pedido formulado pelo Ministério Público em razão da iminência da realização de leilão, o magistrado de primeiro grau deferiu nova liminar determinando a exclusão dos empreendimentos, inclusive a UHE Mauá, do referido leilão e dos próximos previstos para a Bacia do Rio Tibagi, enquanto não realizado estudo de impacto ambiental que considerasse toda a área da bacia hidrográfica atingida pelo empreendimento e até que fosse expedida a competente licença ambiental pelo IBAMA, reconhecendo a incompetência do órgão ambiental estadual⁷¹⁹.

⁷¹⁸ Narrativa da tramitação processual extraída das páginas da internet da Justiça Federal no Paraná, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região e do Superior Tribunal de Justiça.

⁷¹⁹ Em 03/12/2004, o EIA/RIMA elaborado pela empresa CNEC engenharia S/A relativos à UHE de Mauá havia sido protocolado junto ao IAPAR, que publicou o Edital de Entrada n.º 003/2005, em 22/01/2005. Encaminhada cópia dos estudos para análise a Mineropar Minerais do Paraná S.A, foi elaborado Parecer Técnico que alertou para o fato de que “[...] as Reservas Indígenas Kaingangs de Queimadas e Mococa que estão em áreas praticamente contíguas ao futuro reservatório não são analisadas quanto ao impacto que sofrerão em sua cultura, costumes, e mobilidade, sendo consideradas apenas como não afetadas pelo empreendimento.”

Referida decisão foi objeto da Suspensão de Segurança de Liminar nº 2005.04.01.056295-1/PR, requerida pela União, com fundamento em grave ameaça à ordem pública administrativa e à ordem econômica. Em 16 de dezembro de 2005, o Presidente do TRF 4ª Região deferiu o pedido de suspensão, no que se refere à realização do leilão, em face das “necessidades emergentes do setor energético nacional”, considerada a “premente necessidade de expansão do parque energético nacional, a fim de garantir o abastecimento nacional de energia elétrica a contar de 2010”. Acrescentou que até aquele momento se cogitava apenas de licenças prévias, que não comprometeriam a elaboração de uma Avaliação Ambiental Integrada⁷²⁰. Indeferiu o pedido de suspensão relativamente à determinação da elaboração dos estudos ambientais pelo IBAMA. Todavia, em 16 de fevereiro de 2006, ao examinar o agravo interposto pela União, o Presidente reconsiderou a sua anterior decisão e deferiu a suspensão de segurança também nesse ponto.

Contra a liminar de primeiro grau, a União interpôs também o agravo de instrumento nº 2006.04.00.001931-0/PR. Em 27 de janeiro de 2006, a desembargadora relatora, louvando-se na fundamentação utilizada pelo Presidente do Tribunal da 4ª Região na Suspensão de Segurança nº 2005.04.01.056295-1/PR, e desconsiderando a diversidade de pressupostos e finalidades dos distintos instrumentos, deferiu o efeito suspensivo ao agravo, nos exatos termos da liminar concedida no referido pedido de suspensão. Essa liminar foi deferida antes da decisão do Presidente do Tribunal, datada de 16 de fevereiro de 2006, que reconsiderou sua anterior decisão e concedeu a suspensão em forma mais ampla. A liminar concedida no Agravo de Instrumento foi confirmada pela 3ª Turma do TRF da 4ª Região, por unanimidade, em 22 de maio de 2006, mantendo a exclusão do empreendimento UHE Mauá do leilão, em face das irregularidades no EIA/RIMA e da necessidade de que o licenciamento fosse conduzido pelo IBAMA.

Caracterizada a existência de duas decisões conflitantes, o juiz de primeiro grau, acatando pedido do Ministério Público, entendeu que a decisão prolatada pelo órgão colegiado em agravo de instrumento deveria prevalecer sobre a decisão monocrática que deferiu a suspensão de execução da liminar, que estaria prejudicada pelo julgamento definitivo do agravo. Em consequência, determinou a exclusão da UHE de Mauá do leilão marcado para 10 de outubro de 2006.

A União ajuizou o agravo de instrumento nº 2006.04.00.034093-7/PR contra referida decisão, postulando a prevalência da decisão prolatada na “suspensão de segurança”.

⁷²⁰ Nesse ponto, o Presidente do Tribunal teria deixado de referir que sua decisão suspendendo os efeitos da antecipação da tutela teria eficácia até o trânsito em julgado da ação principal.

