Nº 32 – outubro/novembro/dezembro de 2012 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X

A LESÃO À ORDEM PÚBLICA COMO FUNDAMENTO DE SUSPENSÃO DOS EFEITOS DE MEDIDA LIMINAR E DE SENTENÇA

José Anacleto Abduch Santos
Mestre em Direito Administrativo pela UFPR, Prof. da Faculdade de Direito de Curitiba, Procurador do Estado do Paraná.

1. Introdução

O sistema jurídico brasileiro apresenta a hipótese de suspensão de medida liminar ou dos efeitos de sentença concedidas em determinados processos judiciais no caso da efetivação da decisão provocar lesão ou risco de grave lesão à ordem, à saúde, á segurança e à economia públicas. Esta possibilidade foi insculpida no artigo 4º da Lei nº 4348/64 com a seguinte redação: *"quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o Presidente do Tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso (VETADO) suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar, e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de dez dias, contados da publicação do ato".*

Posteriormente, normas de conteúdo similar permearam outros diplomas legais, como aquelas previstas no artigo 4º da Lei nº 8437/92 (que estende a prerrogativa legal aos casos de medida liminar e sentença proferidas em processo de ação cautelar inominada, ação popular e ação civil pública); no artigo 12, § 1º da Lei nº 7347/85 (que trata da ação civil pública); e a remissão feita pelo artigo 1º da Lei nº 9494/97, que estende as hipóteses de suspensão dos efeitos da medida liminar e da sentença ao regime jurídico da tutela antecipada contra a Fazenda Pública.

Assim entendeu o legislador por reconhecer a carga axiológica de certos aspectos jurídicos transcendentes da condição privada, individual ou coletiva. Estes valores consagrados pelas referidas normas são a ordem, a saúde, a segurança e a economia públicas. Valores, pois, que submetidos a contraste com outros valores legal e constitucionalmente tutelados autorizariam, mediante dimensionamento jurisdicional, serem alçados a uma condição privilegiada que serve de substrato ao afastamento do interesse privado em prol do interesse público – consubstanciado na

sustação dos efeitos de determinada medida liminar ou sentença proferida contra o Poder Público.

Trata-se, inegavelmente, de ponderação axiológica, de identificar em determinado caso concreto a existência ou não de risco ou de grave lesão a um destes valores legalmente tutelados a autorizar a suspensão aludida.

Esta análise cingir-se-á à abordagem da noção de ordem pública, pretendendo sugerir critérios para aferir a lesividade ou potencialidade lesiva a este bem jurídico decorrente de medida liminar ou de sentença. Pretende ainda apontar as bases jurídicas autorizatórias da implementação da prerrogativa de obter a suspensão dos efeitos de liminares e de sentenças lesivas ou potencialmente lesivas a este valor juridicamente tutelado.

2. O espaço público e o espaço privado

Coexistem na sociedade dois espaços distintos (sob o enfoque sócio-político), determináveis – embora nem sempre determinados *a priori* com precisão - e identificáveis – embora nem sempre identificados *a priori* com precisão: são eles os espaços público e privado. A identificação e a delimitação destes espaços tem gerado controvérsia desde que se implementaram as primeiras sistematizações dos pensamentos políticos e sociais. Pensadores, filósofos, juristas, sociólogos e congêneres têm se debatido ao longo dos séculos no sentido de estabelecer os limites do público e do privado.

A par de considerações históricas e científicas mais aprofundadas acerca desta distinção, parece possível a síntese despretensiosa do pensamento no sentido de ponderar que (i) há espaço de vida pública e há espaço de vida privada e a sociedade humana não pode prescindir desta dicotomia; (ii) há tensão dialética entre os valores que integram cada um destes espaços (interesses em conflito).

