

O CANCELAMENTO DA SÚMULA 506 DO STF: NOTAS PARA UMA PRIMEIRA REFLEXÃO *

Cassio Scarpinella Bueno

Sumário: 1) Abertura; 2) A Súmula 506, do STF: de 1969 a 2003; 3) Os agravos internos no atual estágio do processo civil; 4) Especificamente o agravo *interno* e o indeferimento do pedido de suspensão; 5) O cancelamento da Súmula 506; 6) O modelo constitucional do MS e a Súmula 506; 7) Fechamento

1) Abertura

O mandado de segurança é um tema riquíssimo. Embora se trate de ação inegavelmente civil, é imprescindível atentar para o fato de que o mandado de segurança é expressamente referido pela Constituição Federal como *direito e garantia* fundamental (art. 5º, LXIX e, na forma coletiva, art. 5º, LXX). É insuficiente que ele seja interpretado, aplicado e sistematizado com os olhos voltados unicamente para o direito processual. Para que o mandado de segurança seja bem *realizado, realizando* os direitos nele veiculados, é imprescindível um correto *entendimento e sopesamento* de seu caráter constitucional: parte-se do plano do direito constitucional em direção ao plano do direito processual para concretizar adequadamente o conflito de interesses transportado, pelo mandado de segurança, para resolução perante o Estado-juiz.

O objeto deste trabalho exige esta postura hermenêutica. O exame da questão com os olhos voltados mais à Constituição do que às leis de processo civil revela, com absoluta nitidez, o quão diversas podem ser as soluções oferecidas pelo campo jurídico a uma mesma situação concreta.

Saber se, da decisão do Presidente do Tribunal que indefere pedido de suspensão de liminar concedida em mandado de segurança, cabe ou não cabe recurso para algum órgão colegiado do Tribunal não é, por mais paradoxal que possa parecer, uma questão resolvida, única e tão somente, pelas regras de direito processual. Porque se trata de mandado de segurança, é fundamental verificar em que medida que o seu berço constitucional influencia ou incide no sistema processual civil. Fosse uma outra ação e, sem dúvida, a *exclusividade* do sistema *infraconstitucional* seria preponderante.

2) A Súmula 506, do STF: de 1969 a 2003

*. Dedico este trabalho para o meu primo e afilhado, Ricardo Del Guercio Bueno, que ingressou, neste ano de 2003, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; definitivamente uma “grande cabeça”. O trabalho foi, originalmente, publicado na *Revista Dialética de Direito Processual*, vol. 3. São Paulo: Dialética, 2003, páginas 9-24 e, posteriormente, na *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, vol. XX. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, páginas 19-37.

A Súmula 506, do STF, cujos precedentes remontam ao ano de 1969, diz o seguinte: “O agravo a que se refere o art. 4º da Lei nº 4.348/64, de 26.6.64, cabe, somente, do despacho do Presidente do Supremo Tribunal Federal que defere a suspensão da liminar, em mandado de segurança; não do que a denega”. Rigorosamente, aliás, não havia necessidade de súmula alguma. Basta ler o que sempre disse — e continua dizendo — a *lei* que rege o assunto, o art. 4º, *caput*, da Lei nº 4.348/64: “Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segura e à economia públicas, o Presidente do Tribunal, ao qual couber do respectivo recurso (VETADO) suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar, e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 10 (dez) dias, contados da publicação do ato”.¹

Mas, como às vezes a existência de uma lei parece ser insuficiente no Brasil — daí dizerem alguns que, entre nós, há leis que “pegam” e leis que “não pegam” —, fez-se a Súmula, para *repetir* o que está escrito no texto legal. Desde então, a Súmula está sendo aplicada e reaplicada. E para deixar bem claro que o que está na lei é o que está nela escrito, o Superior Tribunal de Justiça editou sua Súmula 217 em idêntico sentido: “Não cabe agravo de decisão que indefere o pedido de suspensão da execução da liminar ou da sentença em mandado de segurança”.

O que ocorreu de novo desde a edição da Súmula 506 e que tem relevância para estas linhas, é que teve nascimento, crescimento e vertiginoso desenvolvimento, no direito brasileiro, uma maior compreensão, talvez uma *necessária* maior compreensão dos valores prestigiados pela Constituição e sua necessária *influência* em todos os demais setores da ordem jurídica, inclusive no campo do processo civil. Uma explicação fácil para esta alteração de paradigma de pensamento é a promulgação da Constituição de 5 de outubro de 1988, pondo fim, juridicamente, ao regime militar precedente. Mais do que isto: a Constituição de 1988 encontrou um Brasil disposto a fortalecer suas próprias instituições, amadurecer sua cidadania. Caminho longo e árduo mas que tomou corpo e ainda toma. Também neste particular, o “pensar” a partir da Constituição é essencial.

Não que não tivéssemos escritos antes mesmo da Constituição que defendessem ser *fundamental* partir da Constituição para pensar e sistematizar o processo civil.² Mas ainda quando se trata de mandado de segurança, previsto, entre nós, na Constituição Federal desde 1934, à exceção da de 1937. O que, a partir da Constituição de 1988, tomou irreversível rumo foi a compreensão de que se falar de “processo civil” à margem da Constituição é ou pode ser vazio de maiores significados ou, quando menos, insistir na *mera* técnica processual, absolutamente imprescindível, mas insuficiente para realizar valores sociais, políticos e jurídicos.

¹. Existe acirrada discussão em doutrina e em jurisprudência sobre o prazo deste agravo. O texto legal refere-se a dez e não a cinco dias. Sobre o assunto, v. meu *Mandado de segurança – comentários às Leis nº 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66 e outros estudos sobre o mandado de segurança*, São Paulo, Saraiva, 2002, p. 186.

². Assim, para mencionar trabalho clássico sobre o tema, Ada Pellegrini Grinover, *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*, São Paulo, José Bushatsky, 1975.

No campo infraconstitucional, desde o surgimento da Súmula 506, muito ocorreu também. Um novo Código de Processo Civil (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973) e muitas e muitas leis *extravagantes* de processo civil. Mais do que leis, entretanto, mudou-se muito a forma de se entender, estudar, pesquisar e sistematizar o processo civil. Mais do que nunca, o processualista quis se voltar, também no plano infraconstitucional, para o que está “fora” do processo e perceber que o processo, em si mesmo, não leva a lugar algum. O processo, primordialmente, é *instrumento* de realização do direito material conflituoso nele retratado e transportado para solução perante o Estado-juiz. Estabeleceu-se, assim, as raízes do que, hoje, em uma palavra, é denominado de *instrumentalismo* ou *instrumentalidade*: o processualista começou a se perguntar o *porquê* de sua ciência: de onde ela vem, para onde ela vai e para que ela serve. Mesmo para quem não concorde com as premissas básicas do “instrumentalismo” não discordará do que acabei de escrever.

Em suma, desde a edição da Súmula 506, não há como olvidar que se estabeleceu, em definitivo, um novo paradigma de se pensar e sistematizar o processo civil. Hoje não há mais campo para se duvidar da existência e da importância de um “direito processual civil constitucional”. Seu objeto? Extrair da Constituição Federal o que tem sido chamado de “modelo constitucional do processo civil” e verificar, em que medida, as *soluções* legislativas atendem ou não atendem este *modelo*. Aqui, o encontro de dois campos tão caros e fundamentais para o mandado de segurança, o direito constitucional e o processo civil, dá-se a olhos vistos.