Em 09 de outubro de 2006, a desembargadora relatora deferiu o pedido de efeito suspensivo, “para caçar a decisão de primeiro grau e determinar o restabelecimento da Medida de Suspensão de Execução Liminar proferida nos autos nº 2005.04.01.056295-1”. Embora tenha reconhecido que a suspensão de segurança é medida extrema, considerou que a decisão do agravo de instrumento, exarada em um juízo de legalidade, por órgão colegiado, não deveria prevalecer sobre a decisão monocrática do Presidente do Tribunal, ao qual “é dado um crivo discricionário, sendo-lhe legítimo valorar a conveniência e oportunidade da suspensão”. Acrescentou que a decisão do Presidente do Tribunal deveria vigorar até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal, nos termos do art. 4º, § 9º, da Lei nº 8.437/1992⁷²¹.

Em de 19 de setembro de 2007, foi prolatada a sentença de primeiro grau, julgando parcialmente procedente o pedido para “reconhecer a necessidade de elaboração de um estudo global de impacto ambiental que considere a bacia hidrográfica do Rio Tibagi como unidade territorial, levando em conta o conjunto das barragens propostas e toda a extensão do território paranaense afetado (Avaliação Ambiental Integrada - EIA/RIMA), inclusive para avaliar a viabilidade do uso da bacia hidrográfica do Rio Tibagi para produção de energia”. Determinou ainda que a AAI deveria ser efetuada antes da concessão de qualquer licença de instalação de Usina no Rio Tibagi e que as licenças só fossem concedidas quando observadas as conclusões da AAI. Foi ainda determinada atuação supletiva ou integral do IBAMA no licenciamento dos empreendimentos do Rio Tibagi, considerando os possíveis impactos ambientais em terras indígenas, notoriamente existentes na Bacia do Rio Tibagi.

Contra a antecipação de tutela deferida na própria sentença, a União ajuizou o Agravo de Instrumento nº 2008.04.00.003286-3, tendo o TRF da 4ª Região deferido o efeito suspensivo. O Ministério Público impetrou o Mandado Segurança nº 2008.04.00.015393-9/PR, obtendo liminar para suspender a decisão prolatada no agravo de instrumento.

A União formulou então o Pedido de Suspensão de Segurança nº 1.863– PR, perante o Superior Tribunal de Justiça. O Presidente da Corte, em 18 de julho de 2008, após antecipar que não examinaria “questões exclusivamente jurídicas, porque estranhas aos estreitos limites do incidente de suspensão”, deferiu o pedido, sob fundamento de que o atraso no cronograma da Usina poderia acarretar lesão à economia pública, pois os consumidores residenciais, as grandes indústrias e até mesmo as finanças públicas poderiam ser atingidos “caso a capacidade de fornecimento de energia não seja ampliada com rapidez”.

⁷²¹ Dessa decisão foi interposto o Recurso Especial em AI nº 2006.04.00.034093-7/PR pelo Ministério Público Federal, alegando que a eficácia da suspensão de execução de liminar perdura apenas até a decisão de mérito do agravo de instrumento. Em 16/10/2008, o Ministro Relator do STJ julgou prejudicado o RE, pela perda de objeto, porque o processo na origem, ou seja, a ACP nº 1999.70.01.007514-6, havia sido sentenciada.

Em 26 de abril de 2011, o TRF da 4ª Região deu parcial provimento às apelações da COPEL, da ANEEL e da União para afastar as determinações da sentença, no que se refere precisamente à UHE de Mauá, assim procedendo em face da constatação do fato consumado. Reconheceu o Tribunal a necessidade de realização de Avaliação Ambiental Integrada da Bacia do Rio Tibagi como pré-requisito para a concessão de licença ambiental para construção de qualquer Usina Hidrelétrica nessa Bacia Hidrográfica, acrescentando que é um equívoco grave tratar a gestão dos recursos hídricos de forma compartimentada e não integrada. Acrescentou que a ausência da prévia Avaliação Ambiental Integrada conduz, necessariamente, a um estudo insuficiente, sob o aspecto ambiental. Considerou, todavia, que “o estágio atual das obras da usina de Mauá, especialmente por conta de diversas decisões judiciais que viabilizaram a continuidade do empreendimento, sem a elaboração da AAI”, inviabilizava a determinação da realização da AAI. Reconheceu o Tribunal a correção da sentença e determinou que as demais licenças de instalação e operação para empreendimentos no Rio Tibagi fossem condicionadas à elaboração da AAI. Determinou ainda a atuação supletiva ou integral do IBAMA no processo de licenciamento dos empreendimentos que visam ao aproveitamento energético do Rio Tibagi, para fiscalização quanto à sua conformidade com a AAI, bem como para avaliação do impacto em terras indígenas.