A partir desta óbvia constatação preliminar se pode deduzir noções fundamentais para a construção de um conceito de ordem pública. O espaço privado é o espaço, o âmbito dentro do qual se travam as relações jurídicas e sociais que produzem efeitos – jurídicos ou não – que permanecerão circunscritos a um número limitado de atores sociais. A conduta humana que não viole norma de proibição e produza efeitos e diga respeito tão somente em relação a um número determinado de pessoas é de ser considerada conduta do espaço privado. São condutas que não despertam ou não deveriam despertar a atenção da coletividade – a não ser nos casos de celebridades, em relação a quem o interesse é despertado por razões sociais, e não jurídicas.

Assim, certas condutas verificadas no seio da família, no círculo comercial e negocial das pessoas, no círculo das relações pessoais e profissionais podem produzir efeitos cujo interesse se restringe ao grupo social no qual foi realizada. É o espaço da intimidade familiar, social e comercial, identificado por interesses restritos, que não transcendem ou desbordam de limites relativamente claros.

Há, no entanto, condutas humanas que produzem efeitos, inclusive jurídicos, para além de um certo e delimitado grupo social. Condutas que afetam a coletividade, produzindo resultados de interesse transcendente do interesse

meramente privado. Tais condutas, por dizerem respeito – no sentido de estabelecerem interesse – a toda a coletividade se dão no espaço público. É o espaço que interessa a toda a sociedade. É o espaço no qual as condutas não produzem efeitos restritos, disseminando-se e atingindo a esfera jurídica de terceiros, partícipes ou não da relação jurídica original.

Se uma determinada relação jurídica produzir efeitos que extrapolem a esfera jurídica dos partícipes, que desborde do interesse comum das partes da relação para produzir efeitos que interessem à coletividade em geral, esta relação é ínsita ao espaço público.

Embora a persecução do interesse público possa restar a cargo de entes privados, é o Estado o seu guardião natural – ao menos deveria ser – por força do ordenamento constitucional. Com efeito, o interesse público está albergado e protegido por disposições constitucionais, dentre as quais as que estabelecem os princípios da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, e o da indisponibilidade do interesse público pelo administrador.

3. A noção de ordem pública

Posto que o espaço público é o espaço do interesse público, deflui desta assertiva que há situações de fato e de direito decorrentes da dinâmica social que produzem ou podem produzir efeitos materiais ou jurídicos em relação a bens e valores que não pertencem individualmente a ninguém.

O sistema jurídico/constitucional oferece instrumentos suficientes – embora nem sempre dotados de eficácia plena – para a proteção de direitos privados, individuais ou coletivos. De igual forma, são localizáveis igualmente no sistema instrumentos de proteção do interesse público – deduzidos da Constituição. E são identificáveis e aferíveis tais instrumentos jurídicos de proteção ao interesse público exatamente porque o legislador apreendeu da dinâmica social o anseio por cautela e cuidado em relação a certos bens e valores de titularidade comum ou pública.

À evidência, o interesse público é aquele que, por força de sua natureza, tem importância e repercussão em relação à coletividade. Destarte, aquilo que disser respeito e puder ser identificado com um interesse público estará inserido em uma ordem específica: a ordem pública.

A noção de ordem pública integra o rol dos conceitos jurídicos indeterminados, aqueles deliberadamente deixados pelo legislador para determinação contextual e reflexa. Vale dizer, ao transferir a conceituação para outra instância que não a instância legiferante, retirando da lei formal o ônus de apresentar um conceito predeterminado de ordem pública, o legislador admite não ser possível distanciar a noção da realidade empírica (contexto social, jurídico e econômico no qual está inserida a situação material a ser identificada como integrante do espaço da ordem pública).

Embora indeterminado o conceito, a noção de ordem pública comporta um mínimo de determinação que possibilite a aferição, pelo contraste, de ser ou estar um bem ou valor jurídico inserido no seu âmbito para o fim de receber a proteção

estatal. Ordem pública, para uma estabelecer um referente metodológico determinado, é o espaço no qual estão inseridas questões, aspectos e matérias - transcendentes do espaço privado-, que, ao sofrerem influência de ações e condutas originadas de relações jurídicas produzidas no seu âmbito ou fora dele produzem conseqüências e reflexos jurídicos, positivos ou negativos, sobre bens e valores de interesse público.