E é nesta intersecção que repousa o atual estágio da Súmula 506 e sua proposta de cancelamento recente pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

3) Os agravos internos no atual estágio do processo civil

Com os olhos voltados para o atual estágio do processo civil, não só o codificado mas também o que não está codificado, que é editado, vige e quer ser eficaz com outras vestes, de lei “extravagante”, não há como duvidar, seriamente, que o que era exceção em termos de recurso passou a ser regra: toda a decisão interlocutória proferida monocraticamente em sede de Tribunal é recorrível. Como toda boa decisão interlocutória, aliás, o recurso cabível é o de *agravo*. Como este agravo é interposto nos próprios autos em que proferida a decisão, desnecessária a formação de um *instrumento*. Como o agravo *retido* caracteriza-se pelo seu julgamento tardio, atrelado ao recurso de apelação (embora possa ele ser *eficaz* desde logo para fins de *retratação*), também não se trata de agravo retido. Se não é agravo “retido” ou “de instrumento” mas é agravo, porque cabe de decisão interlocutória, ainda que proferida no âmbito dos Tribunais, é ele agravo “inominado” porque a lei não lhe deu um nome. Se o nome for fundamental, que se dê: agravo *inominado*; agravo *interno*; *agravinho*; pouco importa. O que releva é seu regime jurídico que está, claramente, traçado nas leis de processo reformadas.

Sim, o agravo *inominado*, dirigido às decisões interlocutórias proferidas no âmbito dos Tribunais ocupa o espaço que, por muito tempo — e ainda hoje — é ocupado pelos agravos *regimentais*. Por que este nome? Porque criados pelos regimentos internos dos Tribunais. Como

se regimento de tribunal pudesse criar recurso, regra de processo, como se poder recorrer de decisão jurisdicional que causa gravame à parte significasse matéria administrativa. Basta-me o art. 22, I, e, no máximo, para futuras considerações, o art. 24, XI, ambos da Constituição Federal para afastar a idéia de que Regimento de qualquer Tribunal possa criar recurso. A competência para ditar normas jurídicas de processo civil no Brasil é privativa da União Federal e concorrente entre ela e os Estados-membros para as regras de “procedimento” em matéria processual.

O que interessa é que o *sistema processual*, passados mais de trinta anos de promulgação do Código de Processo Civil, admite hoje, mais do que nunca, o tal agravo *interno*. E o admite por força de lei. É ler os arts. 120, parágrafo único (decisão monocrática em conflito de competência), 532 (inadmissão liminar de embargos infringentes), 545 (inadmissão liminar de agravo de instrumento dirigido ao indeferimento de recurso extraordinário ou especial) e 557, § 1º, para citar apenas os dispositivos pertinentes do Código de Processo Civil.³

4) Especificamente o agravo *interno* e o indeferimento do pedido de suspensão

O pedido de suspensão de liminar e sentenças em ações contra o Poder Público é objeto de regulamentação de diversas leis — assim entendidas, as medidas provisórias não-provisórias porque “mantidas” pelo art. 2º da EC 32/01 — no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, o art. 13 da Lei nº 1.533/51 (que cuida da suspensão da sentença concessiva de mandado de segurança); art. 4º da Lei nº 4.348/64, com dois parágrafos com origem na MP 2.180-35, de 24.8.01 (que cuida da suspensão de liminares e sentença concessiva de mandado de segurança); art. 4º da Lei nº 8.437/92, que tem parágrafos modificados e acrescentados pela mesma MP 2.180 (que cuida da suspensão de liminares em ações cautelares contra o Poder Público ou seus agentes); o art. 25 da Lei nº 8.038/90, que cuida da suspensão de liminares e acórdãos concessivos de mandados de segurança impetrados originariamente nos Tribunais pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; o art. 1º da Lei nº 9.494/97, que estende às tutelas antecipadas o regime de suspensão do art. 4º da Lei nº 8.437/92 e o art. 12, § 1º, da Lei nº 7.347/85, a lei da ação civil pública, que prevê a possibilidade da suspensão de liminares ou sentenças de procedência de ações civis públicas nas condições que especifica.

Deste rol fica claro que o regime jurídico da “suspensão de segurança” das liminares e sentenças em *mandado de segurança* é previsto no art. 4º da Lei nº 4.348/64 que recebeu, desde a MP 2.059, de 8.9.00, dois novos parágrafos, afinal “acolhidos e mantidos” pela MP 2.180-35.

O que releva destacar para os fins deste trabalho é que o art. 4º, *caput*, da Lei nº 4.348/64 prevê o cabimento de um agravo para o órgão colegiado tão só da decisão que *concede* o pedido de suspensão; agravo a ser interposto pelo particular, afetado pela medida, portanto. Não, entretanto, da hipótese contrária, isto é, da decisão que o nega, que não o

³. Para uma ampla referência sobre o assunto, v. Athos Gusmão Carneiro, *Recurso especial, Agravos e Agravo Interno*, Rio de Janeiro, 2001, esp. pp. 211/226.

concede, que o indefere. Não cabe agravo por parte da pessoa jurídica que formula o pedido de suspensão e o vê indeferido. É ler o dispositivo que já transcrevi no item 2, *supra*.

Um exemplo para aclarar o comando da lei: RS impetra mandado de segurança contra a autoridade coatora AFC. Pede e lhe é concedida liminar. RJ, pessoa jurídica a quem pertence AFC, requer, perante o Presidente do Tribunal competente, a suspensão da liminar. O Presidente nega o pedido. Não cabe agravo desta decisão. E não cabe por um motivo simples: a lei não o previu. É certo, cabe algo bem mais rápido e ágil do que o agravo para que seja *reexaminado* o indeferimento presidencial. RJ poderá ir ao Presidente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça para pleitear sua *suspensão*, consoante a “grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas” fundamente-se em normas de direito constitucional ou normas de direito legal. É em casos como estes que tem cabimento o “pedido de suspensão da não-suspensão”, objeto de expressa regulação do § 1º do art. 4º da Lei nº 4.348/64, acrescentado pela MP 2.180. É o que já tive oportunidade de denominar em trabalho anterior de “pedido de suspensão *per saltum*”.⁴

Sem analisar, nesta sede, as questões, interessantíssimas, a respeito deste “novo” pedido de suspensão,⁵ o que é importante que fique claro é que, não obstante o art. 4º da Lei nº 4.348/64 pudesse ter previsto, não previu o cabimento de um agravo *interno* do ato presidencial que *nega* a suspensão. Poderiam, de resto, as Medidas Provisórias que criaram e modificaram profundamente o regime do pedido de suspensão ter previsto a hipótese. Limitaram-se, ao cuidar do mandado de segurança, entretanto, a criar um “atalho” para os Tribunais Superiores, pouco se importando com a coerência do sistema processual. Muito pelo contrário, subverteram este sistema porque o que estabeleceram foi um verdadeiro abandono dos Tribunais Estaduais ou Regionais Federais e um acesso imediato aos Tribunais Superiores diante do indeferimento do pedido de suspensão.⁶