Dessa decisão, a União interpôs recursos Especial e Extraordinário, os quais foram admitidos, mas ainda não foram julgados.

De qualquer forma, no que se refere à UHE de Mauá, a tutela visando à preservação ambiental deixou de existir em face do acórdão de improcedência do TRF da 4ª Região, de 26 de abril de 2011, proferido com fundamento na constatação do fato consumado.

A Usina Hidrelétrica de Mauá passou a gerar energia em 23 de novembro de 2012 e foi inaugurada em janeiro de 2013.

Paralelamente, entre as inúmeras ações judiciais ajuizada na Justiça Federal em Londrina veiculando contestação a variados aspectos da construção da UHE de Mauá, tramitou a Ação Civil Pública nº 2006.70.01.004036-9/PR, ajuizada pelo Ministério Público Federal em 14 de agosto de 2006, em face de Instituto Ambiental do Paraná-IAP, IBAMA, União, ANEEL, Empresa de Pesquisa Energética-EPE e CNEC Engenharia S/A, entre outros.

Sustentou o autor haver diversas irregularidades no licenciamento da UHE de Mauá, entre os quais fraudes nos estudos de fundamentaram o EIA/RIMA; dispensa irregular de realização de Avaliação Ambiental Integrada-AAI mediante Portaria do IAP; concessão de licença prévia fundada em EIA/RIMA com falhas e omissões; ausência de Termo de Referência válido e idôneo a orientar os estudos ambientais realizados; inadequada

definição da área de influência do empreendimento, não se considerando impactos à jusante para o meio socioeconômico; exclusão dos estudos dos impactos sobre as populações indígenas da Bacia do Rio Tibagi; deficiências nos levantamentos de impactos sobre a qualidade da água e o abastecimento dos municípios da Bacia do Tibagi; transformação das 69 complementações sugeridas pela comissão de licenciamento em meras condicionantes; e ausência de consultas à FUNAI e ao IBAMA.

Em antecipação de tutela o autor pleiteou, entre outras providências, a suspensão imediata do procedimento de licenciamento ambiental; a suspensão dos efeitos da Licença Prévia irregularmente concedida, determinando-se à União, ANEEL e EPE que se abstenham de incluir o empreendimento no leilão de energia marcado para o dia 10 de outubro de 2006; e a determinação da atuação supletiva do IBAMA para retomar o procedimento de licenciamento desde sua gênese.

Em decisão de 05 de outubro de 2006, o pedido de exclusão da UHE de Mauá do leilão previsto para 10/10/2006 foi considerado prejudicado, porque a medida já havia sido deferida na ACP nº 1999.70.01.007514-6⁷²². Em relação aos demais pedidos, a análise foi postergada para após a apresentação das contestações.

Reiterado o pedido de antecipação de tutela pelo Ministério Público Federal, no que se refere à exclusão da UHE de Mauá do leilão designado para 10 de outubro de 2006, o pedido foi deferido, em decisão de 09 de outubro de 2006, por fundamentos diversos daqueles que embasaram a decisão prolatada na Ação Civil Pública nº 1999.70.01.007514-6.

A União interpôs o AI nº 2006.04.00.000086-5/PR, obtendo, em 09 de outubro de 2006, decisão para sustar os efeitos da antecipação da tutela. A Relatora fundamentou sua decisão no fato da questão já ter sido apreciada, no tocante às licenças prévias e laudos ambientais, na Suspensão de Segurança nº 2005.04.01.056295-1/PR, deferida em 16 de dezembro de 2005. Ponderando o interesse público no sentido da oferta de energia, ameaçada pela suspensão do leilão, deferiu o efeito suspensivo.

Em decisão de primeiro grau de 16 de fevereiro de 2007, foram parcialmente deferidos os pedidos de antecipação de tutela, determinando-se que o IBAMA acompanhasse o procedimento de licenciamento e apresentasse parecer técnico sobre as irregularidades apontadas no procedimento de licenciamento.