Estabelecido um paradigma conceitual, se pode inferir, por lógico, que a identificação das questões inerentes à ordem pública se faz por exclusão, em face do seu caráter transcendente do espaço privado. Assim, será de ordem pública toda a matéria ou questão que, ao tempo que desborda do espaço privado, produz conseqüência jurídica sobre bens e valores que ao não pertencerem privativamente a ninguém são de titularidade coletiva.

Toda e qualquer conduta, pública ou privada, que produza conseqüências sobre bens e valores de interesse público diz respeito a este espaço jurídico identificável pela denominação de ordem pública. Referir à ordem pública como um espaço de tamanha amplitude não implica a conclusão de que em qualquer hipótese a matéria ou questão de ordem pública deverá sobrepujar direitos e interesses privados, quando conflitantes – interesse público *versus* interesse privado. A regra é a de que o sacrifício do direito privado em prol do interesse público encontra limites de ordem constitucional (ordem pública).

Assim, a proteção do interesse privado também é de ordem pública, eis que consubstanciada em preceitos traduzidos em normas ou princípios constitucionais. A ordem pública institui preceitos, portanto, e sob certo aspecto, que estabelecem um conflito interno aparente. Ocorre que à noção de sistema importa reconhecer unidade e harmonia das suas regras internas, de modo que tais conflitos aparentes de normas de ordem pública se resolvem a partir de normas dedutíveis do próprio sistema constitucional. Pela ponderação valorativa entre normas, princípios e valores se obterá qual, dentre os interesses e direitos em jogo deverá prevalecer.

O fato é que o espaço da ordem pública embora amplo, não anula o espaço da ordem privada constitucionalmente assegurado.

O que se estabelece é efetivamente um processo permanente de conflito dialético/valorativo entre o interesse público (ordem pública) e o interesse privado (ordem privada), ambos tutelados pelo regime constitucional e que encontram no próprio sistema os instrumentos para identificar no caso concreto qual dos bens ou valores (público ou privado) deverá prevalecer: em concreto, pois, se deverá ser mantida a medida liminar ou sentença que se reputa lesiva à ordem pública, ou se a suspensão dos seus efeitos é condição inafastável para a preservação do interesse público.

Sob um enfoque um pouco mais específico, a ordem pública alcança os valores fundamentais relacionados ao exercício de qualquer das funções do Estado, para abranger todo e qualquer bem jurídico indispensável ao cumprimento dos misteres constitucionais instituídos para os entes públicos, inclusos o Poder Legislativo e o Poder Judiciário.

Inserta na noção de ordem pública, em decorrência, estarão também os aspectos relativos à ordem administrativa, na qualidade de espécie daquele gênero. A este respeito parece haver consenso doutrinário e jurisprudencial. Serão bens ou valores jurídicos inerentes à ordem administrativa *aqueles relativos e instrumentais ao exercício da função administrativa na plenitude assegurada pela Constituição e focada na persecução do interesse público.* Estão inseridas nesta noção a implementação de políticas públicas, a prestação de serviços públicos, o regular funcionamento da estrutura administrativa estatal, e a gestão dos servidores públicos, sempre na perspectiva e sob a premissa de que o único propósito da Administração Pública deve ser a persecução do interesse público.

Perseguindo idêntica linha de raciocínio, a noção de ordem pública envolverá igualmente a noção de ordem jurídica. O espaço da ordem jurídica é composto e integrado pelas leis e pela Constituição. A fiel observância das normas legais e constitucionais é de ordem pública, eis que, a integridade do sistema normativo é um dos fins a serem perseguidos em nome do interesse público. Afinal, a prerrogativa de instituir normas importa reconhecimento da vontade geral soberana, para cuja proteção são conferidas potestades públicas, inclusive de natureza jurisdicional.