Coerência sim. Porque o leitor sabe que, descrevesse, o exemplo, uma situação um pouco diferente, não de mandado de segurança, mas de ação cautelar com pedido de liminar ajuizada contra RJ ou uma ação de conhecimento (como se diz, “ação ordinária”) com “pedido de antecipação da tutela” e qualquer provimento *liminar* favorável a RS desafiaria o pedido de suspensão por RJ perante a presidência do Tribunal competente e, desde que indeferido, agravo *interno* para o órgão colegiado indicado pelo Regimento (é isto que é matéria de Regimento de Tribunal; não a criação ou admissão do recurso...), como prevê expressamente o § 3º do art. 4º da Lei nº 8.437/92. Só na hipótese de *manutenção* da “não-suspensão”, é que RJ poderia

4. V. meu *O poder público em juízo*, São Paulo, Max Limonad, 2000, p. 48. Uma 2ª edição do trabalho, revista, atualizada e ampliada está no prelo da Editora Saraiva, de São Paulo, com previsão de lançamento em agosto de 2003. A expressão *per saltum* (“por salto de instância”) para esta *nova* modalidade de suspensão de segurança é empregada também por Mantovanni Colares Cavalcante em seu excelente *Mandado de segurança*, São Paulo, Dialética, 2002, pp. 171/174

5. Dediquei-me ao assunto no meu *O poder público em juízo*, esp. pp. 42/69, e no meu *Mandado de segurança*, pp. 191/200. Escrevi, especificamente com relação ao pedido de suspensão do mandado de segurança, artigo intitulado “Inconstitucionalidade das novas regras da suspensão de liminar em mandado de segurança”, republicado no meu *Mandado de segurança*, pp. 391/420.

6. V., em especial, meu *Mandado de segurança*, pp. 191/193 e 395/405.

pretender a suspensão da não-suspensão da não-suspensão” perante a Presidência do STF ou do STJ, na forma do § 4º do art. 4º, da Lei nº 8.437/92.

Por que a diversidade de regimes? Por que nos casos de cautelar e antecipação de tutela contra o Poder Público cabe o agravo da decisão negativa do Presidente e por que ele simplesmente *não cabe* quando a hipótese é do mandado de segurança.

Fosse para analisar a questão do ângulo legal, sistemático, processual, com os olhos voltados para o processo e só para o processo (como se não houvesse nada fora do processo) e a resposta seria uma só: é evidente que o art. 4º da Lei nº 4.348/64 ficou “ultrapassado” pelo sistema. É caso de lacuna, evidente. Lacuna destas que, se não fica clara à época da promulgação da lei, fica esclarecida com a evolução do direito positivo. Não que não se trate de lei específica que merece ser tratada, à parte, nas suas especificidades. Esta é uma regra de hermenêutica que não se pode desprezar. É que o não cabimento do agravo interno nestes casos não é uma especificidade do regime do pedido de suspensão do mandado de segurança. É uma sua vertente recursal e nada há de *especial* nela. Daí a lacuna, posto que tardiamente detectada e a necessidade de sua integração. Onde se lê: “cabe recurso da decisão que *concede*”, leia-se também “cabe recurso da decisão que *não concede*”. É “colar” o que dispõe o art. 4º, § 3º, da Lei nº 8.437/92, a mais recente lei sobre o assunto, até porque é fruto de modificação redacional pelo que hoje é MP 2.180, sobre o art. 4º, *caput*, da Lei nº 4.348/64. E é importante que se diga que é a lei *mais recente* e mais *ampla* sobre o assunto (embora não trate de mandado de segurança) porque o § 2º do art. 25 da Lei nº 8.038/90 veda, a exemplo do *caput* do art. 4º da Lei nº 4.348/64 e afinado às Súmulas 506 e 217 o cabimento do agravo do ato do Presidente do STF e do STJ que indefere pedido de suspensão a eles formulado.

Já defendi com bastante ênfase o acerto deste entendimento. E a ênfase da minha defesa anterior repousou, justamente, na *necessária* compreensão *sistemática* da evolução do direito positivo brasileiro no que diz respeito ao processo civil e, especificamente, naquilo que diz respeito aos “agravos internos”. Se não pela Lei nº 8.437/92 e suas sucessivas modificações não-provisórias; pelo art. 557 do CPC (na redação determinada pela Lei nº 9.756/98) e todos os outros do Código que já passaram a prever, sempre e em qualquer caso, *agravo* da manifestação monocrática de juiz, desembargador ou Ministro no âmbito dos Tribunais. Agravo como mera técnica de aceleração da prestação jurisdicional mas que respeita a vontade da Constituição de que o Tribunal (órgão colegiado) e não o relator (órgão monocrático) julgue as causas, recursos e tudo o mais.

Escrevi a propósito, no meu *Liminar em mandado de segurança: um tema com variações*:

“Ademais, a noção de recorribilidade dos atos monocráticos dos Tribunais encontra-se em plena consonância com as conclusões que lançamos ao longo deste trabalho. Como dissemos e redissemos precedentemente, a manifestação do presidente é

decisão interlocutória que desafia, por isto mesmo, a interposição do agravo, quando cause gravame ao requerente”.⁷

Mas — e aqui lanço uma questão que desenvolvo no item 6, *infra* — basta, ao *mandado de segurança*, direito e garantia fundamental expressamente previsto na Constituição Federal, uma coerência sistemática? Basta a ele, direito e garantia fundamental que é, a busca de uma perfeição técnica para afinar-se às alterações que ocorrem no plano infraconstitucional a qualquer custo?

5) O cancelamento da Súmula 506

Em julgamento bastante recente, na Questão de Ordem da Suspensão de Segurança nº 1.945/AL o Plenário do Supremo Tribunal Federal, pelos votos dos Ministros Gilmar Mendes (relator para o acórdão), Moreira Alves, Sydney Sanches, Carlos Velloso, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa, Nelson Jobim e Ellen Gracie, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence e ausente o Ministro Celso de Mello, propôs o cancelamento de sua Súmula 506. O motivo? Fundamentalmente o que acabei de escrever no item anterior: o sistema processual avançou e não há mais espaço para admitir um agravo *interno* de uma só mão. O sistema processual, como nunca antes, passou a admitir agravo de qualquer manifestação monocrática no âmbito dos Tribunais. Por que não admiti-la também nos casos em que esta decisão é a negativa de um pedido de suspensão de liminar em mandado de segurança?

O voto do Ministro Gilmar Mendes é valioso neste sentido. Vale a pena transcrevê-lo na íntegra porque o acórdão ainda não está publicado:

“Senhor Presidente, antes de entrar na discussão sobre o próprio mérito, acho que relevante é a questão de ordem sobre o cabimento, ou não, do agravo nesta hipótese.

O art. 4º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, que regulamenta o regime de suspensão de segurança, previa o cabimento do recurso de agravo regimental em face da decisão concessiva do pedido de suspensão.

Considerada a disciplina legal existente, firmaram-se os enunciados da Súmula 506, do Supremo Tribunal Federal – ‘O agravo a que se refere o art. 4º da Lei nº 4.348/64, de 1964, cabe, somente, do despacho do presidente do Supremo Tribunal Federal que defere a suspensão da liminar, em mandado de segurança; não do que denega’ – e da Súmula 217, do Superior Tribunal de Justiça – ‘Não cabe agravo de decisão que indefere o pedido de suspensão da execução da liminar, ou da sentença em mandado de segurança’.

O Código de Processo Civil, de 1973, ao disciplinar o processo cautelar, deu novo impulso às decisões provisórias contra o Poder Público.

⁷. *Liminar em mandado de segurança: um tema com variações*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2ª edição, 1999, p. 258. Forte neste mesmo sentido também é a lição de Marcelo Abelha Rodrigues, *Suspensão de segurança: sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o Poder Público*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, pp. 192/194.

Daí ter a Lei nº 7.969, de 22 de dezembro de 1989, possibilitado a aplicação do disposto nos arts. 5º, *caput* e parágrafo único, e 7º da Lei nº 4.348, de 1964, às medidas cautelares.

Tal como anotado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, essa lei ‘traduziu a resposta à manifestação daquele entusiasmado e bem intencionado abuso da cautelar inominada, (...) que vinha provocando um fenômeno inusitado na prática brasileira, a fuga do mandado de segurança para a ação cautelar inominada, porque, em relação a esta, não vigoravam as vedações e limitações antecedentes do mandado de segurança, nem mesmo a da suspensão da liminar ou de sentença pelo Presidente do Tribunal competente para o recurso’. (ADI nº 233-DF, redator para o acórdão Minº Sepúlveda Pertence, D.J. de 29.6.1990).

A Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992, procurou sistematizar o regime geral de contracautela contra atos do Poder Público. Em seu art. 4º, § 3º, previu a interposição de agravo regimental de decisão que conceder ou negar a suspensão, *verbis*: ‘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, 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. (...) § 3º. Do despacho que conceder ou negar a suspensão, caberá agravo, no prazo de cinco dias.’

Tempos depois, a Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994, introduziu alteração no Código de Processo Civil, disciplinando o instituto da tutela antecipada, nos arts. 273 e 461. Esses dispositivos foram, posteriormente, modificados pela Lei nº 10.444, de 07 de maio de 2002.

Como clara reação a essa nova situação jurídica, a Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, veio determinar a aplicação do art. 4º da Lei nº 8.437, de 1992 (pedido de suspensão da tutela antecipada contra o Poder Público).

O art. 4º da Lei nº 8.437/92 foi alterado pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, que, dentre outras alterações, acrescentou a parte final ao § 3º do aludido dispositivo: ‘§ 3º. Do despacho que conceder ou negar a suspensão, caberá agravo, no prazo de cinco dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte a sua interposição’.

Observe-se que o art. 4º, da Lei nº 8.437, de 1992, na sua nova versão, trouxe inovações relativas às ações cautelares, liminares e antecipações de tutela em face do Poder Público, inclusive em ações populares e civis públicas. Tais dispositivos foram, cautelarmente, considerados constitucionais, por maioria, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.251, proposta pelo Partido dos Trabalhadores (rel. Minº Sydney Sanches, sessão de 23.8.2000).

Não há dúvida, pois, de que a partir da Lei nº 8.437, de 1992, deu-se a completa reformulação da legislação quanto à suspensão de liminares, nos diversos processos, até mesmo na ação civil pública e na ação popular. Em todos os casos, da decisão que deferisse ou indeferisse a suspensão, caberia agravo (art. 4º, §§ 1º e 3º da Lei nº 8.437, de 1992).

A legislação sobre o mandado de segurança quedou, porém, nesse ponto, inalterada.

Afigura-se difícil justificar, de qualquer sorte, a disciplina assimétrica da matéria, afetando, tão-somente, a recorribilidade da decisão que nega o pedido de suspensão em mandado de segurança. É inequívoco, igualmente, que isto pode levar a resultados diversos em questões absolutamente idênticas: sobre a mesma matéria, o plenário do Tribunal pode conhecer e prover agravo interposto contra decisão indeferitória de pedido de suspensão em qualquer processo, e estaria impedido de fazê-lo no mandado de segurança.

É o bastante para justificar a revisão da jurisprudência concernente ao tema, especialmente a Súmula 506 desta Corte.

Como se pretende demonstrar, tem-se aqui um curioso caso de ‘lacuna de regulação’.

Sobre o tema, observa Karl Larenz: ‘Na maioria dos casos em que falamos de uma lacuna da lei não está incompleta uma norma jurídica particular, mas uma determinada regulação em conjunto, quer dizer: esta não contém nenhuma regra para uma certa questão que, segundo a intenção reguladora subjacente, precisa de regulação. A estas lacunas — trata-se quase sempre das denominadas por ZITELMANN de lacunas ‘inautênticas’ — qualificamo-las de ‘lacunas de regulação’. Não se trata de que aqui a lei, se se quiser aplicar sem uma complementação, não possibilite uma resposta em absoluto; a resposta teria de ser que justamente a questão não está regulada e que, por isso, a situação de facto correspondente fica sem consequência jurídica. Mas, uma tal resposta, dada pelo juiz, haveria de significar uma denegação de justiça, se se tratar de uma questão que caia no âmbito da regulação intentada pela lei e não seja de atribuir, por exemplo, ao espaço livre do Direito. Por isso, para chegar a uma resolução juridicamente satisfatória, o juiz precisa de preencher a lacuna da resolução legal e, por certo, em concordância com a intenção reguladora a ela subjacente e com a teleologia da lei.’ (p. 528). (...) ‘Tanto as lacunas normativas como as lacunas de regulação são lacunas dentro da conexão reguladora da própria lei. Se existe ou não uma tal lacuna, há-de aferir-se do ponto de vista da própria lei, da intenção reguladora que lhe serve de base, dos fins com ela prosseguidos e do ‘plano’ legislativo. Uma lacuna da lei é uma ‘interpretação contrária ao plano’ da lei.’ (Metodologia da Ciência do Direito, 1997, 3ª ed., tradução de José Lamego, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, p. 529-530).

Segundo Larenz, que distingue as lacunas em patentes e ocultas, esse seria um caso de lacuna patente, porque, ‘a lei não contém regra alguma para um determinado

grupo de casos, que lhes seja aplicável — se bem que, segundo a sua própria teleologia, devesse conter tal regra’ (cf. Larenz, op. cit., p. 535).

Larenz ensina, ainda, que em relação ao fator tempo, distinguem-se as lacunas em iniciais e subseqüentes ou supervenientes. As supervenientes ‘podem surgir pelo facto de em consequência da evolução técnica ou económica emergirem novas questões, que agora carecem de ser reguladas no quadro do escopo da regulação e do sector de regulação compreendido pela intenção fundamental da lei, mas que o legislador ainda não viu.’ (cf. Larenz, op. cit., p. 537). Também Claus-Wilhelm Canaris admite as lacunas supervenientes como aquelas decorrentes de mudanças nas circunstâncias fáticas ou nas valorações imanentes à ordem jurídica (Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Berlim, 1964, p. 135).

Ora, se no nosso ordenamento é expressa e pacífica a possibilidade da interposição do recurso de agravo regimental pelo particular, acaso sofra prejuízo com a concessão da suspensão, não se vislumbra razão para se negar ao Poder Público a mesma possibilidade, quando denegatória a decisão do pedido de suspensão. Essa orientação afigura-se tanto mais consistente se se considerar que, nas amplíssimas hipóteses previstas na Lei nº 8.437/92 (liminar e sentença em cautelar, tutela antecipada, ação popular e ação civil pública), admite-se o agravo, tanto na hipótese de deferimento, quanto na do indeferimento da suspensão (art. 4º, § 3º).

Nesse sentido, refiro-me novamente a Larenz: ‘A ‘teleologia imanente’ da lei não deve, certamente, ser entendida, neste contexto, em sentido demasiado estrito. Não só se hão-de considerar os propósitos e as decisões conscientemente tomadas pelo legislador, mas também aqueles fins objectivos do Direito e princípios jurídicos gerais que acharam isenção na lei. Um princípio que é inerente a toda a lei porque e na medida em que pretende ser ‘Direito’, é o do tratamento igual daquilo que é igual. Se uma lei regula uma determinada situação de facto A de uma maneira determinada, mas não contém nenhuma regra para o caso B, que é semelhante àquele no sentido da valoração achada, a falta de uma tal regulação deve considerar-se uma lacuna da lei.’ (Op. cit, p. 531).

Na espécie, não tenho dúvida de que se cuida de um inequívoco caso de lacuna superveniente de regulação.

Quanto à competência do Presidente do Tribunal para suspensão da segurança, tem-se que, em face da regra inscrita no art. 25 da Lei nº 8.038, de 1990, assiste ao Presidente do Supremo Tribunal Federal o poder de suspender a eficácia da liminar ou, até mesmo, de paralisar as conseqüências decorrentes da concessão do mandado de segurança, sempre que o exame da causa mandamental evidenciar que esta se apóia em fundamento jurídico de natureza constitucional. (AgRgSS nº 1.329, Rel. Minº Marco Aurélio, Plenário, DJ 31.10.02).

Sobre o assunto leciona Pertence, com proverbial proficiência: ‘Na suspensão de segurança, susta-se apenas a execução provisória da decisão recorrível: assim como a

liminar ou a execução provisória de decisão concessiva de mandado de segurança, quando recorrível, são modalidades, criadas por lei, de tutela cautelar do direito provável — mas ainda não definitivamente acertado — do impetrante, a suspensão dos seus efeitos, nas hipóteses excepcionais igualmente previstas em lei, é medida de contracautela com vistas a salvaguardar, contra o risco de grave lesão a interesses públicos privilegiados, o efeito útil do êxito provável do recurso da entidade estatal' (AgRg SS nº 1.149, Rel. Minº Sepúlveda Pertence, Plenário, DJ 09.05.97).

Assim, deve o Presidente do Tribunal ater-se, no exame do pedido de suspensão, às disposições do art. 4º da Lei nº 4.348, de 1964. Todavia, um mínimo de delibação do mérito da questão deve ser observado na apreciação da contracautela. Além disso, é preciso que se demonstre estar caracterizada potencialidade de grave lesão à ordem e à economia públicas (Cf. nesse sentido, também, o AgRgPet nº 2.066, Rel. Minº Carlos Velloso, Plenário, DJ 05.09.00).

Com efeito, tal medida processual excepcional investe o Presidente do Tribunal competente de poder extraordinário, que tem o condão de afastar a execução de uma medida urgente anteriormente concedida. Nesse sentido, o ensinamento de Celso de Mello, *verbis*: 'Impende destacar que a providência postulada nesta sede processual reveste-se de excepcionalidade absoluta, eis que os efeitos inibitórios da concessão de liminar em mandado de segurança, autorizados pelo art. 4º da Lei nº 4.348/64 e pelo art. 25 da Lei nº 8.038/90, assumem particular gravidade, especialmente se considerada a magnitude da ação mandamental, que configura instrumento destinado a viabilizar, na esfera do Poder Judiciário, a tutela de direitos líquidos e certos. Impõe-se, em conseqüência, ao Presidente do Tribunal, no exercício da atribuição monocrática que lhe foi legalmente deferida, que proceda, sempre, a uma exegese estria dos poderes que lhe assistem até mesmo em respeito à estatura superior que ostenta, em nosso sistema jurídico, o *writ* mandamental. A índole constitucional do mandado de segurança determina ao seu intérprete que valorize esse remédio processual, a fim de evitar que uma simples lei ordinária (Lei nº 4.348/64, art. 4º) venha a permitir a adoção de medidas judiciais que contenham, inibam e paralise os efeitos jurídicos desse relevantíssimo instrumento de proteção consagrado pela própria Constituição. Essa norma de competência, que atribui poder extraordinário ao Presidente do Tribunal para suspender a eficácia da liminar mandamental ou a execução do próprio mandado de segurança concedido, pode gerar conseqüências radicais, na medida em que se revela apta a neutralizar as virtualidades jurídicas do remédio constitucional e a frustrar a vontade objetiva positivada na Constituição da República, consistente na pronta e eficaz defesa das pessoas em face da ação eventualmente arbitrária do Estado (...)' (PetMC nº 1.343, Rel. Minº Celso de Mello, DJ de 28.08.97).

Esses mesmos pressupostos devem estar presentes na análise do pedido de suspensão da cautelar ou da liminar, inclusive das sentenças proferidas no processo de

ação cautelar inominada, na ação popular e na ação civil pública (Lei nº 8.437, de 1992, art. 4º).

Afigura-se decisivo compreender, todavia, que a competência que se defere ao Presidente do STF, no âmbito de suspensão de segurança — e das suspensões de liminares em geral —, parece decorrer de um fenômeno de metonímia processual. Outorga-se essa atribuição ao Presidente em lugar de atribuí-la ao Tribunal. Logo, em caso de indeferimento da suspensão de segurança, não faz sentido que o Tribunal fique impossibilitado de apreciar a matéria, quando, como amplamente demonstrado, poderá conhecer de matéria idêntica se o agravo for interposto em processo submetido ao regime geral de contracautela da Lei nº 8.437, de 1992.

Por isso, assinala-se que, ao perceber a possibilidade de teratologia ou de configuração de grave dano ao interesse público, esta Corte vem concedendo mandado de segurança contra decisão do Presidente que indefere o pedido de suspensão. Foi o que ocorreu no MS nº 24.159/RJ (rel. Ministra Ellen Gracie, sessão de 26.6.02), no qual o Plenário, por maioria, conheceu do *writ* impetrado pela União Federal contra ato do Presidente desta Corte, Ministro Marco Aurélio, que havia indeferido pedido de suspensão de segurança por não vislumbrar, na espécie, grave lesão à economia e à ordem públicas. Em hipótese semelhante, decidiu-se, no mesmo sentido, no Mandado de Segurança nº 24.329/DF (rel. Minº Maurício Corrêa, D.J. de 28.8.02), em que se deferiu liminar para suspender a segurança requerida ao Presidente Marco Aurélio e por este indeferida.

Como demonstrado, não se vislumbra qualquer razão para um tratamento assimétrico na espécie. Indeferido o pedido de suspensão nos processos referidos na Lei nº 8.437, de 1992, caberá agravo. Não há razão para não admiti-lo nos casos de indeferimento de suspensão de segurança.

Assim, a inovadora disciplina para a suspensão da execução das decisões contempladas na Lei nº 8.437, de 1992, relativa ao cabimento do agravo contra despacho indeferitório de suspensão liminar ou de sentença, pode e deve, a meu ver, ser aplicada à suspensão em mandado de segurança.