⁷²² A decisão proferida na ACP nº 1999.70.01.007514-6, determinando a exclusão da UHE de Mauá do leilão designado para o dia 10/10/2006, viria a ser cassada em 09/10/2006, no âmbito do AI nº 2006.04.00.034097-4/PR, em que a desembargadora relatora deferiu o pedido de efeito suspensivo, cassando a decisão de primeiro grau e restabelecendo a Medida de Suspensão de Execução Liminar proferida nos autos nº 2005.04.01.056295-1.

Foi interposto o Agravo de Instrumento nº 2007.04.00.014685-2/PR contra a referida decisão, tendo o TRF da 4ª Região indeferido o efeito suspensivo para sustar os seus efeitos, entendendo que pairava sobre a conduta do IAP uma “sombra de inidoneidade”, além da atuação supletiva do IBAMA configurar-se irrepreensível, diante de indicativos de que a UHE Mauá estaria a aproximadamente 4,6 Km em linha reta de área indígena.

Nessa quadra, portanto, não havia nenhuma medida judicial em vigor obstando o prosseguimento da UHE de Mauá, limitando-se a decisão judicial em vigor à determinação da atuação supletiva do IBAMA, no acompanhamento dos estudos de impacto ambiental, de sorte que sua construção foi iniciada em 21 de julho de 2008, com a mobilização e início das obras civis, enquanto o início do primeiro estágio da estrutura de desvio do rio ocorreu em 06 de fevereiro de 2009⁷²³.

Em 13 de janeiro de 2009, foi ajuizada pelo Ministério Público Federal a Medida Cautelar nº 2009.70.01.000179-1, visando a assegurar a efetividade da decisão final de mérito a ser proferida na ACP nº 2006.70.01.004036-9, pugnando pela suspensão dos efeitos da Licença de Instalação e consequente paralisação dos atos de instalação levados a efeito pelo Consórcio Energético Cruzeiro do Sul na área do canteiro de obras.

Em 20 de janeiro de 2009, considerando que a situação fática havia se alterado desde a apreciação do pedido de antecipação de tutela no processo principal, reconheceu o magistrado o *periculum in mora*, deferindo a liminar para suspender os atos tendentes a implementar a UHE Mauá, até nova decisão a ser proferida após manifestação do IBAMA sobre eventuais falhas ou omissões da licença de instalação concedida pelo IAP.

Em 03 de março de 2009, foi deferido pela Presidente do TRF da 4ª Região o Pedido de Suspensão nº 2009.04.00.004869-3/PR, ajuizado contra a referida liminar⁷²⁴.

⁷²³ CONSÓRCIO ENERGÉTICO CRUZEIRO DO SUL. 2011. A Usina. Disponível em: <<http://www.consorcio Cruzeiro do Sul.com.br/a-usina>>. Acesso em: 12 abr. 2013. Naquela data encontrava-se em vigor determinação judicial determinando a paralisação das obras.

⁷²⁴ A decisão foi fundamentada na grave ameaça à economia pública, caracterizada pelo “desemprego dos 575 trabalhadores residentes na região contratados para os trabalhos iniciais, e cancelar a criação de mais 4.500 postos de trabalho diretos e indiretos”. Asseverou ainda a Presidente que o “grave dano à economia pública se vislumbra na medida em que os municípios adjacentes deixarão de recolher aproximadamente cinco milhões de reais a título de Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza”, ao mesmo tempo em que “executar de pronto a decisão postergará ainda mais o recolhimento dos valores relativos à compensação financeira pela utilização de recursos hídricos pelos municípios da área de influência, pelo Estado do Paraná e pela União Federal, calculada em duzentos e vinte milhões de reais, quantia prevista para ser gerada no período em que a concessão estiver em funcionamento”. A Presidente declarou-se ainda impressionada com o “o risco de poluição do Rio Tibagi e o comprometimento da qualidade da água se as obras forem sustadas na etapa em que está, pois é bem possível que ocorram deslizamentos de terra, nesta época de chuvas, o que exigiria a recomposição de toda a área com o dobro de trabalho e de tempo e, no final, inevitável elevação do preço da energia distribuída”. Nesse ponto, cabe observar que, em decisão de 10/02/2009, o juiz singular havia autorizado a realização de “medidas de proteção e/ou conservativas a fim de evitar erosão, desmoronamento de terra e o assoreamento do Rio Tibagi, inclusive a construção de taludes”.

Paralelamente, também em 03 de março de 2009, foi deferido pelo Presidente do STJ, nos termos do § 9º do art. 4º da Lei nº 8.437/1992, o pedido de extensão da suspensão antes deferida na Suspensão de Segurança nº 1.863–PR.

Em 14 de junho de 2011, foi dado provimento pelo TRF 4ª ao Agravo de Instrumento nº 2009.04.00.00.7177-0, interposto pela União em face da decisão liminar deferida na Ação Cautelar, sob fundamento de que o próprio TRF e o STJ já haviam assegurado a continuidade do empreendimento, no âmbito dos antes referidos pedidos de “suspensão de segurança”.

Em 10 de outubro de 2011, foi prolatada sentença em primeiro grau na ACP nº 2006.70.01.004036-9, reconhecendo o magistrado singular a existência de fraude e deficiências no EIA/RIMA. Decidiu o juiz pela incorreta definição da área de influência do projeto, que excluiu indevidamente áreas indígenas, razão pela qual declarou que a bacia do Rio Tibagi é território Kaingang e Guarani, o que deve ser observado nos estudos de impacto ambiental para a implantação de empreendimentos hidrelétricos na bacia, e determinou a competência do IBAMA para a condução do licenciamento. Antecipou a tutela no que se refere a futuros empreendimentos hidrelétricos na bacia do Tibagi. Entretanto, considerando a realidade fática de que a Usina de Mauá já se encontrava praticamente concluída, não reputou razoável nem produtivo anular o licenciamento, “porquanto nenhum efeito prático adviria desta anulação, no tocante às intervenções que se pretendia evitar ou minorar, mas que já foram realizadas no meio ambiente”. Por conseguinte, declarando que as deficiências do EIA/RIMA realizados pela CNEC Engenharia S/A deram causa a danos materiais ou morais, condenou a empresa ao pagamento de R\$ 40.000.000,00 (quarenta milhões de reais).

Dessa decisão foram interpostos recursos de apelação pelo autor e pelos réus, os quais ainda se encontram pendentes de apreciação⁷²⁵.

⁷²⁵ Entre as razões de apelação do Ministério Público Federal destaca-se a assertiva de que a constatação do estágio de construção do empreendimento não deveria ter levado à improcedência do pedido de declaração de inexistência do EIA/RIMA e da invalidade dos atos praticados no Licenciamento Ambiental, devido à irreversibilidade de muitos de seus efeitos e a própria construção da obra, mas à modulação dos efeitos das mencionadas nulidades.

APÊNDICE B
PROPOSTA DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA

PROJETO DE LEI N.º , de 2013.

Altera dispositivos da Lei nº. 8.437, de 30 de junho de 1992, que dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público e dá outras providências.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º. O artigo 4º. da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, após a ponderação das normas em conflito, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão ao meio ambiente, à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

(...)

§ 3º Do despacho que conceder ou negar a suspensão, após a manifestação do autor e do Ministério Público, caberá agravo, no prazo de cinco dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte a sua interposição.

(...)

§ 9º revogado

Art. 2º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, revogando-se as disposições em contrário.

JUSTIFICATIVA

A alteração proposta no caput do art. 4º destina-se a tornar obrigatória a ponderação entre os interesses objeto da decisão cujos efeitos se pretende suspender e o interesse defendido pelo Poder Público, com vistas a verificar, no caso concreto, se a suspensão pleiteada efetivamente atende ao interesse público. Trata-se de procedimento já utilizado em alguns casos pelos Presidentes dos Tribunais. A inclusão do interesse ambiental como um dos pressupostos da suspensão, ao lado da ordem, da saúde, da segurança e da economia públicas, justifica-se em razão do meio ambiente ter sido erigido a direito fundamental, essencial à sadia qualidade de vida, incumbindo ao Estado e à coletividade defendê-lo e preservá-lo para a presente e futuras gerações (CF/1988, art. 225).

A inclusão da expressão “após a manifestação do autor e do Ministério Público” no § 3º tem a finalidade de deixar expresso que a intimação do autor da ação principal e do Ministério Público é obrigatória no âmbito do pedido de suspensão, ainda que a urgência do caso exija o deferimento da medida suspensiva liminarmente, hipótese em que a decisão do Presidente do Tribunal deverá ser reapreciada após as devidas manifestações.

A supressão do § 9º, que atualmente prevê que a suspensão deferida pelo Presidente do Tribunal vigorará até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal, tem por justificativa a necessidade de se apresentar novo pedido de suspensão quando a decisão suspensa for substituída por outra que lhe agregue maior grau de certeza ou for proferida por órgão judiciário de maior hierarquia.

Sala de Sessões, em 17 de maio de 2013.