4. A noção de lesão à ordem pública

Aferir o que constitui lesão à ordem pública implica recondução à seara dos conceitos jurídicos indeterminados, porém, que carecem de determinação mínima que possibilite desvelar sua ocorrência efetiva. A lesão à ordem pública autorizatória da suspensão dos efeitos de medida liminar ou de sentença é *o dano ou prejuízo, provocado por efeito de medida liminar ou sentença, a bens ou valores de interesse comum, inseridos no espaço público – espécie do gênero interesse público -, que, por óbvio transcendem, portanto, o espaço de interesse meramente privado, e que não se incluam nas noções de segurança, economia ou saúde públicas.*

É conceito indeterminado cuja determinação inicia, portanto, por exclusão. Será lesiva à ordem pública a medida liminar ou a sentença que produza efeitos prejudiciais e nocivos a bens e valores de interesse público que não estejam incluídos nas noções de saúde, economia ou segurança públicas, na medida em que se passíveis de subsunção a estas noções estará alterado o fundamento da suspensão da decisão judicial.

A ocorrência de lesão à ordem pública é condição necessária, mas não suficiente, à suspensão dos efeitos de liminar ou de sentença. Deverá a lesão ser grave, ou seja, imprimir danos que suplantem uma mera modificação da situação de fato ou jurídica em que se encontrava o bem ou valor jurídico que se pretende tutelar – até porque a modificação provocada na ordem pública pode não ser lesiva. Importa que a medida liminar ou a sentença, para serem suspensas sob o argumento de lesão grave a bem jurídico inerente à ordem pública, devem provocar dano ou prejuízo significativo, apto a alterar a própria essência do bem ou a reduzir significativamente o proveito social dele decorrente.

Competirá ao intérprete inferir no caso concreto a magnitude da redução do proveito coletivo decorrente de medida liminar ou sentença que produza efeitos sobre bem ou valor jurídico de ordem pública e deduzir pela ocorrência ou não de

grave lesão. Esta análise, no embora implique juízo de convencimento, não importa juízo discricionário, e deverá se dar – à falta de critério objetivo - à luz do regime principiológico constitucional.

5. Juízo de valor destinado a aferir a existência de grave lesão à ordem pública

Concluir pela existência de grave lesão à ordem pública apta a justificar a suspensão dos efeitos de liminar ou de sentença constitui juízo que se orienta pelos princípios constitucionais. Por vezes os efeitos lesivos à ordem pública decorrentes de ordem judicial são tão evidentes e inequívocos que levam à inelutável conclusão da presença do requisito autorizatório da suspensão. Outras vezes tais efeitos não se apresentam com igual clareza, especialmente se contrastados com o dano que a suspensão do ato judicial pode acarretar ao interesse que pretende fazer prevalecer.

Nestas hipóteses a busca pela decisão que melhor atenda o interesse público não escapa a um juízo de ponderação axiológica para contrastar o proveito que a decisão judicial confere ao seu beneficiário e a redução do proveito coletivo que a lesão à ordem pública provocará. Este contraste será vinculado aos princípios constitucionais, em especial ao princípio da supremacia do interesse público, da proporcionalidade, e da razoabilidade, sem prejuízo dos demais princípios que informam o sistema jurídico. Não se está a sustentar a hipótese de prevalência de interesse particular sobre o interesse público, mas que, em casos nos quais a gravidade da lesão não se evidencie de imediato, esta ponderação axiológica poderá indicar a solução mais adequada ao interesse público (que pode se dar no sentido de proteção aos efeitos da medida liminar ou da sentença).

6. Interesse público *versus* interesse público

O contraste entre decisão judicial que objetiva a tutela de interesse particular e lesão à ordem pública, como visto, exigirá por vezes ponderação axiológica lastreada em princípios. Situações haverá nas quais será indispensável o juízo de proporcionalidade e de razoabilidade destinado à melhor e mais justa decisão acerca de suspender ou não o efeito e medida liminar ou de sentença. Uma destas hipóteses diz respeito a medida liminar ou sentença concedida em favor de ente público contra outro ente público, sendo certo que a ambos cumpre o mister constitucional de perseguir o interesse público.