Conheço, portanto, do agravo regimental em suspensão de segurança. É o meu voto na questão de ordem.”⁸

O rigor técnico da decisão do Ministro Gilmar Mendes é indesmentível.

Não obstante a coerência de suas considerações, jurista de renome e respeitadíssimo, no entanto, ainda quero acreditar que a Súmula 506, que, em última análise, apenas *repete* a diretriz do hoje art. 4º, *caput*, da Lei nº 4.348/64, deve ser prestigiada. A “lacuna” encontrada pelo Ministro e pela maioria votante, a meu ver, com todas as vênias, não é lacuna para ser preenchida pelo sistema *processual*, mesmo diante de sua inegável evolução.

⁸. *Informativo STF* 299, 24 a 28 de fevereiro de 2003. O julgamento realizou-se em 19 de dezembro de 2002.

Por mais incoerente que o sistema dos agravos internos no pedido de suspensão possa parecer, a diferença, para os casos de mandado de segurança, *justifica-se* por ele próprio. Justamente porque se trata de mandado de segurança é que há esta distinção de regime jurídico. Da decisão do Presidente do Tribunal que indeferir o pedido de suspensão não deve caber agravo; deve-se conservar a eficácia da decisão que protege o particular que sente ameaçado ou violado por ato do Poder Público. Se houver casos de teratologia, destacado pelo voto-vista do Ministro Gilmar Mendes, que caiba um mandado de segurança contra ato judicial que pressupõe o não cabimento de qualquer recurso; não, entretanto, admitir um recurso que a lei eloqüentemente afastou.

Explico-me.

6) O modelo constitucional do MS e a Súmula 506

Se, é certo, pudessem os processualistas ter olhos só para o sistema processual civil e, certamente, o caso era de cancelar ou revogar ou desprezar a Súmula 506. Por mais desafinada que ela esteja no *sistema processual civil*, contudo, parece mais acertada opinião em sentido contrário daquela capitaneada pelo Ministro Gilmar Mendes.

Parece, com efeito, preferível optar por diretriz interpretativa que privilegia o berço e a grandeza constitucional do mandado de segurança e, por isto, nega a existência de uma *lacuna* no art. 4º, *caput*, da Lei nº 4.348/64. Esta diretriz, evidentemente, trata o mandado de segurança não *apenas* como uma peça do intrincado sistema de direito processual civil mas reconhece que ele é uma peça toda especial, própria, que recebe, por óbvio, influências das novidades e técnicas processuais, mas só as que *ampliam* a sua eficácia natural, de ação potencializada *contra* atos do Poder Público. Nunca o contrário, sob pena de se esquecer que o mandado de segurança é ação prevista *expressamente* pela Constituição, que é, em si mesmo, direito e garantia fundamental. Que sequer precisa de lei para ser o que a Constituição diz o que ele é (art. 5º, § 1º).

Foi por esta razão que revi, mais recentemente, a posição que expressei nas duas edições das minhas *Variações* (v. texto a que se refere a nota 7).

Quando me predispus a comentar as leis do mandado de segurança — 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66 — quis fixar, desde logo, uma premissa hermenêutica: o modelo constitucional do mandado de segurança tem que ser levado em conta pelo intérprete do instituto.⁹ Hipertrofiar o *modelo constitucional do mandado de segurança*, é certo, não é abandonar os avanços e as conquistas da técnica processual. Mas é saber ou procurar saber *conciliar* estes dois campos de reflexão, na toada da abertura destas linhas.

Escrevi especificamente propósito da recorribilidade da decisão do Presidente do Tribunal que *indefere* o pedido de suspensão:

⁹. *Mandado de segurança*, pp. 3/6.

“Já tive oportunidade de defender entusiasticamente o cabimento do agravo *interno* também nos casos em que a decisão presidencial fosse no sentido de negar o pedido de ‘suspensão de segurança’. (...)

Afastei-me, na oportunidade, da literalidade do art. 4º, *caput*, da Lei nº 4.348/64, que só prevê o cabimento do agravo da decisão que *defer* o pedido, lendo o dispositivo a partir do sistema processual modificado. Como o agravo *interno* foi codificado e generalizado (CPC, art. 557 e § 1º), não vi como deixar de reconhecê-lo *também* para os casos de *indeferimento* da suspensão. Ilustrei meu pensamento, outrossim, com a previsão do § 3º do art. 4º da Lei nº 8.437/92 que, não obstante ter aplicação restrita aos casos de cautelar e antecipações de tutela contra o Poder Público, prevê o cabimento do agravo para *ambas* as hipóteses. Daí ter discordado das orientações constantes da Súmula 506 do Supremo Tribunal Federal e da Súmula 217 do Superior Tribunal de Justiça, ambas no sentido do cabimento do agravo *somente* nos casos de deferimento da suspensão, de acordo com o que se lê do *caput* do art. 4º da Lei nº 4.348/64.

Hoje me convenci do meu desacerto. Não pelas razões que então sustentaram meu ponto de vista. Não tenho a menor dúvida de que todos e quaisquer agravos “regimentais” foram total e completamente absorvidos pelas reformas mais recentes do Código de Processo Civil e devem seguir aquele sistema, inclusive no que tange à possibilidade de sua interposição por qualquer das partes que venha a se sentir prejudicada com decisão interlocutória (monocrática) proferida no âmbito dos Tribunais.

O que me parece fundamental de ser destacado para compreender o problema é que a admissão do cabimento do agravo pelo requerente do pedido de suspensão é providência que, em última análise, tende a obstaculizar a máxima eficácia reservada pela Constituição ao mandado de segurança. Justamente para que a predisposição constitucional do mandado de segurança de ser remédio eficaz para a tutela de direitos dos particulares seja verdadeira é que deve ser afastada qualquer interpretação que negue, ou crie condições de negar esta diretriz. Daí que a sistemática codificada dos agravos internos deve ceder espaço à grandeza constitucional do mandado de segurança.

Lapidar neste sentido é decisão do Supremo Tribunal Federal relatada pelo Ministro Octávio Gallotti que, pela sua clareza e importância, deve ser transcrita: ‘O cabimento de agravo regimental, contra decisão denegatória de suspensão de liminar, é restrito, em conformidade com o disposto no § 3º do art. 4º da Lei nº 8.437/92, ao processo cautelar comum. Em relação ao mandado de segurança, continua a valer a regra de que só contra o deferimento da suspensão é cabível o agravo (art. 4º da Lei nº 4.348/64 e art. 297, § 2º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal)’ (Supremo Tribunal Federal, Pleno, Agravo Regimental em Suspensão de Segurança nº 582/RJ, Rel. Ministro Octávio Gallotti, j.unº 24.11.93, publicado em *RTJ* 150/695).

Lê-se, ainda, do voto do relator o seguinte: ‘Como toda reação nem sempre se mostra proporcional à ação que a tenha despertado, a extensão do controle hierárquico das liminares, na hipótese das cautelares e de procedimento comum acabou resultando

mais amplo do que sucedia com o modelo adotado (o mandado de segurança). Essa foi, porém, uma opção do legislador, da qual se pode até discordar, mas não acoiar de desarrazoada, dado que o caráter do mandado de segurança, de instrumento constitucional, destinado à proteção de direito líquido e certo, torna compreensível a preservação de maior grau de eficácia às liminares em tal sede deferidas' (RTJ 150/699).

Do mesmo modo, no voto declarado na oportunidade pelo Ministro Marco Aurélio, hoje Presidente do Supremo Tribunal Federal, lê-se que '... a Lei nº 8.437, de junho de 1992, não modificou nem a Lei nº 4.348/64, nem o Regimento Interno desta Corte, que apenas prevêem o agravo regimental ou mesmo o inominado, como está na Lei, no tocante às decisões concessivas da suspensão. E a razão de ser é única: é que o mandado de segurança tem uma dignidade maior do que as demandas cautelares, tanto assim que, decidido o mandado de segurança de forma favorável ao impetrante, por tribunal, não cabe contra essa decisão o recurso ordinário' (RTJ 150/700).'¹⁰

O acórdão do Supremo Tribunal Federal que mencionei, relatado pelo Ministro Octavio Gallotti, que teve adesão *unânime* do Plenário do Supremo Tribunal Federal, fácil verificar, é rigorosamente o *oposto* da mais recente investida daquele Tribunal no tema.

Longe de mim dizer que os Ministros do Supremo Tribunal Federal não podem rever seus posicionamentos, ainda mais os que estão "sumulados", muitas vezes sem se saber por que estão sumulados. Modificar jurisprudência, mesmo que consolidada, é essencial, principalmente quando se detecta a *necessidade* de um novo repensar por causa da evolução do próprio direito positivo. É o que se espera mesmo de um Tribunal Superior.¹¹⁻¹²

Ocorre que, neste caso específico, o que talvez se pudesse ouvir do Supremo Tribunal Federal era que a Constituição vale mais do que as leis, mesmo que tenha evoluído e se sistematizado de uma forma diferente para os casos em que não se trata de mandado de segurança. Talvez, que o art. 4º, *caput*, da Lei nº 4.348/64 sequer foi objeto das substanciais reformas que todo o sistema da suspensão de segurança passou ao longo dos anos de 1999 a

¹⁰. *Mandado de segurança*, pp. 187/188.

¹¹. De qualquer sorte, não posso deixar de mencionar que, em julgamento do Pleno do STF pouco anterior àquele em que se propôs o cancelamento da Súmula 506, agravo regimental dirigido à decisão do Presidente, Ministro Marco Aurélio, que havia indeferido seguimento a agravo regimental interposto de indeferimento de pedido de suspensão requerido pelo Estado do Amapá foi improvido à unanimidade, forte no entendimento de Sua Excelência de que "O tratamento da material decorre da envergadura maior do mandado de segurança, possibilitando-se novo crivo quando afastada no mundo jurídico medida nele implementada" (...) "Aliás, a medida provisória, ao alterar, por meio do art. 14, o artigo 4º da Lei nº 4.348/64, estendeu à suspensão de segurança apenas as disposições dos §§ 5º a 8º do artigo 4º da Lei nº 8.437/92, não o fazendo quanto ao § 3º, ou seja, o que prevê o duplo cabimento do agravo, quer se cuide de deferimento ou indeferimento da suspensão". Estavam presentes à Sessão os Ministros Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa, Nelson Jobim, Ellen Gracie e Gilmar Mendes. (Agravo Regimental em Agravo Regimental em Suspensão de Segurança nº 1.917-1, j.un. 1.7.02, DJU 16.8.02, p. 88)

¹². Outra questão interessante que, conscientemente, deixo em aberto, sob pena de ir além do que me predispos, é discutir as *formas* pelas quais as Súmulas ou a "jurisprudência predominante" dos Tribunais podem (ou devem, consoante o caso), ser revistas. O Ministro Sepúlveda Pertence, que não conheceu da Questão de Ordem suscitada na Suspensão de Segurança nº 1.945 ventitou para a necessidade de se manter a Súmula até que o Plenário revisse adequadamente aquela orientação. Teriam sido aplicados adequadamente à hipótese os arts. 102, § 1º, e 103 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal?

2001, época em que editada, reeditada, muito modificada e, afinal, congelada a série de Medidas Provisórias 1.798/1.906/1.984/2.059/2.102/2.180. Talvez se a lei tivesse feito esta opção pelo agravo interno, quem sabe... Mas sem esta opção? Ver “lacuna” onde o mesmo Supremo nunca viu lacuna nenhuma? E nunca viu porque a Constituição Federal e o tônus constitucional do mandado de segurança afastam qualquer possibilidade de existência de lacuna!¹³

Pior: a não opção das precitadas medidas provisórias significou, em termos bem diretos, que, para o mandado de segurança, continuou a não caber o agravo *interno* da decisão que indefere o pedido de suspensão mas que cabia, desde logo — e diferentemente do que passou a se dar para as ações cautelares e a antecipação da tutela —, o pedido de suspensão da não-suspensão perante o Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça.

Tive tempo, disposição, e, acredite leitor, muita vontade, de escrever, reescrever, sistematizar e atualizar e ampliar toda a polêmica das *sucessivas* reedições da Medida Provisórias nº 2.180-35, de 24.8.01, e me perguntar se suas repetidas e aleatórias reedições não seguiam uma lógica concreta e *casuística*. O resultado deste trabalho está no meu *O poder público em juízo*.

Para cá, basta-me *lamentar* que, de tantas súmulas do STF que maltratam o mandado de segurança que, a olhos vistos, encolhem ou procuram encolher sua eficácia e pré-disposição de direito e garantia fundamental expressamente criado e potencializado pela Constituição Federal, tenha-se resolvido cancelar justamente a de número 506. Repito: não que não seja elogiável a iniciativa de se *reler* as Súmulas do STF — ainda mais quando já vivemos, todos, sob a égide de “súmulas *vinculantes* de fato”, isto é, mesmo sem a tão discutida emenda constitucional que as autorizaria — mas, justo a Súmula 506? Justo aquela que, por mais paradoxal que possa parecer, é a única que põe um freio, pequeno é verdade, mas freio, nos abusos e mais abusos do Poder Público quando acionado em juízo? Justamente aquela que prestigia a decisão de primeiro grau e do Presidente do Tribunal? Justamente aquela que diz que, em última análise, se nem o juiz e nem o Presidente do Tribunal viram qualquer ofensa a ordem pública, por que um órgão recursal veria?

Ainda mais quando é o próprio Ministro Gilmar Mendes quem destaca, em seu voto-vista, que “um mínimo de delibação do mérito da questão deve ser observado na apreciação da contracautela”. Quando o pedido de suspensão é *indeferido* não há como deixar de atentar, pois,

13. Não foi por razão diversa, alias, que o Supremo Tribunal Federal sempre entendeu — e continua entendendo — que não cabem honorários de advogado em mandado de segurança (Súmula 512), seguido, após alguma hesitação, pelo Superior Tribunal de Justiça (Súmula 105). O mérito destes dois enunciados é afastar a incidência da honorária como forma de *incentivar* o uso do mandado de segurança para contrastar atos abusivos do Estado. Sobre o tema, v. meu *Mandado de segurança*, pp. 157/160 e o estudo “Apontamentos sobre honorários de advogado em mandado de segurança” reproduzido às pp. 257/272 do mesmo volume, com especial destaque à nota de atualização de p. 257. Precisa, a respeito, é a lição de Mantovanni Colares Cavalcante, *Mandado de segurança*, p. 220: “Afigura-se então correto o raciocínio de não se admitir em mandado de segurança a condenação em honorários advocatícios, mas sob o prisma da impossibilidade de criação de barreira ao impetrante — argumento material — e não a simples idéia de que não se aplica o Código de Processo Civil nesse tipo de ação — argumento formal — já que não se pode sobrecarregar a parte impetrante a ponto de dificultar e até desestimular o uso da garantia constitucional”.

que o Presidente do Tribunal, em última análise, conseguiu enxergar, no “mérito” do mandado de segurança a violação a direito líquido e certo que lamenta perante o Estado-juiz. Um motivo a mais para, *realizando concretamente o modelo constitucional do mandado de segurança*, não se tolerar, nestes casos, um novo reexame, com inegável feição recursal para afastar do impetrante a possibilidade plena de fruição *in natura* e plena de seu direito.¹⁴

Cancelar a Súmula 506: justo aquela que tratava, coerentemente, o mandado de segurança como uma “ação especial”, diferenciada, efetivamente potencializada contra o Poder Público...

7) Fechamento

Não obstante o tom dos últimos parágrafos, quero extrair destas primeiras reflexões sobre o cancelamento da Súmula 506 algo de positivo.

É que, melhor do que discutir sobre a Súmula em si mesma considerada é reconhecer, vez por todas, a *inconstitucionalidade* do “pedido de suspensão”. Se é que ele já teve espaço entre nós quando de sua criação (nunca é demais lembrar que, já nas Constituições de 1946, 1967 e 1969, o mandado de segurança era *expressamente previsto*), o mesmo sistema processual reformado, dinamizado e tão destacado pelo Ministro Gilmar Mendes em seu erudito voto, permite a quaisquer das partes litigantes, autor ou réu, pessoa de direito privado ou de direito público, valer-se das tutelas de urgência para impedir que direitos sejam lesionados e, sequer, ameaçados.¹⁵

Assim, mais oportuno do que limitar a discussão a caber, ou não, agravo da decisão que indefere o pedido de suspensão de liminar em mandado de segurança — e lamentavelmente, decidiu-se que cabe — é entender, pelos mesmos fundamentos do voto do Ministro Gilmar Mendes, que o pedido de suspensão também não prevalece no sistema processual de hoje. Que ele não tem mais razão de ser porque o Poder Público, a exemplo de qualquer particular, tem à sua disposição, como decorrência das últimas reformas do sistema processual civil, todo um arcabouço de recursos temperados por tutelas de urgência, suficientes, de *per si*, para evitar *eficazmente* quaisquer danos ou ameaças a situações concretas de que ele, o Poder Público, seja titular. Por que só o Poder Público tem “recursos” ou seja lá qual for a natureza jurídica do “pedido de suspensão” diferentes daqueles disponíveis para os particulares em geral? Qual a *legitimidade constitucional e política* que um Presidente do Tribunal tem para *desapropriar* o direito à fruição *in natura* de um bem jurídico reconhecido, liminarmente ou a final, em sede de mandado de segurança?

¹⁴. Sobre a análise do pedido de suspensão dever levar em conta a juridicidade da pretensão do particular a que se opõe o Poder Público, v. meu *Liminar em mandado de segurança: um tema com variações*, pp. 118/119. Afinal, qual é o “interesse público” que existe à margem do ordenamento jurídico?

¹⁵. Esta proposta de releitura e sistematização do instituto do “pedido de suspensão” ocupou-me em meu *Liminar em mandado de segurança: um tema com variações*, pp. 213/228 e no meu *Mandado de segurança*, pp. 78/79 e 178/181. Sobre o tema, é imprescindível a leitura do trabalho de Marcelo Abelha Rodrigues, *Suspensão de segurança*, pp. 98/109 e o de Mantovanni Colares Cavalcante, *Mandado de segurança*, pp. 166/171.

E pelas mesmíssimas razões — se a idéia é dar vida concreta às mais recentes alterações do sistema processual que *privilegiam* a pré-disposição de eficácia plena do mandado de segurança que a Constituição lhe reserva especificamente — é hora de se entender, vez por todas, que a Súmula 405 do STF também não pode subsistir: é que a apelação em mandado de segurança tem efeito suspensivo (basta ler, a propósito, o art. 12 e respectivo parágrafo único, da Lei nº 1.533/51).¹⁶ Também, como decorrência da mesma premissa de pensamento, é mais do que hora — porque evidente, óbvio e palmar —, de se entender que cabe recurso de agravo de instrumento em qualquer decisão interlocutória proferida em mandado de segurança. O silêncio da Lei nº 1.533/51, no particular, é, definitivamente, o menos importante para esta conclusão, que decorre, naturalmente, da evolução do sistema processual civil. Não subsistem, de resto, por força da evolução do regime de agravo de instrumento, os antigos óbices encontrados na doutrina e, sobretudo, na jurisprudência que, a seu ver, iriam de encontro ao “rito célere, ágil e expedito” do mandado de segurança.¹⁷

Isto apenas para ilustrar as tormentosas questões a respeito do mandado de segurança que, por décadas, ocupam a nossa doutrina e jurisprudência e que parecem resistir à evolução do próprio direito (constitucional e processual). Todas elas resistem. Menos a Súmula 506 do STF que, em última análise, é a única a não *privilegiar* a posição processual da Fazenda Pública em juízo.

Se o Supremo Tribunal Federal e, seguindo seus passos, o Superior Tribunal de Justiça, tenderem para uma *revisão* ou *releitura* das questões ventiladas nos parágrafos anteriores — e de tantas outras que lhe são correlatas —, a proposta de cancelamento da Súmula 506 deve ser bem recebida. Até porque, quero deixar isto claro, o específico abandono deste Enunciado tende a perder o objeto, já que, pelo sistema processual civil vigente, o pedido de suspensão não tem qualquer justificativa *jurídica*. Mais ainda: todas estas *propostas de revisão* (de súmulas ou de “jurisprudência predominante”) tornam o perfil do mandado de segurança mais e mais afinado com o seu modelo *constitucional*. É, definitivamente, esta a tônica que se deve perseguir em qualquer reflexão sobre o mandado de segurança.

Se a proposta de cancelamento da Súmula 506 for, no entanto, isolada ou casuística; se ela, em última análise, for mero reflexo de um lamento de que o art. 4º, *caput*, da Lei nº 4.348/64 não foi alterado quando era o caso de se alterar, é perda de tempo qualquer reflexão realmente sistemática sobre o mandado de segurança, levando-se em conta, por mais paradoxal que possa parecer, a Constituição Federal. O seu cancelamento, neste caso, é uma nuvem no céu que quis se mostrar ensolarado. É melhor que tenhamos às mãos nossos guarda-chuvas. Há muita chuva para vir por aí.

16. V. meu *Liminar em mandado de segurança: um tema com variações*, pp. 280/297 e meu *Mandado de segurança*, pp. 82/84.

17. V. meu *Liminar em mandado de segurança: um tema com variações*, pp. 131/147 e meu *Mandado de segurança*, pp. 79/80.