Duas vertentes de discussão se inauguram neste caso: (i) a hipótese de contraste entre interesse primário e interesse secundário dos entes públicos litigantes[1]; (ii) a hipótese de contraste entre interesses primários tutelados pelos entes públicos litigantes. Na primeira hipótese, deverá ceder o interesse secundário em favor do interesse primário. A segunda hipótese exigirá juízo de proporcionalidade e de razoabilidade para deduzir, com fulcro na Constituição, qual dos bens ou valores deverá prevalecer.

[1] O primeiro constituindo interesse público propriamente dito, e os segundo identificado com o interesse próprio do Estado na qualidade de pessoa jurídica, consoante preleciona Renato Alessi.

7. A grave lesão à ordem pública na acepção de ordem administrativa

Especificação em relação à noção ampla de ordem pública, a lesão à ordem administrativa – abrangente de aspectos tocantes ao exercício da função administrativa – talvez produza os efeitos diretos mais significativos à coletividade. Parece evidente. Vez que assiste ao Poder Executivo a missão constitucional de exercer a função administrativa, a lesão a bem ou valor jurídico que prejudique a implementação de políticas públicas pode implicar lesão grave e mesmo irreparável ao interesse público.

Não se trata de advogar a supressão de direitos privados em prol do interesse público, mas de adequação, de pretender deduzir do sistema uma alternativa que, ao tempo em que tutela direito particular assegura a integridade dos bens e valores de ordem pública. Nesta ótica se pode cogitar, como exemplo, de medida liminar que, ao revés de sustar o procedimento licitatório, assegure a participação do licitante insurreto; de sentença que, ao revés de condenação que importe prejuízo à prestação de um determinado serviço público, converta o direito em perdas e danos. Há centenas de precedentes judiciais nos quais a decisão foi precedida de juízo de razoabilidade e de proporcionalidade de modo a manter a incolumidade da ordem administrativa, de modo a não provocar prejuízo ao exercício regular da função administrativa.

Nesta linha de argumentação, três princípios constitucionais parecem sobressair em relação aos demais: o princípio da supremacia do interesse público, o princípio da continuidade do serviço público, e o princípio da separação dos poderes da República. Estará a causar grave lesão à ordem administrativa a medida liminar ou a sentença que a pretexto de garantir direito privado, ou interesse secundário de outro ente público (i) interrompa o regular exercício da função administrativa – imperativo da consecução do interesse público; (ii) interrompa ou suspenda a prestação adequada de serviço público; (iii) transfira para o Magistrado decisão de competência exclusiva daquele legitimado constitucionalmente para o exercício da função administrativa.

8. Conclusão

Do exposto, conclui-se que, embora a noção de ordem pública constitua um dos conceitos jurídicos indeterminados mais complexos no âmbito do Direito Público, sempre será possível um mínimo de determinação orientada a aferir se uma medida liminar ou sentença que produza efeitos em relação a bens e valores nela inseridos encontra substrato para ser suspensa sob o argumento da lei.

Aferir se uma lesão à ordem pública provocada por sentença ou medida liminar enseja suspensão exige ponderação axiológica e contraste entre os bens e valores jurídicos em questão, sempre com vistas ao resultado lesivo ou potencialmente lesivo ao interesse público. Haverá lesão grave à ordem pública quando os efeitos da sentença ou de medida liminar provocarem diminuição significativa do proveito coletivo advindo de bens e valores jurídicos públicos, ou, quando provocarem interrupção do gozo de prerrogativa ou direito pertencente à coletividade emanado por tais bens e valores. Nesta circunstância, estará o Poder Judiciário autorizado a suspender os seus efeitos.

R e DE Revista Eletrônica de Direito do Estado
Direito do Estado .com.br O Direito Público da Cidadania

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

SANTOS, José Anacleto Abduch. A LESÃO À ORDEM PÚBLICA COMO FUNDAMENTO DE SUSPENSÃO DOS EFEITOS DE MEDIDA LIMINAR E DE SENTENÇA. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 32, outubro/novembro/dezembro de 2012. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-32-DEZEMBRO-2012-JOSE-ANACLETO-SANTOS.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

Publicação Impressa / Informações adicionais: