



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO**

RAFAEL ESMERALDO DE AQUINO

**MEDIDAS CAUTELARES NO ÂMBITO DO CONTROLE CONCENTRADO DE
CONSTITUCIONALIDADE FEDERAL**

FORTALEZA

2014

RAFAEL ESMERALDO DE AQUINO

MEDIDAS CAUTELARES NO ÂMBITO DO CONTROLE CONCENTRADO DE
CONSTITUCIONALIDADE FEDERAL

Monografia submetida à Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Constitucional e Direito Processual Civil

Orientador: Professor Dr. Juvêncio Vasconcelos Viana

FORTALEZA

2014

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

A657m Aquino, Rafael Esmeraldo de.

Medidas cautelares no âmbito do controle de constitucionalidade federal / Rafael Esmeraldo de Aquino. – 2014.

55 f. : enc. ; 30 cm.

Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2014.

Área de Concentração: Direito Constitucional e Direito Processual Civil.

Orientação: Prof. Dr. Juvêncio Vasconcelos Viana.

1. Medidas cautelares - Brasil. 2. Controle da constitucionalidade – Brasil. 3. Processo civil - Brasil. I. Viana, Juvêncio Vasconcelos (orient.). II. Universidade Federal do Ceará – Graduação em Direito. III. Título.

CDD 342.81

RAFAEL ESMERALDO DE AQUINO

MEDIDAS CAUTELARES NO ÂMBITO DO CONTROLE CONCENTRADO DE
CONSTITUCIONALIDADE FEDERAL

Monografia submetida à Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Constitucional e Direito Processual Civil.

Aprovada em ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

Professor Dr. Juvêncio Vasconcelos Viana (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Professora Me. Janaína Soares Noleto Castelo Branco
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Professor Me. Michel Mascarenhas Silva
Universidade Federal do Ceará (UFC)

A meus amados pais. Por todo amor e dedicação a mim destinados. Essa vitória também é de vocês.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a meus pais, Ivan e Narda, por priorizarem a educação, por acreditarem que toda conquista só possui sentido mediante muito esforço e suor empreendidos. Por tentarem fazer de nós, filhos, versões “melhoradas” de si mesmos. Por todo o amor que nos une e é eternizado em nossos corações. Amo vocês!

A meus irmãos, Mariana, Lívia e Leonardo, pela oportunidade de ter crescido ao lado de vocês e por identificarmos, uns nos outros, um pouco daquilo que nos completa. Onde quer que estejamos, encontraremos nosso lar nos olhos uns dos outros. Em tempo, aos pequenos, Ravi e Maria, sobrinhos que trouxeram mais alegria a este mundo e que darão seguimento a esta “família linda”.

À Rebeca Lima Aguiar, amiga, namorada, companheira, sem a qual esta conquista seria inviável. Por todas as manhãs juntos na Faculdade de Direito e por todos os dias ao seu lado, fazendo-me uma pessoa melhor e mais feliz. Pela união que nos torna mais fortes para enfrentarmos os desafios pessoais e profissionais de nossas vidas. Que seja sempre assim.

Aos amigos que fiz nos tempos de Colégio Militar de Fortaleza, os quais criaram o “PCQ”, especialmente Álvaro de Mattos, Álvaro Veras, Diego Freitas, Thiago Costa e Rafael González. Obrigado por serem verdadeiros irmãos desde sempre. Que nossas diferenças nunca nos afastem e saibamos valorizar essa amizade pura e sincera.

Aos amigos Raul Aquino, Bárbara Baracho, João Teixeira, Nair Guerra e Mariana Ribeiro, por termos feito da faculdade um período inesquecível em nossas vidas. Que respeitemos nossas diferenças e possamos perpetuar essa grande amizade.

Aos amigos do Bayer Leverkelsen, time mais glorioso da história da faculdade de direito, em nome de Rodrigo Sampaio Teles, Murilo Caldas e João Henrique Marinho, por termos construído uma amizade verdadeira dentro e fora de campo, que possamos sempre manter vivo o laço que nos une.

Aos servidores da 13ª Vara Federal do Ceará, especialmente aos membros do Gabinete do Juiz Substituto, Martha, Rejane e Jorge, por demonstrarem sempre interesse em meu aprendizado e pelas manhãs e tardes de muito companheirismo e trabalho.

Aos juízes federais, Sérgio de Norões Milfont Júnior e Daniel Guerra Alves, pelo exemplo de profissionalismo e pela incansável busca pela realização da justiça social. Por todo o empenho em compartilhar a sabedoria que possuem e por me fazerem acreditar na moralidade e eficiência do serviço público.

Ao professor Juvêncio Vasconcelos Viana, por ter aceitado o convite para ser o orientador desta monografia e por engrandecer o quadro de docentes da Faculdade de Direito da UFC com sua contribuição acadêmica.

Aos professores Michel Mascarenhas e Janaína Noleto, por aceitarem o convite para participarem da Banca Examinadora desta monografia e por serem exemplos de compromisso e dedicação no exercício do magistério. A Faculdade de Direito da UFC agradece por toda a contribuição empreendida na melhoria da educação de nosso país.

Por fim, a todos aqueles que estiveram ao meu lado nos desafios que se impuseram durante a caminhada profissional da vida e tiveram sua parcela contributiva para minha formação, mostrando-se verdadeiros amigos, em nome dos quais cito Ismael Nedehf.

RESUMO

Este estudo visa fornecer uma abordagem aprofundada acerca das principais peculiaridades que norteiam a concessão de medidas cautelares no controle abstrato de constitucionalidade, sempre com vista na importância que tais provimentos possuem como instrumentos de economia processual e de uniformização jurisprudencial. Distinguindo-se substancialmente do procedimento comum previsto no Código de Processo Civil, as ações do controle concentrado de constitucionalidade originam processos objetivos, em que não há partes nem contraditório perfeitamente delimitados, repercutindo diretamente nas características das providências liminares. Inicialmente, far-se-á uma introdução ao estudo do controle de constitucionalidade, analisando seu surgimento no direito moderno, suas principais modalidades e sua evolução no direito brasileiro. Em seguida, será dedicado espaço exclusivo para a análise dos atributos das medidas cautelares, sempre com enfoque na relevância de tais providências para a concretização de direitos constitucionalmente previstos. Finalmente, serão expostas as principais discussões doutrinárias, bem como os julgados mais pertinentes sobre os diversos aspectos das medidas liminares perante a Suprema Corte, adotando-se, ocasionalmente, um posicionamento crítico em relação ao que é posto.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direito Processual Civil. Medidas Cautelares. Controle Abstrato de Constitucionalidade. Processo Objetivo. Reserva de Plenário.

ABSTRACT

This study aims to provide a deep approach of the main peculiarities that guide the concession of summary decision in the abstract control of constitutionality, always emphasizing the importance that such provisions have as instruments of judicial economy and jurisprudential uniformity. Distinguishing substantially from the common procedure of the Civil Procedure Code, the actions of concentrated control of constitutionality originate objective processes, in which parts and contradictory are not perfectly delimited, directly affecting the characteristics of the preliminary provisions. At first, an introduction to the study of judicial review will be made, analyzing its emergence in modern law, its significant species and its evolution in Brazilian law. Then, exclusively space will be devoted to the analysis of the attributes of the summary decisions, always focusing on the relevance that such provisions have for the realization of constitutional rights. Finally, the main doctrinal discussions, as well as the most relevant judgments about the various aspects of summary decisions under the Supreme Court will be submitted, adopting occasionally a critical position in relation to what is shown.

Keywords: Constitutional Law. Civil Procedural Law. Summary Decision. Abstract Control of Constitutionality. Objective Process. The Full Bench Rule.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	14
2.1 Modalidades de Controle de Constitucionalidade.....	16
2.2 Ações do Controle Concentrado de Constitucionalidade na Constituição de 1988.....	20
2.2.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade	22
2.2.2 Ação Declaratória de Constitucionalidade	23
2.2.3 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.....	25
2.2.4 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental	27
2.3 Decisão Definitiva	29
3 DAS MEDIDAS CAUTELARES	33
3.1 Medidas cautelares e efetividade do processo.....	34
3.2 “Fumus Boni Iuris”	36
3.3 “Periculum in Mora”	37
3.4 Poder Geral de Cautela.....	37
4 MEDIDAS CAUTELARES NAS AÇÕES DO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE	39
4.1 Medidas Cautelares em Ação Direta de Inconstitucionalidade	41
4.2 Medidas Cautelares em Ação Declaratória de Constitucionalidade	45
4.3 Medidas Cautelares em Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.....	47
4.4 Medidas Cautelares em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental	49
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	52
REFERÊNCIAS	54

1 INTRODUÇÃO

Vive-se, atualmente, uma tendência no direito processual moderno de discussão acerca do binômio tempo/efetividade das demandas judiciais, mormente após a introdução do inciso LXXVIII no artigo 5º da Constituição Federal pela Emenda Constitucional n. 45/2004, elevando a celeridade processual à categoria de direito fundamental.

Ao mesmo tempo, verifica-se uma crescente demanda de ações no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade, principalmente após a promulgação da Carta Magna de 1988, a qual ampliou o rol de legitimados para propositura das ações diretas de inconstitucionalidade e previu, pela primeira vez no direito brasileiro, o controle das omissões inconstitucionais.

Esse exponencial aumento da provocação do Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado faz com que a demora nos pronunciamentos definitivos seja cada vez mais latente, ganhando relevância, nesse contexto, a utilização de provimentos cautelares.

Com efeito, as medidas liminares têm ganhado paulatinamente contornos definitivos ante o lapso temporal entre o seu deferimento e o pronunciamento final do Plenário, passando a reger diversas relações jurídicas por tempo consideravelmente maior do que o ideal.

Atualmente, a legislação infraconstitucional, em que pese a lacuna de mais de dez anos sem regulamentação após a Constituição Federal de 1988, traz expressamente a previsão das medidas liminares em sede de ADI, ADC e ADO, na Lei n. 9.868/99, e em sede de ADPF, na Lei n. 9.882/99.

Assim, em um primeiro momento, far-se-á uma introdução ao estudo do controle de constitucionalidade, sendo abordadas suas diversas modalidades, fazendo-se um paralelo com sua aplicação no direito brasileiro.

Em seguida, serão apresentadas as quatro principais ações que compõem o controle abstrato de constitucionalidade, sendo abordados seus atributos gerais, bem como se fazendo uma distinção das demais ações ordinárias do direito brasileiro, que dão origem a processos subjetivos.

No capítulo seguinte, será dedicado espaço exclusivo para o estudo das medidas cautelares, momento em que serão estudados seu contexto de surgimento, sua importância e seus requisitos básicos.

Ressalte-se, ainda, a existência do poder geral de cautela, o qual permeia a atividade do julgador no processo, consistindo em verdadeira função institucional que lhe é conferida na condução do litígio, estando presente tanto em processos subjetivos, quanto no seio das ações do controle concentrado de constitucionalidade.

Por fim, analisar-se-ão especificamente as principais peculiaridades que norteiam a concessão de medidas cautelares em cada ação do controle abstrato, sempre com vista na importância que tais provimentos possuem como instrumentos de economia processual e de uniformização jurisprudencial.

Serão expostas as principais discussões doutrinárias, bem como os julgados mais pertinentes sobre os diversos aspectos das providências liminares, adotando-se, ocasionalmente, um posicionamento crítico em relação ao que é posto.

2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle de constitucionalidade de leis e atos normativos do Poder Público pressupõe necessariamente uma hierarquização normativa, em que a Constituição figura no ápice do ordenamento jurídico, de onde as demais normas infraconstitucionais retiram seu fundamento de validade.

Nesse contexto, “a ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas dispostas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas sim uma construção escalonada de diferentes degraus ou camadas de normas jurídicas.” (KELSEN, 2000, p. 247).

Trata-se do princípio da supremacia constitucional, em que a Lei Fundamental é posta em posição hierárquica superior na ordem jurídica interna, devendo a produção normativa infraconstitucional estar em conformidade com os preceitos estabelecidos na Constituição.

Ressalte-se, por oportuno, que a supremacia constitucional somente se verifica em ordenamentos jurídicos que possuam uma Constituição rígida, isto é, em que o processo de alteração formal da Lei Fundamental é mais solene e rigoroso do que o dos demais atos normativos. Em outras palavras, conforme preleciona Raul Machado Horta (2010, p. 97, grifos do autor):

Não se põe dúvida, entretanto, que uma das consequências da rigidez é a de reforçar, elevando-a ao máximo, a idéia de supremacia constitucional. Ao *conteúdo político* das Constituições escritas, a rigidez acrescenta *conteúdo jurídico*.

Ademais, da mesma forma que a supremacia da Lei Fundamental é pressuposto do controle de constitucionalidade, este se apresenta como instrumento de garantia daquela. Dito de outro modo, o controle de constitucionalidade “revela-se como uma importante garantia da supremacia da Constituição, haurindo daí a sua própria razão de ser.” (JUNIOR, 2010, p. 39).

Desta feita, a rigidez constitucional constitui elemento indissociável do controle de constitucionalidade, o qual pressupõe, ainda, a existência de um processo de fiscalização da validade dos atos normativos, conferindo a um ou mais órgãos específicos o processamento das questões constitucionais. E mais, o órgão estatal deverá ser desvinculado daquele encarregado da produção normativa, sob pena de realização de um controle desprovido de independência e legitimidade, colidindo com o princípio da separação dos poderes, premissa intrínseca ao Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, precisa a dicção de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2010, p. 738):

Ao mesmo tempo, para que se possa falar, efetivamente, em Estado de Direito, é necessário que exista pelo menos um órgão estatal independente do órgão encarregado da produção normativa, ao qual a própria Constituição atribua competência para verificação da conformidade das normas ordinárias com seus princípios e regras. Essa é outra decorrência relevante do princípio da supremacia constitucional: a necessidade de separação de poderes.

Não basta, portanto, que exista um órgão específico para o exercício do controle de constitucionalidade. É preciso que a própria Constituição outorgue poderes a uma ou mais entidades, designando em seu próprio texto a referida competência. Em outras palavras, a “defesa da Constituição deve ser estabelecida diretamente por esta, indicando órgãos responsáveis por fiscalizar o cumprimento da supremacia da Constituição.” (TAVARES, 2013, p. 326).

No Direito Moderno, a ideia de uma Corte Suprema dotada de competência exclusiva para decidir os conflitos entre legislação ordinária e normas constitucionais possui origem no famoso precedente norte-americano *Marbury v. Madison*, sendo “a primeira decisão na qual a Suprema Corte afirmou seu poder de exercer o controle de constitucionalidade, negando aplicação a leis que, de acordo com sua interpretação, fossem inconstitucionais.” (BARROSO, 2012, p. 27).

Pode-se afirmar, portanto, que *Marbury v Madison*:

[...] foi a decisão que inaugurou o controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno, deixando assentado o princípio da supremacia da Constituição, da subordinação a ela de todos os Poderes estatais e da competência do Judiciário como seu intérprete final, podendo invalidar os atos que lhe contravenham. (BARROSO, 2012, p. 32).

Estabeleceu-se, assim, os três grandes pilares em que se apoia o controle de constitucionalidade. O princípio da supremacia constitucional, o qual pressupõe um processo de alteração formal da Lei Fundamental mais rígido e solene em relação aos demais atos normativos; a submissão dos Poderes estatais à Carta Magna; e a competência do Poder Judiciário como intérprete final da Constituição, com a existência de pelo menos um órgão encarregado de exercer essa tarefa.

Analizando as diversas formas de expressão do controle, entretanto, verifica-se que nem sempre o órgão incumbido de exercer o controle de constitucionalidade terá natureza

jurisdicional, isto é, pertencerá ao Poder Judiciário. Isso porque, conforme será visto adiante, é possível a existência do denominado *controle político*, isto é, aquele “exercido por órgão de natureza política, não jurisdicional, sem relação com qualquer conflito concreto de interesses.” (PINHEIRO, 2009, p. 101).

Ressalte-se que, no Brasil, embora predomine o chamado controle jurisdicional ou judicial, há hipóteses excepcionais em que o Poder Executivo e o Poder Legislativo exercem controle de constitucionalidade.

2.1 Modalidades de Controle de Constitucionalidade

A doutrina constitucionalista enumera diversos sistemas e modelos de controle de constitucionalidade, levando em consideração a natureza do órgão, o momento de exercício, a quantidade de órgãos e o modo de controle. Essas duas últimas hipóteses estão diretamente relacionadas ao chamado *controle judicial*, conforme será estudado a seguir.

Para o objetivo deste trabalho, não se faz interessante esmiuçar as diversas modalidades que surgem a partir da combinação de dois ou mais critérios acima mencionados. Cabe, assim, uma análise perfunctória do tema, com o foco voltado ao controle judicial, repressivo, concentrado e por via principal, visto que as medidas cautelares serão estudadas nesse contexto.

Inicialmente, quanto à natureza do órgão, o controle de constitucionalidade divide-se em *político* e *judicial*.

No primeiro caso, tem-se a espécie de controle em que o órgão responsável pelo seu exercício não se situa na esfera do Poder Judiciário, possuindo natureza essencialmente política. É o caso daquele desempenhado pelas Casas Legislativas, no âmbito das Comissões de Constituição e Justiça, quando se faz uma avaliação da (in)constitucionalidade de determinada propositura legislativa.

Outrossim, a doutrina identifica caso em que o Poder Executivo exerce controle de constitucionalidade. Trata-se do voto jurídico, isto é, hipótese em que o Presidente da República rejeita projeto de lei, fundamentando sua decisão na inconstitucionalidade formal ou material deste.

É possível, ainda, que a Constituição entregue a um órgão especial, desvinculado dos três Poderes, a verificação de inconstitucionalidade. É o caso do direito francês, que instituiu o *Conseil Constitutionnel*, órgão composto de nove conselheiros escolhidos pelo

Presidente da República e pelo Parlamento, sendo os ex-Presidentes da República membros cativeiros, não se situando em nenhuma das três esferas de poder.

Nos ensinamentos de Dirley da Cunha Júnior (2010, p. 99), segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

O fundamento principal da afetação do controle de constitucionalidade das leis a um órgão não pertencente ao Poder Judiciário prende-se ao argumento de que a Constituição deve ser interpretada por órgãos com sensibilidade política, porquanto, mais do que uma simples lei, a Constituição é um projeto dinâmico de vida, que não pode ser reduzida a uma mera apreciação hierárquica. Ademais, considera-se que o controle judicial daria aos juízes o poder de recusar as deliberações majoritárias do Legislativo e do Executivo, contrariando o dogma da separação de poderes.

Historicamente, pelo fato de a França ter adotado o referido modelo, a doutrina classifica-o como modelo francês de controle de constitucionalidade. Isso se explica tendo em vista que a preocupação com a separação de poderes, desde o advento da Revolução Francesa, tem sido bastante forte naquele país, não se admitindo, portanto, a interferência do Judiciário nas atividades do Executivo e do Legislativo.

No que diz respeito ao controle judicial, como o próprio nome sugere, tem-se a atribuição de competência a um ou mais órgãos cuja atuação possui natureza jurisdicional para o exercício do controle de constitucionalidade.

Conforme já explicitado, foi no célebre precedente norte-americano *Marbury v. Madison* que o Poder Judiciário foi proclamado como intérprete final da Constituição, razão pela qual o controle judicial passou a ser conhecido como modelo americano.

Ressalte-se, entretanto, que o órgão responsável por essa espécie de controle não será necessariamente vinculado ao Poder Judiciário, bastando que possua natureza jurisdicional.

Nesse sentido, assevera Luís Roberto Barroso (2012, p. 67):

A técnica do controle de constitucionalidade somente ingressou na Europa com a Constituição da Áustria, de 1920, seguindo a concepção peculiar de Hans Kelsen. Adotou-se ali uma fórmula distinta, com a criação de órgãos específicos para o desempenho da função: os tribunais constitucionais, cuja atuação tem natureza jurisdicional, embora não integrem necessariamente a estrutura do Judiciário.

Quanto ao momento do controle, este pode ser *preventivo* ou *repressivo*.

O controle de constitucionalidade preventivo é aquele realizado em momento anterior ao aperfeiçoamento do ato normativo. Em outras palavras, “ocorre antes da própria

existência ou perfeição do ato, isto é, durante o seu processo de elaboração.” (JUNIOR, 2010, p. 97).

No Brasil, em regra, essa modalidade é exercida pelo controle político, ou seja, pelo Legislativo¹ e pelo Executivo², entretanto o Supremo Tribunal Federal (STF) admite, excepcionalmente, a atuação do Poder Judiciário de forma preventiva. Trata-se do caso de mandado de segurança impetrado por parlamentar para a garantia de seu direito líquido e certo ao devido processo legislativo.

Nesse contexto, preleciona Dirley da Cunha Júnior (2010, p. 97):

Nesse caso, o STF tem admitido o cabimento do mandado de segurança quando a vedação constitucional se dirigir ao próprio processamento da lei (art. 57, § 7º e art. 67), ou da emenda (art. 60, §§ 4º e 5º), vedando a sua apresentação na primeira hipótese e a sua deliberação na segunda hipótese.

Em regra, porém, o controle judicial é feito de forma repressiva, ou seja, tem por objeto o próprio ato normativo já promulgado. Nesse caso, “no que diz respeito ao órgão que o exerce, poderá ser difuso ou concentrado e, no tocante ao modo em que se suscitada a questão constitucional, poderá dar-se por via incidental ou principal.” (BARROSO, 2012, p. 69).

Frise-se, por oportuno, a existência de excepcionais hipóteses em que o Legislativo³ e o Executivo⁴ realizam controle repressivo.

As duas últimas classificações, como já frisado, inserem-se no âmbito do controle jurisdicional de constitucionalidade.

Assim, quanto ao número de órgãos judiciais com competência para controle, este poderá ser *difuso* ou *concentrado*.

O controle difuso possui origem no próprio surgimento do controle judicial, isto é, no precedente norte-americano *Marbury v. Madison*, consistindo naquele em que todo e qualquer juiz ou tribunal pode e deve afastar a aplicação de lei que, no caso concreto, julgue ser inconstitucional.

¹ Por exemplo, no caso de arquivamento de projeto de lei pelas Comissões de Constituição e Justiça por vício de inconstitucionalidade e na rejeição de medidas provisórias em razão da ausência dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência.

² O exemplo mais famoso é o veto jurídico emitido pelo Presidente da República, quando rejeita projeto de lei com fundamento na sua inconstitucionalidade.

³ Possibilidade de o Congresso Nacional sustar atos normativos do Poder executivo que exorbitem dos limites da delegação legislativa (artigo 49, inciso V, da Constituição Federal).

⁴ Recusa direta pelo Presidente da República em aplicar norma inconstitucional.

Desta feita, no sistema difuso, assegura-se a “qualquer órgão judicial incumbido de aplicar a lei a um caso concreto o poder-dever de afastar a sua aplicação se a considerar incompatível com a ordem constitucional.” (MENDES; BRANCO, 2012, p. 1428).

Por sua vez, o sistema concentrado configura-se quando a competência para julgamento da questão constitucional é entregue a um órgão jurisdicional superior ou a uma Corte Constitucional. Foi inaugurado na Constituição da Áustria de 1920, razão pela qual é denominado sistema austríaco ou europeu.

Ressalte-se a possibilidade de o Tribunal encarregado do exercício do controle não ser necessariamente vinculado ao Poder Judiciário. Nesse contexto, surgem os Tribunais Constitucionais, disseminados nos países europeus em meados do século XX. A título de exemplo, cita-se a experiência alemã (1951), italiana (1956) e portuguesa (1982).

Na dicção de Pedro Lenza (2014, p. 329, grifos do autor):

Em regra, através do controle concentrado, almeja-se expurgar do sistema lei ou ato normativo viciado (material ou formalmente), buscando, por conseguinte, a **invalidação da lei ou ato normativo**.

Fala-se, ainda, na existência de um controle misto, o qual mescla os sistemas difuso e concentrado. No magistério de Gilmar Mendes e Gonet Branco (2012, p. 1429):

Em geral, nos modelos mistos defere-se aos órgãos ordinários do Poder Judiciário a prerrogativa de afastar a aplicação da lei nas ações e processos judiciais, mas se reconhece a determinado órgão de cúpula — Tribunal Supremo ou Corte Constitucional — a competência para proferir decisões em determinadas ações de perfil abstrato ou concentrado.

Como exemplo de sistema misto, verificamos o modelo adotado no Brasil, em que os juízes podem afastar a aplicação de determinada lei com fundamento em sua inconstitucionalidade. No caso dos tribunais, respeitada a cláusula de reserva de plenário, pode-se até mesmo declarar a inconstitucionalidade de um ato normativo. Isso não exclui, porém, a atribuição da Suprema Corte como intérprete final da Constituição, órgão incumbido de exercer o controle concentrado por via direta ou principal, mas que também desempenha o controle difuso.

Por fim, quanto ao modo de controle, este pode se dar *por via incidental* ou *por via principal*.

Na primeira hipótese, a inconstitucionalidade é arguida de forma incidental na demanda, como causa de pedir de uma pretensão concreta. “Tecnicamente, a questão

constitucional figura como *questão prejudicial*, que precisa ser decidida como premissa necessária para a resolução do litígio.” (BARROSO, 2012, p. 72).

Destarte, a análise de (in)constitucionalidade da norma não é o objeto da ação, mas sim fundamento da pretensão do autor ou tese da defesa. Em outras palavras, na lição de Dirley da Cunha Júnior (2010, p. 101):

[...] para acolher ou desacolher a pretensão do autor (exposta na petição inicial da ação) ou do réu (externada na peça de defesa), o juiz deve necessariamente examinar a questão da constitucionalidade da lei ou do ato estatal, invocada por uma das partes como fundamento justificador da respectiva pretensão.

De outra forma, o controle exercido *por via principal* não está associado a uma lide concreta, ou seja, a questão constitucional é discutida em ação própria, em que a (in)constitucionalidade figura como pedido principal.

Não se trata de processo com interesses subjetivos, com a presença do contraditório, não se falando nem mesmo na existência de partes.

Portanto, cuida-se de processo objetivo,

[...] no qual não há lide em sentido técnico, nem partes. Devido a seu caráter institucional – e não de defesa de interesses -, a legitimação para suscitar o controle por via principal, isto é, para propor ação direta de inconstitucionalidade, é limitada a determinados órgãos e entidades. (BARROSO, 2012, p. 73).

No Brasil, cabe ressaltar que o controle concentrado coincide com o modo de controle por via principal, possuindo caráter abstrato, resultando num pronunciamento em tese pelo Supremo Tribunal Federal ou pelos Tribunais de Justiça. Essa correspondência, contudo, não é universal, de modo que outros sistemas jurídicos admitem a existência de controle concentrado suscitado *incider tantum*.

Para esse estudo, como já frisado, abordar-se-ão as peculiaridades das medidas cautelares concedidas no âmbito do controle repressivo, judicial, concentrado e por via principal, nas ações que o integram, objeto de estudo do tópico seguinte.

2.2 Ações do Controle Concentrado de Constitucionalidade na Constituição de 1988

Apresentar-se-ão, nesse momento, as ações que integram o controle concentrado no direito brasileiro, no seio das quais serão estudadas as medidas cautelares.

Conforme salientado, o controle concentrado exercido por ação direta provoca a instauração de um processo objetivo, no qual a questão constitucional representa o pedido principal da demanda. Não se origina, pois, de uma lide concreta, em que o interesse subjetivo das partes é predominante e a discussão acerca da inconstitucionalidade da norma é apenas fundamento de um pedido principal.

Comungando com o exposto, assevera Dirley da Cunha Júnior (2010, p. 172):

No controle concentrado-principal de constitucionalidade, as partes legitimadas propõem ao órgão judiciário competente (Supremo Tribunal Federal ou aos Tribunais de Justiça, a depender da hipótese) uma fiscalização abstrata ou em tese da validade das leis ou atos normativos do poder público em confronto com o texto constitucional.

Como se vê, “a ação direta destina-se à proteção do próprio ordenamento, evitando a presença de um elemento não-harmônico, incompatível com a Constituição.” (BARROSO, 2012, p. 180).

O principal escopo dessa via, portanto, é a preservação da supremacia constitucional, da unidade do ordenamento e do interesse público, na medida em que expurga do universo jurídico norma que desrespeita os preceitos contidos na Carta Magna (ação direta de inconstitucionalidade – ADI e arguição de descumprimento de preceito fundamental - ADPF), torna absoluta a presunção de constitucionalidade de uma norma (ação declaratória de constitucionalidade - ADC) e reconhece uma omissão inconstitucional (ação direta de inconstitucionalidade por omissão - ADO).

No Brasil, há previsão na Constituição Federal de 1988 de controle concentrado, por via principal, para a esfera estadual, tendo como paradigma a Constituição do Estado-membro, a ser exercido pelo respectivo Tribunal de Justiça. A ação própria é a *representação de inconstitucionalidade*, tendo por objeto lei ou ato normativo estadual ou municipal, nos termos do artigo 125, § 2º.

Para esse estudo, no entanto, abordar-se-á somente a concessão de medidas cautelares em sede de controle concentrado no plano federal. Nessa hipótese, o paradigma é a própria Constituição Federal, havendo processamento perante o Supremo Tribunal Federal.

Ressalte-se, desde já, que a *representação intervintiva*, pressuposto para a decretação de intervenção federal, não será tratada neste estudo. Isso porque, embora possua

verdadeira natureza de ação⁵, ela se afasta das principais características das demais ações do controle concentrado.

Com efeito, nas palavras de BARROSO (2012, p. 351), “não se trata de um processo objetivo, sem partes ou sem um caso concreto subjacente. Cuida-se, sim, de um litígio constitucional, de uma relação processual contraditória, contrapondo União e Estado-membro, cujo desfecho pode resultar em intervenção federal.”.

Destarte, serão estudadas doravante a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a arguição de descumprimento de preceito fundamental, doravante referidas genericamente como ações diretas.

2.2.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade

A ação direta de inconstitucionalidade foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro a partir da Emenda Constitucional n. 16, de 26 de novembro de 1965, à Constituição de 1946, que se reportava a ela como representação de inconstitucionalidade. Nesse período, a legitimidade para propositura da referida representação cabia exclusivamente ao Procurador-Geral da República (PGR).

A seu turno, a Constituição Federal de 1988 reconheceu a natureza de ação da representação de inconstitucionalidade ao estabelecer expressamente, no artigo 102, inciso I, alínea “a”, que:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (grifo acrescido).

A Lei Fundamental, outrossim, ampliou significativamente o elenco de legitimados para propositura da ação direta, retirando o monopólio antes concedido ao PGR. Destarte, atualmente, o rol de autorizados ao oferecimento da ADI foi entregue aos órgãos e entidades enumerados no artigo 103, *caput*, da Carta Magna.

Interessante ressaltar a distinção feita pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ao diferenciar legitimados *universais* e *especiais*.

⁵ Cf. BUZAID, 1958 *apud* BARROSO, 2012.

No primeiro caso, trata-se de órgãos e autoridades “cujo papel institucional autoriza a defesa da Constituição em qualquer hipótese.” (BARROSO, 2012, p.187). Isso significa que, identificado o vício de inconstitucionalidade da norma estadual ou federal, podem os legitimados universais propor ação direta de inconstitucionalidade, sem necessidade de demonstração da *pertinência temática*. São eles: o Presidente da República; as Mesas do Senado e da Câmara; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e partido político com representação no Congresso Nacional.

Por outro lado, os legitimados especiais “são os órgãos e entidades cuja atuação é restrita às questões que repercutem diretamente sobre sua esfera jurídica ou de seus filiados e em relação às quais possam atuar com representatividade adequada.” (BARROSO, 2012, p. 188). É o caso de Governador de Estado, de Mesa de Assembleia Legislativa, de entidade de classe de âmbito nacional e de confederação sindical. Nessa hipótese, é preciso que seja demonstrado o interesse na propositura da ação relacionado à finalidade institucional desses órgãos e entidades.

Ademais, o pedido principal formulado na ADI consistirá na pronúncia da inconstitucionalidade do ato normativo impugnado, seja pela verificação de um vício formal⁶, seja pela presença de um vício material⁷.

O procedimento da ADI está regulado na Lei n. 9.868, editada em 10 de novembro de 1999, mais de dez anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

2.2.2 Ação Declaratória de Constitucionalidade

A ação declaratória de constitucionalidade foi introduzida no direito brasileiro pela Emenda Constitucional n. 3, de 17 de março de 1993, à Constituição Federal de 1988, não obstante importante posicionamento no sentido de que ela já possuía antecedentes no direito nacional.⁸

Cuida-se de ação em que o escopo imediato é transformar a presunção de constitucionalidade relativa de uma norma para absoluta, pondo termo à controvérsia judicial

⁶ Conforme a dicção de Pedro Lenza (2014, p. 287, grifos do autor), “como o próprio nome induz, a inconstitucionalidade formal, também conhecida como **nomodinâmica**, verifica-se quando a lei ou ato normativo infraconstitucional contiver algum vício em sua ‘forma’, ou seja, em seu processo de formação, vale dizer, no processo legislativo de sua elaboração, ou, ainda, em razão de sua elaboração por autoridade incompetente.”.

⁷ Nas palavras de Luís Roberto Barroso (2012, p. 51), a “inconstitucionalidade material expressa uma incompatibilidade de conteúdo, substantiva, entre a lei ou ato normativo e a Constituição. Pode traduzir-se no confronto com uma regra constitucional [...] ou com um princípio constitucional”.

⁸ Cf. MENDES, 2012, p. 446 *et seq.*

relevante acerca da aplicação da mesma. Em outras palavras, “a ADC busca afastar o nefasto quadro de insegurança jurídica ou incerteza sobre a validade ou aplicação de lei ou ato normativo federal, preservando a ordem jurídica constitucional.” (LENZA, 2014, p. 434). Explica-se.

Quando um ato normativo federal é editado pelo Poder Público, entende-se que há presunção relativa (*juris tantum*) da constitucionalidade da norma, isto é, admite-se prova em sentido contrário. “Tal presunção tem a função instrumental de garantir a imperatividade e autoexecutoriedade desses atos.” (BARROSO, 2012, p. 264).

Ocorre que, em havendo divergência judicial relevante acerca da constitucionalidade de determinada norma, faz-se necessário o ajuizamento da ADC para que a mencionada presunção deixe de ser relativa e passe a ser absoluta (*juris et de jure*), resolvendo definitivamente a controvérsia judicial.

Ressalte-se, por oportuno, que a controvérsia há de ser **judicial**, não sendo suficiente a mera divergência doutrinária. Nesse sentido, prelecionam MENDES e BRANCO (2012, p. 1633, grifos dos autores):

Embora as decisões judiciais sejam provocadas ou mesmo estimuladas pelo debate doutrinário, é certo que simples controvérsia doutrinária não se afigura suficiente para objetivar o estado de incerteza apto a legitimar a propositura da ação, uma vez que, por si só, ela não obsta à plena aplicação da lei.

Assim, não configurada *dúvida* ou *controvérsia* relevante sobre a legitimidade da norma, o STF não deverá conhecer da ação proposta.

No que diz respeito aos legitimados para propositura da ação declaratória de constitucionalidade, o constituinte reformador previu uma lista reduzida se comparada ao rol de legitimados da ADI. Somente o Presidente da República, as Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados e o Procurador-Geral da República poderiam propor ADC à época da promulgação da EC n. 3, de 17.03.1993.

No entanto, após a edição da Emenda Constitucional n. 45, de 08.12.2004, o rol de legitimados passou a ser idêntico ao da ADI, atendendo à antiga reivindicação doutrinária.

A Lei n. 9.868/1999, que também regula as ações diretas de inconstitucionalidade, dispõe sobre o processo e julgamento da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, cabendo ressaltar que seu artigo 13, o qual elenca os legitimados para propositura da ADC, encontra-se superado tendo em vista a reforma promovida pela Emenda Constitucional n. 45/2004 no artigo 103 da Constituição Federal.

2.2.3 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

Historicamente, as Constituições brasileiras foram marcadas pela previsão de uma série de normas que não condiziam com a realidade, isto é, carentes de força normativa, desprovidas de efetividade. Luís Roberto Barroso (2012, p. 276) cita como exemplos a promessa de isonomia existente na Constituição Imperial de 1824 (a do regime escravocrata) e a garantia a todos os trabalhadores do direito a férias e clínicas de repouso, inscrito na Constituição de 1969, medidas que nunca chegaram a se verificar na prática.

Identificando o que ficou conhecido como *síndrome da inefetividade das normas constitucionais*, o constituinte originário trouxe, pela primeira vez no direito brasileiro, a previsão de um remédio que garantisse a concretização dos direitos constitucionalmente estabelecidos.

Assim, no âmbito do controle concentrado, foi instituída a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que tem por objetivo a correção de uma falha no ordenamento, propondo uma discussão em tese acerca de eventual ausência de regulamentação de normas constitucionais de eficácia limitada, compreendidas como aquelas nas quais, “no momento em que a Constituição é promulgada, ou entra em vigor [...], não têm o condão de produzir todos os seus efeitos, precisando de uma lei integrativa infraconstitucional”. (LENZA, 2014, p. 254).

De fato, não há sentido em se falar de omissão legislativa com relação a normas de eficácia plena ou contida, visto que ambas são dotadas de aplicabilidade direta e imediata, podendo haver, no último exemplo, somente redução de sua abrangência por meio da edição de atos normativos infraconstitucionais.

Dessa forma, Dirley da Cunha Júnior (2010, p. 232), segundo Jorge Miranda, preleciona:

Em suma, são pressupostos da inconstitucionalidade por omissão: a) que a violação da Constituição decorra do não cumprimento de “certa e determinada” norma constitucional; b) que se trate de norma constitucional não exequível por si mesma (normas constitucionais de eficácia limitada), e c) que, na circunstância concreta da prática legislativa, faltem as medidas necessárias para tornar exequível aquela norma constitucional.

Difere do mandado de injunção, instrumento do controle difuso, na medida em que não tem por escopo a defesa de direitos subjetivos, isto é, não tenciona a proteção concreta de um direito constitucional, embora ambas procurem conferir efetividade a normas

constitucionais de eficácia limitada. Trata-se de ação em que a principal finalidade é a tutela objetiva da Constituição, uma vez que busca promover a efetividade de seus preceitos.

Cumpre ressaltar, entretanto, que o resultado prático dessa via ainda é muito tímido, tendo em vista que, consoante dispõe o art. 103, § 2º, da CF/88 c/c art. 12-H, da Lei n. 9.868/99, “declarada a constitucionalidade por omissão, [...] será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias”.

O Supremo Tribunal Federal, portanto, fica impedido de integrar a legislação, sob pena de afrontar o princípio da separação de poderes, limitando-se a comunicar o Poder competente para a adoção das medidas cabíveis e, no caso de órgão administrativos, para fazê-lo em trinta dias.

Outro ponto interessante diz respeito ao fato de que a Constituição Federal não estabeleceu prazo para que o legislador exerça a atividade integradora de suas normas de eficácia limitada, surgindo a questão acerca de quando estaria configurada a omissão constitucional.

É certo que se deve respeitar um prazo razoável após a edição da norma constitucional para que fique caracterizada a negligência do legislador. Dessa forma, não parece coerente a propositura de uma ADO decorridos somente dias após a publicação da norma constitucional.

A doutrina tem se posicionado no sentido de que a verificação do “prazo razoável” deve ser averiguada no caso concreto, levando em conta as peculiaridades do processo legislativo de cada ordenamento, bem como a urgência demandada pela norma constitucional. Nesse sentido, ensina Regina Maria Macedo Nery Ferrari (2011, p. 948):

Assim, depois de interpretar e medir o tempo decorrido, tendo concluído que o ato não só podia, como devia ter sido emitido, o órgão fiscalizador concluirá que a omissão representa uma violação do texto constitucional, caracterizando uma constitucionalidade.

Quanto ao tipo de omissão, dentre as classificações mais relevantes feitas pela doutrina, merece destaque a divisão entre omissão *parcial* e *total*.

No primeiro caso, a atuação do legislador não se mostra eficaz no sentido de conferir o máximo grau de eficácia à norma constitucional. Vale dizer, verifica-se a edição de atos normativos, os quais, contudo, não integram de forma adequada o dispositivo da Lei Fundamental. Divide-se em omissão parcial relativa e omissão parcial propriamente dita. Segundo o magistério de Luís Roberto Barroso (2012, p. 281, grifos do autor):

Na omissão *parcial propriamente dita*, a norma existe, mas não satisfaz plenamente o mandamento constitucional, por insuficiência ou deficiência de seu texto. [...] Por outro lado, a omissão será *relativa* quando um ato normativo outorgar a alguma categoria de pessoas determinado benefício, com exclusão de outra ou outras categorias que deveriam ter sido contempladas, em violação ao princípio da isonomia.

Como se observa, há efetivamente uma *ação* por parte do legislador, uma conduta positiva, razão pela qual surge a problemática da identificação, no caso concreto, acerca de qual instrumento seria adequado para impugnar a norma infraconstitucional, se ADI ou ADO.

A questão encontra-se atualmente pacificada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que passou a admitir a fungibilidade entre as duas vias, conforme trecho do voto a seguir transscrito do Ministro Gilmar Mendes, no julgamento das ADI's 875/DF, 1.987/DF e 2.727/DF:

O quadro aqui revelado, portanto, está a demonstrar uma clara imbricação de pedidos e causas de pedir e, dessa forma, a evidenciar a patente **fungibilidade que pode existir entre a ação direta de inconstitucionalidade e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão**. (STF, ADI 875; ADI 1.987; ADI 2.727, voto do Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 24.02.2010, Plenário, *DJE* de 30.04.2010).

Por sua vez, a omissão total configura-se quando o legislador queda-se inerte de forma absoluta, não havendo edição de lei alguma regulando uma norma constitucional de eficácia limitada. Nesse caso, não se pode falar em fungibilidade em relação à ADI, visto que não houve nenhuma manifestação positiva por parte do legislador.

Quanto ao rol de legitimados para propositura da ADO, verifica-se que são os mesmos da ADI genérica, com as mesmas peculiaridades descritas sobre pertinência temática. A Lei n. 12.063/2009, que introduziu o Capítulo II-A na Lei n. 9.868/1999, disciplinando o procedimento das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, confirmou esse entendimento no artigo 12-A, sendo matéria já pacificada na doutrina e na jurisprudência.

2.2.4 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

Confirmando o considerável crescimento da importância do controle concentrado após a Constituição de 1988, o constituinte estabeleceu, no artigo 102, § 1º, a previsão da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Não obstante o mandamento constitucional, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a ADPF só poderia ser proposta após a edição de lei regulamentadora. Nesse sentido,

destaca-se trecho da ementa do julgamento do Agravo Regimental em Petição n. 1.140, tendo por relator o Min. Sydney Sanches:

1. O § 1º do art. 102 da Constituição Federal de 1988 é bastante claro, ao dispor: "a argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei". 2. Vale dizer, enquanto não houver lei, estabelecendo a forma pela qual será apreciada a argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente da Constituição, o S.T.F. não pode apreciá-la. (STF, AgR na PET n. 1.140, rel. Min. Sydney Sanches, DJU de 31.05.1996, grifo acrescido).

Assim, a Lei n. 9.882/99, cerca de onze anos após a promulgação da Constituição Federal, regulamentou o processamento e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, possibilitando, a partir daí, o ajuizamento de ADPF.

A doutrina consente, de forma unânime, que a referida lei instituiu duas formas de processamento distintas para a ADPF, a saber: a arguição *autônoma* e a arguição *incidental*.

Tem-se, no primeiro caso, processo de natureza objetiva, previsto no *caput* do artigo 1º da lei em comento, instaurando uma discussão em tese acerca de determinado ato do Poder Público, tendo por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental.

Nas palavras de Luís Roberto Barroso (2012, p. 309), sobre as arguições autônomas:

Trata-se, inequivocamente, de uma ação, análoga às ações diretas já instituídas na Constituição, por via da qual se suscita a jurisdição constitucional abstrata e concentrada do Supremo Tribunal Federal. A legitimação é a mesma da ação direta de inconstitucionalidade, o parâmetro de controle é mais restrito – não é qualquer norma constitucional, mas apenas preceito fundamental – e o objeto do controle é mais amplo, pois não se limita aos atos normativos e estende-se aos três níveis de poder.

Cuida-se, pois, de ação que se aproxima das demais já apresentadas, possuindo expresso caráter de subsidiariedade, conferido pelo artigo 4º, § 1º, da Lei n. 9.882/99, o qual estabelece que a ADPF não será admitida quando houver outro meio eficaz de sanar a lesividade.

De outra forma, a arguição incidental, apontada pela doutrina no parágrafo único do art. 1º, faz nascer, na lição de Dirley da Cunha Júnior (2010, p. 284):

[...] um processo de natureza subjetivo-objetiva, no qual a argüição é proposta diretamente no Supremo Tribunal Federal, em razão de uma controvérsia constitucional relevante, em discussão perante qualquer juízo ou tribunal, sobre a aplicação de lei ou ato do poder público questionado em face de algum preceito fundamental.

Assim, essa modalidade de arguição demanda a pré-existência de um litígio concreto, sob apreciação do Poder Judiciário, em que há relevante controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo⁹, desde que, por óbvio, haja ameaça ou lesão a preceito fundamental e não exista outro meio eficaz de sanar a lesividade (caráter subsidiário). Há, dessa forma, no entendimento de Gilmar Mendes e Gonçalves Branco (2010, p. 1.653), “uma cisão funcional no plano vertical”, ou seja, o processo deverá ser suspenso na instância ordinária, com remessa da questão prejudicial à Corte Constitucional.

Ressalte-se, por fim, que a arguição de descumprimento de preceito fundamental poderá ser invocada para discutir a recepção de atos normativos pré-constitucionais, o que é vedado para as demais ações estudadas. Isso significa, por exemplo, que a ADPF é instrumento adequado para verificação de compatibilidade de uma lei editada na década de 1970 com os preceitos estabelecidos na Constituição de 1988¹⁰. Vale dizer, não se trata de juízo de (in)constitucionalidade, mas sim de recepção da norma editada na vigência de uma ordem constitucional anterior com relação à nova Constituição.

Ademais, o rol de autorizados para propositura da ADPF, em que pesce intensa discussão doutrinária e jurisprudencial travada sobre o tema¹¹, será o mesmo das demais ações do controle concentrado.

2.3 Decisão Definitiva

Finalmente, para uma melhor compreensão acerca das especificidades das medidas liminares em sede de controle concentrado de constitucionalidade, faz-se necessário elucidar os atributos gerais dos efeitos da decisão definitiva.

Conforme salientado, as ações estudadas instauram um processo de natureza essencialmente objetiva, as quais possuem como finalidade precípua a guarda e unidade da Constituição, isto é, a preservação e afirmação da supremacia constitucional.

Assim, não se pode falar tampouco na existência de “partes”, segundo as regras do Código de Processo Civil, nem no exercício do contraditório, visto que típicas de um

⁹ Nesse ponto, BARROSO (2012, p. 310) enfatiza a distinção para a outra espécie de arguição, isto é, na modalidade incidental, estaremos diante necessariamente de lei ou ato normativo, em vez de qualquer ato do Poder Público, como se dá na hipótese de arguição autônoma.

¹⁰ Frisamos a possibilidade de análise da recepção de norma editada após a promulgação da Constituição de 1988. Nesse caso, analisar-se-á a compatibilidade entre o ato normativo e uma emenda constitucional posterior à sua edição, visto que não se admite no direito brasileiro a existência do fenômeno da “inconstitucionalidade superveniente”.

¹¹ Cf. BARROSO, 2012, p. 310-11.

processo eminentemente subjetivo. Conforme visto adiante, tais distinções possuem reflexos nítidos no teor da decisão definitiva e em seus respectivos efeitos.

Inicialmente, destaca-se que as decisões em ações diretas serão tomadas mediante manifestação de, no mínimo, seis Ministros, observado o quórum de instalação da sessão, que corresponde a 2/3 da composição da Casa, ou seja, oito Ministros. É o que preconiza os artigos 22 e 23 da Lei n. 9.868/99, *in verbis*:

Art. 22. A decisão sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo somente será tomada se presentes na sessão pelo menos oito Ministros.

Art. 23. Efetuado o julgamento, proclamar-se-á a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da disposição ou da norma impugnada se num ou outro sentido se tiverem manifestado pelo menos seis Ministros, quer se trate de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade.

Com relação à ADO¹² e à ADPF¹³, há mandamento legislativo no mesmo sentido, isto é, impondo a observância do quórum de seis Ministros para decisão, desde que presentes 2/3 da composição do Tribunal na sessão de julgamento.

Constata-se, nesse ponto, o respeito à cláusula de reserva de Plenário, insculpida no artigo 97 da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 97 - Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Quanto aos efeitos, acentuamos o teor do parágrafo segundo do artigo 102 da Constituição Federal de 1988¹⁴:

Art. 102 - Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

[...]

§ 2º - As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

¹² Cf. Art. 12-H, Lei n. 9.868/99.

¹³ Cf. Art. 8º, Lei n. 9.882/99.

¹⁴ Nesse sentido, dispõe o art. 28, § único, da Lei n. 9.868/99, *in verbis*: “A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.”

Trata-se, portanto, de dois importantes atributos das decisões finais proferidas em ações diretas, quais sejam, os efeitos *erga omnes* e vinculante.

O primeiro, como decorrência lógica de um processo objetivo, traduz a ideia de um resultado que atingirá todos, e não só aqueles legitimados à propositura da ação ou os órgãos responsáveis pela edição da norma. A discussão, ressalte-se, dá-se em tese, de forma abstrata, razão pela qual irá repercutir também de maneira geral.

O efeito vinculante merece atenção especial, visto que pode gerar equívocos se analisado apressadamente. A redação do dispositivo constitucional foi patente ao estabelecer que os efeitos da decisão obrigarão os “demais órgãos do Poder Judiciário”. Isso significa que, no julgamento de improcedência de ADI, em que, consequentemente, é afirmada a constitucionalidade da norma, o Plenário do Supremo Tribunal Federal não fica vinculado, podendo, eventualmente, rever seu posicionamento em ações posteriores.

Outrossim, o Poder Legislativo, exercendo sua função típica de legislar, não fica vinculado à decisão exarada nas ações diretas. Vale ressaltar o trecho da ementa de julgamento da Reclamação 2.617, relatada pelo Ministro Cesar Peluso:

A eficácia geral e o efeito vinculante de decisão, proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, só atingem os demais órgãos do Poder Judiciário e todos os do Poder Executivo, não alcançando o legislador, que pode editar nova lei com idêntico conteúdo normativo, sem ofender a autoridade daquela decisão. (STF, Rcl. 2.617/MG, rel. Min. Cesar Peluso, DJ de 25.06.2004).

A restrição busca evitar o “inconcebível fenômeno da fossilização da Constituição”¹⁵, de modo que é plenamente viável que projeto de lei disponha sobre tema já discutido em sede de ADI, por exemplo.

Em regra, a decisão definitiva possui efeitos *ex tunc*, isto é, retroage à data de edição da norma. Diz-se “em regra”, pois há possibilidade de modulação de efeitos, nos termos do artigo 27 da Lei n. 9.868/99¹⁶:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

¹⁵ Cf. Informativo 386/STF.

¹⁶ O artigo 11 da Lei n. 9.882/99 prevê a mesma possibilidade no âmbito da arguição de descumprimento de preceito fundamental, razão pela qual as considerações tomadas quanto à modulação de efeitos também se aplicam para o rito da ADPF.

Logo, verificam-se três requisitos para a modulação de efeitos da decisão definitiva realizada pelo STF, a saber: declaração de *inconstitucionalidade*; casos em que haja *excepcional interesse social* ou tendo em vista *razões de segurança jurídica*; e manifestação de 2/3 dos membros do Supremo Tribunal Federal.

Frisamos que, observados os três requisitos, tanto poderá haver modulação temporal de efeitos, como restrição da decisão a determinados indivíduos, hipótese em que o efeito deixará de ser *erga omnes* em nome da segurança jurídica.

Frise-se, por fim, a natureza dúplice ou ambivalente das ADI's e ADC's, consagrada expressamente no artigo 24 da Lei n. 9.868/99, que assim dispõe:

Art. 24. Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória.

Isso significa que os efeitos de uma procedência em sede de ADI são os mesmos de uma eventual improcedência em âmbito de ADC. Vale dizer, um ato normativo pode ser declarado inconstitucional mediante a procedência de uma ação direta de constitucionalidade, o que corresponde a julgamento de improcedência de uma ação declaratória de constitucionalidade. No entanto, conforme será abordado em momento oportuno, as medidas liminares não seguem a regra em comento.

3 DAS MEDIDAS CAUTELARES

Feita uma exposição geral das ações que compõem o controle concentrado de constitucionalidade, faz-se necessário, nesse ponto, uma breve introdução ao estudo das medidas cautelares, sendo apresentadas suas principais características e requisitos.

Interessa destacar, nesse ponto, a confusão terminológica entre as expressões “medida liminar” e “medida cautelar”. A primeira representa provimento jurisdicional precário, provisório, em que há uma postergação do contraditório, podendo ser deferida *inaudita altera pars*, sempre que a oitiva do réu possa tornar a sua execução inócula” (VIANA, 2014, p. 50). A segunda, menos abrangente, refere-se ao tipo de medida que se presta a assegurar o resultado útil de um processo principal¹⁷.

Na precisa dicção do professor Juvêncio Viana (2014, p. 48):

As medidas liminares são providências típicas (ao menos da maioria) dos procedimentos cautelares, mas – vale lembrar – não somente desses.

Convém recordar que nem todas as medidas liminares que temos no sistema têm natureza cautelar.

[...]

A medida liminar é apenas um caminho à obtenção da medida cautelar, uma técnica inicial de alcance da providência objeto do processo cautelar.

Em síntese, a medida cautelar se vale da técnica de cognição sumária, intimamente ligada ao conceito de medida liminar, para alcançar seu escopo principal. No entanto, poderão existir medidas liminares sem natureza acutelatória.

Surge então outra questão: teriam as medidas liminares das ações diretas natureza cautelar? Ou estaríamos diante de antecipações de tutela? Enfrentando esse questionamento, afirmando que a medida liminar nas ações do controle concentrado aproxima-se muito mais de uma verdadeira antecipação de tutela, ensina Bruno Pinheiro (2009, p. 200, grifo do autor):

Temos, pois, verdadeira antecipação de tutela, uma vez que a decisão *-cautelar, sic* – antecipa os efeitos materiais da sentença, pois suspende a eficácia do preceito objeto da ação até o provimento definitivo. Antecipação de tutela (*tutela antecipada*), essa é sua verdadeira natureza jurídica.

Ousamos discordar, *data venia*, do entendimento acima exposto. É certo que o provimento cautelar em sede de ações diretas pode antecipar os efeitos materiais da sentença

¹⁷ Esse posicionamento da doutrina clássica é rebatido por uma visão mais moderna, defendida por Ovídio Baptista da Silva, que considera a tutela cautelar como medida destinada a assegurar o próprio direito material, e não simplesmente o processo. Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2011, v. 4, p. 25 *et seq.*).

de mérito, isto é, provocar a suspensão da norma impugnada, o que a aproxima de uma antecipação de tutela. Nesse esteio, sobre as medidas liminares em ADO, Hely Lopes Meirelles, Arnoldo Wald e Gilmar Mendes (2103, p. 537) ensinam que “em alguns casos é provável que a medida cautelar acabe por adquirir o significado especial de uma tutela antecipada em relação à decisão de mérito”.

No entanto, impede ressaltar que as liminares possuem aptidão, ainda, de paralisar os processos em trâmite no controle difuso que discutam a aplicação da norma impugnada, adquirindo nítido caráter cautelar. Nesse sentido, a medida cautelar em sede de ADC, consoante art. 21, *caput*, da Lei n. 9.868/99, consiste “na determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo”, denotando a natureza essencialmente cautelar dessas medidas. Conteúdo similar é previsto em relação à ADO e à ADPF.

A verdade é que a distinção entre os dois tipos de provimentos (tutela antecipada e medida cautelar) já vem se mostrando ultrapassada, dada a proposta de unificação de regimes no novo CPC, razão pela qual a busca pela identificação correta de qual instituto se aplica afigura-se inócua. Em síntese, a posição aqui defendida é a de que tais provimentos possuem natureza acautelatória em sentido amplo, ora se aproximando de uma antecipação de tutela, dada a forte carga satisfativa, ora possuindo contornos nitidamente cautelares.

Ademais, ressaltamos que, para os fins desse trabalho, dada a utilização indiscriminada tanto pelo legislador, quanto pela jurisprudência, utilizaremos as expressões “medida cautelar” e “medida liminar” como sinônimas.

3.1 Medidas cautelares e efetividade do processo

O processo, enquanto instrumento complexo, dotado de uma série de atos, projeta-se no tempo, surgindo daí a discussão em torno da efetividade em prol de seu objetivo precípua, qual seja, a realização da Jurisdição.

Com efeito, o devido processo legal pressupõe o respeito às garantias processuais do contraditório e da ampla defesa, as quais, somadas à necessidade de produção de provas no decorrer do processo, podem resultar numa demanda morosa, dificultando ou tornando inócua, em alguns casos, a atividade jurisdicional.

Nesse contexto, impende destacar os ensinamentos do professor Juvêncio Vasconcelos Viana (2014, p. 12):

Nesse intuito, a ordem jurídica busca fixar algumas possíveis soluções para os problemas que os efeitos lesivos do tempo poderiam trazer para o processo ou, mais especificamente, para seus resultados.

Exatamente em meio a essas previsões legais, que visam combater aqueles efeitos lesivos do tempo sobre o processo, é que encontramos a tutela cautelar (Livro III do CPC).

Buscou-se, dessa forma, atenuar os prejuízos causados pelos efeitos da dilação temporal das demandas, que poderiam aniquilar o próprio direito material, mediante a realização de medidas que visassem assegurar o resultado útil do processo ou a satisfação antecipada do direito material em si.¹⁸

Nesse sentido, conclui GRINOVER (2010, p. 345) que “a garantia cautelar surge, como que posta a serviço da ulterior atividade jurisdicional, que deverá restabelecer, definitivamente, a observância do direito: é destinada não tanto a fazer justiça, como a dar tempo a que a justiça seja feita.”

É certo que tais medidas podem representar um “risco”, tendo em vista que a decisão poderá não ser tão qualificada quanto aquela que é tomada seguindo a rigor o procedimento ordinário.

Por outro lado, “de nada adianta assegurar o acesso a jurisdição e ao mesmo tempo não garantir que o processo que se deflagrasse não fosse útil e eficaz. A tutela cautelar, assim, é (sempre foi) modalidade de tutela jurisdicional com “base” constitucional.” (VIANA, 2014, p. 16-7). A referida “base constitucional” é patente na redação do art. 5º, inc. XXXV, o qual estabelece que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário nem mesmo “ameaça a direito”.

Destarte, a tutela de urgência se faz necessária no atual contexto de alta submissão de questões ao Judiciário, diminuindo, na medida do possível, os danos causados pela demora na entrega da prestação jurisdicional, devendo respeitar, entretanto, a existência de determinados requisitos, examinados nos itens seguintes.

¹⁸ O professor Juvêncio Vasconcelos Viana (2014) já indica a orientação moderna de aproximação das duas modalidades de tutela de urgência (cautelar e antecipação de tutela), investindo em suas semelhanças ao invés de traçar os pontos de distinção. Essa tendência parece ser a mais correta, sendo apontada pelo projeto do novo CPC, que procura elaborar um regime jurídico unificado entre ambas. Atualmente, a técnica da fungibilidade entre as duas medidas já é amplamente aceita na jurisprudência, não só nos termos do art. 273, § 7º, do CPC, mas também no sentido inverso, o que corrobora a referida tendência de unificação dos regimes.

3.2 “Fumus Boni Iuris”

O *fumus boni iuris*, ou simplesmente fumaça do bom direito, é a verossimilhança das alegações do requerente, ou seja, é a probabilidade ou plausibilidade do direito alegado. Isso significa que o juiz deverá se convencer de que há grandes chances de a tutela do direito, ao final da demanda, ser concedida ao beneficiado da medida liminar.

É o que a lei processual chama de “exposição sumária do direito ameaçado”, a qual “deve ser entendida como a suficiência [...] de que o magistrado convença-se *sumariamente* da existência do direito e das consequências jurídicas pretendidas pelo autor para a concessão da tutela jurisdicional.” (BUENO, 2013, p. 204, grifo do autor).

Dessa forma, o magistrado, “ao formar convicção de verossimilhança, funda-se em uma cognição sumária, que é uma cognição menos aprofundada em sentido vertical, constituindo uma etapa do caminho do magistrado rumo à cognição exauriente da matéria fática envolvida no litígio.” (MARINONI; ARENHART, 2011, p. 31).

Há de se ressalvar, no entanto, a possibilidade de a tutela de urgência não ser confirmada na sentença de mérito, o que acabaria por gerar prejuízos indevidos à outra parte. Ora, se não há composição plena do contraditório, não há como o juiz formar uma convicção *exauriente* dos fatos e exarar provimento inteiramente correto em todos os casos. Em outras palavras, os procedimentos cautelares:

[...] representam uma conciliação entre duas exigências geralmente contrastantes na Justiça, ou seja, a da celeridade e a da ponderação; entre fazer logo porém mal e fazer bem mas tarde, os provimentos cautelares visam sobretudo a fazer logo, deixando que o problema do bem e do mal, isto é, da justiça intrínseca do provimento, seja resolvido mais tarde, com a necessária ponderação, nas sossegadas formas do processo ordinário. (CALAMANDREI, 1936, p. 20 *apud* DINAMARCO, 2013, p. 307).

É exatamente pela existência de *riscos* que o juiz deverá atuar sempre pautado no equilíbrio, podendo se valer de “travas de segurança”¹⁹, ou seja, medidas que permitem o retorno ao *status quo ante* de forma menos prejudicial, a exemplo do emprego de cauções.

¹⁹ Na dicção do professor Juvêncio Vasconcelos Viana.

3.3 “Periculum in Mora”

Cumulativamente ao *fumus boni iuris* deverá figurar o *periculum in mora* ou perigo da demora²⁰.

Cuida-se de estado de urgência que reclama uma medida imediata a fim de que não haja sério prejuízo à parte requerente ou de que o processo não perca seu objeto, isto é, “o perigo de dano se liga à inefetividade ou à inutilidade da tutela do direito almejada” (MARINONI; ARENHART, 2011, p. 30).

Pode-se afirmar que é requisito intrínseco à própria ideia de medida cautelar, vale dizer, é o fundamento principal para o deferimento das medidas acautelatórias, sem o qual estas não se justificariam.

Convém frisar, nesse ponto, a reserva feita por Ada Pellegrini Grinover (2010, p. 347, grifos da autora):

Por outro lado, para antecipar tutela nem sempre é necessária uma situação de urgência (*periculum in mora* – art. 273, § 1º): as antecipações devem também ser concedidas em repressão a atos de retardamento processual praticados pelo réu (art. 273, inc. II) ou quando houver *incontrovérsia* a respeito de parte dos fatos relevantes para decidir a causa (art. 273, § 6º).

Em suma, o *periculum in mora* seria “a compreensão de que, em alguns casos, impõe-se a pronta atuação do Estado-juiz para evitar que o *tempo* inerente à prestação da tutela jurisdicional seja obstáculo à fruição plena do direito que se afirma na iminência de ser lesionado.”. (BUENO, 2013, p. 204, grifo do autor).

3.4 Poder Geral de Cautela

Concluindo a apresentação do panorama geral das tutelas de urgência, impende destacar o chamado *poder geral de cautela*.²¹

²⁰ MARINONI e ARENHART (2011, p. 30) distinguem o perigo da demora do “perigo do dano”. Na concepção dos autores, o “perigo de dano faz surgir o perigo na demora do processo, existindo, aí, uma relação de causa e efeito.”. Para este trabalho, no entanto, não se fará essa diferenciação, sendo adotada a nomenclatura clássica consagrada pela doutrina.

²¹ BUENO (2013, p. 181 *et seq.*) considera a existência de um verdadeiro “dever-poder geral de cautela”. Conforme aduz o renomado autor, há um dever, na medida em que a atuação do magistrado é impositiva, isto é, não há margem de discricionariedade na tutela das situações a ele apresentadas. Possui o juiz, portanto, dever funcional de adotar as medidas necessárias à proteção do direito material objeto da lide.

O atual Código de Processo Civil, como se sabe, prevê uma série de medidas cautelares específicas, destinadas à tutela de situações definidas que podem ocorrer no mundo fático. A título de exemplo, citamos o arresto, o sequestro e a busca e apreensão.

Ocorre que o legislador não previu (nem conseguiria prever) todas as infinidades de situações que ocorrem no mundo concreto, surgindo daí diversos cenários em que o direito material ameaçado não poderia ser protegido mediante o uso das medidas cautelares descritas na Lei Processual.

Por essa razão, há muito se falava na necessidade de um *potere cautelare generale*²². No Brasil, em que pese a existência de tímida previsão no Código de Processo Civil de 1939, o instituto ganhou força com o advento do vigente CPC, essencialmente em seu art. 798.

Dessa forma, conforme preleciona o referido dispositivo, o juiz está expressamente autorizado à utilização de medidas cautelares inominadas, ou seja, que não se encontram expressas na Lei Processual, de acordo com as peculiaridades do caso concreto.

Mas o poder geral de cautela não se resume à essa possibilidade. Com efeito, o juiz poderá (deverá) atuar sem provocação, sempre que identificar a possibilidade de ameaça ao direito, dando ampla efetividade ao preceito contido no art. 5º, inc. XXXV, da CF/88.

O poder geral de cautela, destarte, implica que o magistrado poderá operar *ex officio*, quando a atuação se der no seio de uma ação já instaurada, adotando, inclusive, medidas que não estão expressamente previstas no CPC, sempre que estas não se mostrarem aptas a tutelar o direito material no caso concreto. Daí a noção de *subsidiariedade*, precisamente observada por Juvêncio Vasconcelos Viana (2014, p. 23).

Ressalte-se que o instituto em comento deverá respeitar os requisitos já apontados para as demais medidas cautelares, isto é, *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, além de esbarrar nos limites da necessidade, provisoriação, proporcionalidade e não satisfatividade.

Em síntese, tais limites obrigam que o poder geral de cautela seja exercido somente quando *necessário* à proteção do direito ameaçado, de forma equilibrada e *proporcional* à consecução de seus fins e de maneira *provisória* e *não satisfativa*, isto é, temporariamente, até que um provimento final seja exarado.

²² BUENO (2013, p. 182) traz a preocupação manifestada por Piero Calamandrei, que lamentava a inexistência, no direito italiano, de previsão legislativa que autorizasse o magistrado a expedir medidas com melhor correspondência às exigências do caso concreto. Comungando com a apreensão de Calamandrei, Chiovenda e Carnelutti se dedicaram a introduzir no direito italiano um poder geral de cautela, o que só viria a ocorrer com o advento do Código de Processo Civil de 1942, posteriormente à consagração do instituto no Código de Processo Civil de Portugal de 1939.

4 MEDIDAS CAUTELARES NAS AÇÕES DO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

Conforme estudado, a adoção de medidas cautelares tem o objetivo de atenuar os maléficos efeitos que a demora na entrega da prestação jurisdicional pode causar ao próprio direito material.

Nesse contexto, no “que diz respeito ao controle de constitucionalidade dos atos normativos, as medidas cautelares visam a impedir/sustar, até que haja o julgamento de mérito pelo órgão competente, os efeitos de leis com fundadas suspeitas de inconstitucionalidade.” (MEIRELLES; WALD; MENDES, 2013, p. 420).

No direito brasileiro, a possibilidade de provimentos cautelares em sede de controle concentrado de constitucionalidade possui sua origem na Lei n. 2.271, de 1954, que autorizava a aplicação do rito do mandado de segurança às representações interventivas.

Embora de forma não unânime, na Representação n. 933-RJ, de 1975, o Supremo Tribunal Federal deferiu pedido de medida cautelar requerido pelo Procurador-Geral da República, o qual fundamentou seu requerimento nos seguintes termos: “Tendo em vista a faculdade contida no artigo 175, combinado com o art. 22, inciso IV, do Regimento Interno, [...] o representante requer, **para garantir a eficácia da ulterior decisão da causa**, que seja suspensa a execução dos artigos que são objetos da presente representação” (RTJ 76: 343, grifo acrescido).

A seu turno, a Emenda n. 7, de 1977, acrescentou à competência originária do STF o julgamento do pedido de cautelar nas representações de inconstitucionalidade, pacificando, a partir daí, sua utilização.

Corroborando o avanço legislativo, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu, no art. 102, I, “p”, *in verbis*:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
I – processar e julgar, originariamente:
 [...]
 p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;

Desta feita, conforme assinalam Gilmar Mendes e André Vale (2012, p. 5), “a sistemática consagrada pelo direito brasileiro não suscita, do prisma formal, maiores obstáculos, pois eventuais providências cautelares encontram fundamento direto e imediato no próprio texto constitucional.”

Não obstante o cabimento pacífico das medidas cautelares, alguns temas merecem análise específica, visto que diversos aspectos procedimentais têm gerado intensos debates em sede doutrinária e jurisprudencial.

Destacam-se, nesse momento, traços comuns das medidas liminares identificados nas quatro ações estudadas, sendo feitas as devidas ressalvas em momento oportuno.

Primeiramente, de maneira geral, são exigidos os já abordados *periculum in mora* e *fumus boni iuris*. Vale dizer, deve-se demonstrar a plausibilidade das alegações, ou seja, a verossimilhança dos argumentos empregados. Em suma, a alta probabilidade de que o julgamento de mérito venha a ser favorável. Concomitantemente, deve ficar demonstrado o perigo que a demora no julgamento de mérito poderá ocasionar, a exemplo da instauração de um quadro de insegurança jurídica.

Em segundo lugar, como regra geral, a concessão da liminar terá efeito *erga omnes* e vinculante²³, cabendo o instrumento da reclamação constitucional contra eventuais casos de descumprimento da ordem emanada pelo STF. Ademais, dada a natureza das ações do controle concentrado, mostram-se pertinentes as considerações sobre os efeitos já expostas no tópico destinado ao estudo das decisões definitivas.

A novidade, nesse momento, consiste na regra (não absoluta) de que os efeitos serão prospectivos, isto é, *ex nunc*, diferentemente do que ocorre no âmbito das decisões definitivas, as quais possuem efeitos retroativos. Diz-se “não absoluta”, pois o art. 11, § 1º, da Lei n. 9.868/99 é patente ao dispor que a cautelar será concedida com efeito *ex nunc*, “salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa.”²⁴

Finalmente, frisamos que as medidas cautelares serão decididas após manifestação da maioria absoluta dos Ministros do STF, desde que presentes pelo menos 2/3 da composição da Casa. “A submissão à reserva de plenário tanto da decisão de mérito quanto da decisão cautelar baseia-se no fato de que ambas produzem efeitos diretos sobre a vigência das normas.” (MENDES; VALE, 2012, p. 6).

²³ “Vê-se, pois, que a decisão concessiva de cautelar em ação direta de inconstitucionalidade é também dotada de efeito vinculante. A concessão da liminar acarreta a necessidade de suspensão dos julgamentos que envolvem a aplicação ou desaplicação da lei cuja vigência restou suspensa”. (STF, MC na Rcl 2.256-1, rel. Min. Gilmar Mendes, DJU de 22 de abril de 2003).

²⁴ Sobre os efeitos no tempo da concessão de provimentos cautelares, relata o Min. Celso de Mello: “A medida cautelar, em ação direta de inconstitucionalidade, reveste-se, ordinariamente, de eficácia *ex nunc*, operando, portanto, a partir do momento em que o Supremo Tribunal Federal a defere. Excepcionalmente, no entanto, a medida cautelar poderá projetar-se com eficácia *ex tunc*, com repercussão sobre situações pretéritas. [...] A ausência de determinação expressa importa em outorga de eficácia *ex nunc* à suspensão cautelar de aplicabilidade da norma estatal impugnada em ação direta. (STF, RTJ, 164:506, 1998, ADInMC 1.434-SP, rel. Min. Celso de Mello).

Impende ressaltar, todavia, que a regra da reserva de plenário para decidir sobre medida cautelar esbarra em algumas exceções, abordadas oportunamente.

4.1 Medidas Cautelares em Ação Direta de Inconstitucionalidade

A ação direta de inconstitucionalidade, por ser o mais antigo instrumento do controle concentrado e, consequentemente, por ter o maior volume de ajuizamento perante o STF, possui rica jurisprudência em se tratando de medidas cautelares concedidas em seu âmbito.

Com efeito, conforme será visto, as principais peculiaridades que circundam as cautelares no controle concentrado foram enfrentadas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de ADI, o que não retira a importância do estudo das demais ações.

Inicialmente, deve-se ter em vista o que é almejado na ação estudada, isto é, qual o pedido principal da ação. A partir daí, será possível compreender o teor do pedido liminar.

Nessa linha, conforme esposado, a ação direta de inconstitucionalidade objetiva a retirada do ordenamento jurídico de atos normativos incompatíveis com os dispositivos constitucionais. Dessa forma, o pedido de cautelar consistirá na suspensão da norma impugnada até o julgamento de mérito, podendo ser requerida, ainda, a suspensão dos processos em trâmite no controle difuso nos quais o ato normativo impugnado seja objeto de discussão. Busca-se, nesse caso, evitar não só a provável enxurrada de demandas judiciais que poderiam surgir após o pronunciamento definitivo do Supremo Tribunal Federal, mas também a formação da chamada “coisa julgada inconstitucional”.

Sobre a importância desses provimentos, anota BARROSO (2012, p. 217):

Na prática, contudo, devido ao congestionamento da pauta do Supremo Tribunal Federal, a suspensão liminar da eficácia da norma impugnada adquire maior significação: seu indeferimento remete a apreciação da matéria para um futuro, que pode ser incerto; e seu deferimento, embora provisório por natureza, ganha, muitas vezes, contornos definitivos, pela prolongada vigência da medida liminar.

Como se vê, os provimentos cautelares têm tido cada vez mais relevância no âmbito do controle concentrado, visto que estes, além de repercutirem numa infinidade de relações jurídicas, têm adquirido vigência cada vez mais prolongada.

No que diz respeito aos requisitos para concessão das medidas, além dos apontamentos já feitos genericamente, impende destacar o que a jurisprudência do STF batizou de (critério da) *conveniência*.

É que, em certos casos, a demonstração do requisito do *periculum in mora* resta prejudicada, uma vez que o ato normativo impugnado já está em vigor há bastante tempo. Nessa hipótese, a demonstração de que a demora no julgamento de mérito poderia causar danos irreparáveis se torna improvável, tendo em vista que a norma vem produzindo regularmente seus efeitos ao longo dos anos.

Desta feita, o Supremo Tribunal Federal posicionou-se no sentido de que, na ocorrência da situação acima descrita, é possível utilizar-se do critério da conveniência em substituição ao requisito do *periculum in mora*. Dada a sua importância, transcrevemos trecho da ementa de julgamento da medida cautelar na ADI n. 2.314, relatada pelo Min. Moreira Alves:

Dada a relevância jurídica dessas questões, que envolvem o alcance do Poder Constituinte Decorrente que é atribuído aos Estados, é possível, como se entendeu em precedentes desta Corte, utilizar-se do critério da conveniência, em lugar do *periculum in mora*, para a concessão de medida liminar, ainda quando o dispositivo impugnado já esteja em vigor há anos. (STF, ADI 2.314/RJ, rel. Min. Moreira Alves, *DJ* de 08.06.2001).

Ainda sobre a concessão dos provimentos cautelares em ADI, algumas considerações sobre a cláusula de reserva de plenário merecem destaque.

Inicialmente, veja-se os exatos termos do art. 10, *caput*, da Lei n. 9.868/99:

Art. 10. Salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, observado o disposto no art. 22, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias.

Como se observa, o próprio dispositivo prevê uma exceção para a regra de votação em Plenário dos provimentos cautelares, qual seja, “no período de recesso”. Nesse caso, a medida cautelar será apreciada pelo Presidente do STF, devendo ser levada a referendo do Tribunal Pleno tão logo termine o recesso da Corte.

Embora a lei não mencione expressamente os casos de férias forenses, prevalece o entendimento de que o procedimento será o mesmo do período de recesso. Isso porque:

A palavra “recesso” foi empregada na Lei 9.868/1999 (art. 10, *caput*) com sentido amplo, abarcando tanto o recesso propriamente dito como as férias forenses. Ademais, é preciso reconhecer que a distinção entre o recesso e as férias é realizada no Regimento Interno do STF para fins administrativos internos (art. 78 do Regimento Interno do STF). (MEIRELLES; WALD; MENDES, 2013, p. 460).

É preciso sublinhar, ainda, a possibilidade de uso da analogia em relação ao art. 5º, § 1º, da Lei n. 9.882/99, que regula o procedimento da ADPF. Segundo esse dispositivo legal, em “caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar, ad referendum do Tribunal Pleno”.

Não obstante, é preciso reconhecer que tais casos serão excepcionalíssimos, pois a própria Lei 9.868/99 prevê mecanismo para se evitar perecimento de direito e assegurar o futuro pronunciamento definitivo do Tribunal, que é a possibilidade de concessão da medida liminar com efeitos *ex tunc*, suspendendo-se a vigência da norma questionada desde a sua publicação. Portanto, o sistema definido pela Lei 9.868/99 para a concessão de medidas cautelares deixa pouco espaço para a ocorrência de casos em que seja necessária uma decisão monocrática fora dos períodos de recesso e de férias. (MEIRELLES; WALD; MENDES, 2013, p. 461).

Desta feita, em situações extremamente iminentes, será admitida a decisão monocrática *ad referendum* em sede de ações diretas de constitucionalidade, em legítimo exercício do poder geral de acautelamento. A título de exemplo, destacam-se as medidas cautelares concedidas monocraticamente pela Ministra Cármem Lúcia, na ADI 4.307, e pelo Ministro Celso de Mello, na ADI 4.190, posteriormente referendadas pelo Tribunal Pleno.

Registre-se, por fim, o levantamento realizado por Gilmar Mendes e André Vale (2012, p. 11 *et seq.*), no sentido de que a maioria das decisões cautelares monocráticas concedidas até então²⁵ eram totalmente dispensáveis:

[...] seja em virtude da proximidade da realização da Sessão Plenária, do longo tempo de vigência da norma impugnada, seja em razão da sempre possível modulação dos efeitos da medida liminar”, [...] o que demonstra a necessidade de regras regimentais mais claras e incisivas e incisivas sobre o tema.

Outro tema de grande relevância envolvendo a concessão de provimentos cautelares é a possibilidade de conversão do julgamento de medida cautelar em julgamento de mérito.

Essa permissividade foi construída pela jurisprudência do STF, sendo iniciada após intensos debates acerca da concessão de medida liminar na ADI 4.638, em que se discutia a respeito dos poderes correcional e disciplinar do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Após três Sessões Plenárias seguidas os Ministros chegaram à conclusão de que já havia sido ultrapassada a fase de cognição sumária, sendo possível proferir decisão definitiva.

²⁵ A última decisão monocrática analisada pelos autores deu-se em 19 de dezembro de 2011, proferida pelo Ministro Joaquim Barbosa na ADI 4.705, referendada na Sessão Plenária de 23 de fevereiro de 2012.

Em outras palavras:

A extensão e a profundidade dos votos proferidos e dos debates ocorridos nas três Sessões deixaram patente tratar-se praticamente de julgamento de cognição exauriente sobre o mérito das questões constitucionais suscitadas na ação. Ao final das longas horas de deliberação, a sensação de todos era a de que o futuro julgamento definitivo de mérito pouco poderia acrescentar aos entendimentos ali assentados. (MEIRELLES; WALD; MENDES, 2013, p. 462).

Em que pese não ter ocorrido a conversão do julgamento cautelar em definitivo de mérito no caso em comento, pouco tempo depois o STF se viu em situação similar, dessa vez no seio da ADI 4.163, na qual se discutia a questão dos convênios firmados pela Defensoria Pública para prestação adequada da assistência judiciária gratuita.

Dessa vez, constatando a farta instrução que o julgamento da providência cautelar havia produzido, decidiu o Tribunal, avançando em sua jurisprudência, pela conversão do julgamento da medida cautelar em definitivo de mérito.

Para encerrar o estudo das medidas cautelares em sede de ações diretas de inconstitucionalidade, duas considerações merecem relevo.

Em primeiro lugar, a existência do *efeito repristinatório*, previsto no art. 11, § 2º, da Lei n. 9.868/99, *in verbis*: “A concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário.”. Isso significa que, suspensa a norma impugnada liminarmente, a legislação anterior, revogada pela lei impugnada, voltará a produzir seus efeitos.

A esse respeito, preleciona BARROSO (2012, p. 220) que o “restabelecimento da vigência e eficácia da norma preexistente afetada pelo ato reconhecido como inconstitucional decorre da regra geral elementar de que, salvo situações excepcionais, atos inválidos não devem produzir efeitos válidos.”.

Com efeito, se um ato normativo é considerado inválido, ele sequer possui aptidão de revogar a legislação vigente à época de sua edição, razão pela qual ela voltará a produzir efeitos.

Ressalte-se, por oportuno, a existência do chamado *efeito repristinatório indesejado*, consistente na hipótese de a legislação anterior também se afigurar inconstitucional, sendo inviável que volte a produzir efeitos. Nesse caso, deve haver pedido

expresso para que se analise a (in)constitucionalidade da legislação anterior, sob pena de não conhecimento da ADI.²⁶

Por último, impende frisar as implicações do indeferimento da medida cautelar. Já foi dito que a concessão do provimento liminar possui efeito vinculante, cabendo o uso da reclamação constitucional para garantir a autoridade da decisão do Supremo.

Ocorre que o STF, modificando entendimento anterior, definiu que o indeferimento da medida cautelar não significaria a confirmação da constitucionalidade da lei com efeito vinculante. Vale dizer, não há, nessa hipótese, o caráter dúplice ou ambivalente típico das decisões definitivas. “Nesse sentido, se algum juiz em sede de controle difuso afastar a aplicação da lei, declarando-a inconstitucional de modo incidental, contra essa decisão não caberá reclamação.”²⁷ (LENZA, 2014, p. 402).

4.2 Medidas Cautelares em Ação Declaratória de Constitucionalidade

Diferentemente do que ocorre no âmbito das ações diretas de inconstitucionalidade, não há previsão constitucional para o deferimento de medidas cautelares em sede de ações declaratórias de constitucionalidade.

Não obstante, a aplicação das referidas medidas decorre de construção da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, especificamente na ADC n. 4, em que ficou assentada essa possibilidade, “mesmo sem expressa previsão constitucional de medida cautelar na A.D.C., pois o poder de acautelar é imanente ao de julgar.” (STF, ADC 4-6/DF rel. Min. Sydney Sanches, *DJU* de 21.5.1999).

Atualmente, a adoção de provimento cautelar em sede de ADC encontra respaldo na previsão normativa constante do art. 21 da Lei n. 9.868/99, *in verbis*:

Art. 21. O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade, consistente na determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo.

²⁶ “Esta Suprema Corte [...] firmou orientação no sentido de que, em processo de fiscalização concentrada, a ausência de impugnação, em caráter subsidiário, da norma revogada por ato estatal superveniente, desde que somente este tenha sido contestado em sede de controle abstrato, achando-se, também ela, inquinada do vício de inconstitucionalidade, importa em não-conhecimento da ação direta, se esta, promovida, unicamente, contra o diploma ab-rogatório, não se dirigir contra a espécie normativa que por ele tenha sido afetada no plano de sua vigência.”. (STF, ADI 2.215/PE, rel. Min. Celso de Mello, j. 26.04.2001).

²⁷ Conforme entendimento do Ministro Cezar Peluso, “não se admite reclamação contra decisão que, em ação direta de inconstitucionalidade, indefere, sob qualquer que seja o fundamento, pedido de liminar”. (STF, Rcl 3.458-AgR, rel. Min. Cezar Peluso, *DJE* de 23.11.2007).

Parágrafo único. Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo o Tribunal proceder ao julgamento da ação no prazo de cento e oitenta dias, sob pena de perda de sua eficácia.

Do referido dispositivo, destacamos três importantes atributos: *i) observância da reserva de plenário; ii) pedido delimitado; iii) prazo de vigência da medida cautelar.*

A primeira característica não suscita maiores digressões, cabendo as considerações genéricas feitas no item 4.1 *supra*.

No que diz respeito ao pedido, verifica-se que a lei definiu expressamente aquilo que será concedido liminarmente, ou seja, “a determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo.”

No magistério de Luís Roberto Barroso (2012, p. 266):

Não prevaleceu a orientação de se afirmar, liminarmente e com efeito vinculante, a constitucionalidade da norma impugnada, o que implicaria o dever de sua aplicação pelos juízes na apreciação dos casos concretos a eles submetidos, sob pena do cabimento de reclamação.

Como se vê, diferentemente do que ocorre em sede de ADI, a medida cautelar não atinge diretamente a vigência da norma objeto de análise em ADC, prestando-se somente a suspender o julgamento dos processos em trâmite relacionados com a lei discutida, “a fim de evitar o agravamento do estado de insegurança ou de incerteza jurídica que se pretendia eliminar.”. (MEIRELLES; WALD; MENDES, 2013, p. 500).

Quanto ao prazo de vigência da medida cautelar, a lei é patente no sentido de que o Tribunal deverá julgar a ação no prazo de 180 dias, sob pena de perda da eficácia do provimento liminar. Assim, findo o prazo legal, cessará a suspensão dos julgamentos pendentes.

Entendimento diverso possui Hely Lopes Meirelles, Arnoldo Wald e Gilmar Mendes, os quais admitem a possibilidade de prorrogação do prazo da cautelar. Segundo os autores (2013, p. 500), “embora não seja recomendável, tendo em vista a repercussão sobre as situações concretas, afigura-se inevitável tal providência se o Tribunal não lograr um pronunciamento definitivo no prazo estipulado.”

Com o devido respeito, entendemos que a lei é incontestável no sentido de que a cautelar perderá sua eficácia após o decurso de 180 dias, sendo esse prazo improrrogável por ausência de previsão legislativa.

Por fim, fala-se ainda na existência de efeito ambivalente com relação ao indeferimento da providência cautelar, em que a “referida decisão significaria o mesmo que a procedência da ADI (ações dúplices ou ambivalentes). Assim, [...] parece-nos que se poderia estabelecer o efeito vinculante e *erga omnes* em relação a essa decisão que equivaleria à concessão da cautelar em ADI.” (LENZA, 2014, p. 437).

Não obstante respeitável posicionamento, defendemos que, a exemplo dos casos de ADI, o indeferimento da medida cautelar não é revestida de caráter dúplice. Vale dizer, a não concessão da providência liminar em ADC **não** significa o mesmo que o deferimento de cautelar em ADI, sendo incabível o manejo da reclamação constitucional.

A razão é bastante simples. Como foi visto, o pedido da medida cautelar não inclui a declaração de constitucionalidade da norma com efeito vinculante, mas tão somente a suspensão do julgamento dos processos em que a norma analisada seja objeto de discussão. Assim, não há perfeita simetria entre o pedido cautelar em sede de ADI e ADC, razão pela qual entendemos que não se pode falar em efeito ambivalente nos casos de indeferimento da medida, diferentemente do que ocorre no âmbito dos pronunciamentos definitivos.

4.3 Medidas Cautelares em Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão, em que pesse previsão constitucional, somente foi regulada com o advento da Lei n. 12.063/2009, que introduziu o capítulo II-A na Lei n. 9.868/1999.

Antes da regulamentação normativa, o cabimento de medidas cautelares em sede de ADO era refutado tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência.

O fundamento principal era o de que o Supremo Tribunal Federal não tem admitido a possibilidade de expedir provimento normativo com o objetivo de suprir a inérgia do órgão inadimplente, nem mesmo em sua decisão final na matéria. Diante disso, menos ainda poderia fazê-lo em medida cautelar que antecipasse efeitos positivos inalcançáveis pela decisão de mérito. (BARROSO, 2012, p. 291).

Veja-se um julgado que traduz o antigo entendimento da Corte Suprema:

A suspensão liminar da eficácia de atos normativos, questionados em sede de controle concentrado, não se revela compatível com a natureza e a finalidade da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, eis que, nesta, a única consequência político-jurídica possível traduz-se na mera comunicação formal, ao órgão estatal inadimplente, de que está em mora constitucional. (STF, ADInMC 267-8/DF, rel. Min. Celso de Mello, DJU de 19.05.1995).

Não obstante o antigo posicionamento da doutrina e da jurisprudência, o art. 12-F, § 1º, disciplinou as providências cautelares que podem ser adotadas em sede de ADO, *in verbis*:

Art. 12-F. Em caso de excepcional urgência e relevância da matéria, o Tribunal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, observado o disposto no art. 22, poderá conceder medida cautelar, após a audiência dos órgãos ou autoridades responsáveis pela omissão constitucional, que deverão pronunciar-se no prazo de 5 (cinco) dias.

§ 1º A medida cautelar poderá consistir na suspensão da aplicação da lei ou do ato normativo questionado, no caso de omissão parcial, bem como na suspensão de processos judiciais ou de procedimentos administrativos, ou ainda em outra providência a ser fixada pelo Tribunal.

Como se vê, a lei enumera os requisitos para concessão da medida, quais sejam, a excepcional urgência e relevância da matéria, que muito se aproximam dos genéricos perigo da demora e fumaça do bom direito.

Quanto à providência a ser adotada, nos casos de omissão parcial, ou seja, quando se verifica uma conduta positiva do legislador, mas que se mostra insuficiente em relação à obrigação que lhe cabia, é possível que o ato normativo impugnado seja suspenso liminarmente, o que evidencia a aproximação e justifica a possibilidade de fungibilidade entre ADI e ADO.

A medida poderá consistir, ainda, na suspensão de processos judiciais ou de procedimentos administrativos que envolvam o direito constitucional carente de regulamentação, o que pode significar, em certos casos, um simples corolário da própria suspensão da norma.

Destarte, conforme ensinam Hely Lopes Meirelles, Arnoldo Wald e Gilmar Mendes (2013, p. 537):

É certo que em muitos casos a suspensão de aplicação da norma em sede de cautelar acarretará, inevitavelmente, a suspensão de processos judiciais ou administrativos que demandem aplicação da norma controvertida. Em alguns casos é provável que a medida cautelar acabe por adquirir o significado especial de uma tutela antecipada em relação à decisão de mérito, que poderá se revestir de uma declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade. Em outros casos poderá o Tribunal determinar a suspensão de processos judiciais ou administrativos sem que haja a suspensão de uma norma.

Finalmente, o parágrafo primeiro retrotranscrito deixa aberta a possibilidade de adoção de “outra providência a ser adotada pelo Tribunal”, o que constituiu inegável ampliação do poder de cautela conferido ao julgador.

Na dicção de BARROSO (2012, p. 292), a referida previsão “parece abrir caminho para eventuais decisões de conteúdo aditivo, não apenas em sede de liminar, mas também nos provimentos finais.”

Por último, cumpre ressaltar que as decisões cautelares serão tomadas seguindo a regra geral da reserva de plenário, ou seja, mediante manifestação da maioria absoluta dos membros, desde que presentes dois terços dos Ministros na sessão de julgamento.

No entanto, diante da noção de um poder geral de cautela, abre-se a possibilidade de existência de medidas cautelares concedidas monocraticamente, *ad referendum* do Plenário, a exemplos das MC em ADO n. 23 e 24. Nesta última, impugnava-se a ausência de regulamentação legislativa do art. 27, da Emenda Constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998, que determinava o prazo de cento e vinte dias para o Congresso Nacional elaborar lei de defesa do usuário dos serviços públicos.

Transcreve-se, dada a relevância, trecho do voto do Ministro Dias Toffoli:

Examinados os elementos havidos nos autos, em caráter excepcional, diante da relevância da matéria e da gravidade do quadro narrado, bem como da proximidade do recesso desta Suprema Corte, **examinei monocraticamente, *ad referendum* do Plenário, o pedido de medida cautelar**, sem a audiência dos órgãos ou das autoridades responsáveis pela apontada inconstitucionalidade por omissão (STF, MC-ADO 24/DF, rel. Min. Dias Toffoli, j. 01.07.2013, grifos originais).

Ao final do voto, o Ministro estipula “um prazo razoável de cento e vinte dias para a edição da lei”, deixando claro que não se trata de interferência da Corte Suprema nos demais Poderes, mas tão somente um “apelo ao legislador para que supra a omissão inconstitucional”.

Como se observa, a medida cautelar se enquadra na terceira hipótese prevista no parágrafo primeiro retrotranscrito, qual seja, “outra providência a ser adotada pelo Tribunal”.

4.4 Medidas Cautelares em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

A Lei n. 9.882/99 disciplinou a concessão de medidas liminares em sede de ADPF, especialmente em seu artigo 5º, o qual estatui suas principais características.

Em primeiro lugar, faz-se necessário expor as possíveis medidas que poderão ser adotadas liminarmente, as quais se encontram previstas no parágrafo terceiro do artigo retromencionado, vejamos:

Art. 5º O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na arguição de descumprimento de preceito fundamental.

[...]

§ 3º A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada.²⁸

Como se depreende da leitura do dispositivo, novamente identifica-se a possibilidade de suspensão de processos relacionados com a matéria discutida na ação, o que denota a preocupação do legislador em preservar a segurança e a estabilidade jurídicas.

A parte final do parágrafo terceiro evidencia, ainda, nítida expressão do poder geral acautelatório, o qual tem ganhado cada vez mais força no âmbito das ações do controle concentrado.

Confere-se, assim, ao Tribunal um poder cautelar expressivo, impeditivo da consolidação de situações contra a possível decisão definitiva que venha a tomar. Nesse aspecto, a cautelar da arguição de descumprimento de preceito fundamental assemelha-se à disciplina conferida pela Lei 9.868/1999 à medida liminar na ação declaratória de constitucionalidade. Dessa forma, a liminar passa a ser também um instrumento de economia processual e de uniformização jurisprudencial. (MEIRELLES; WALD; MENDES, 2013, p. 686).

Quanto ao quórum de aprovação, a medida cautelar segue a regra das demais, sendo deferida mediante voto da maioria absoluta dos membros do Supremo Tribunal Federal, regra, contudo, não imune a exceções.

Com efeito, o parágrafo primeiro do mesmo artigo 5º estabelece a possibilidade de concessão monocrática, *ad referendum* do Plenário, da medida liminar, nos casos de extrema urgência ou perigo de lesão grave e no período de recesso.

²⁸ Cumpre ressaltar que esse dispositivo foi suspenso liminarmente na ADInMC 2.231-8, rel. Min. Néri da Silveira, por ter entendido que o legislador ordinário não poderia prever medida que interferisse com os processos em curso. Vale dizer, o legislador ordinário não poderia prever outra “espécie” de arguição de descumprimento de preceito fundamental (arguição incidental), a qual somente poderia ter sido criada através de emenda constitucional. Não obstante, o STF vem aplicando em sua integralidade o art. 5º, § 3º, restando superado o posicionamento do Ministro Néri da Silveira.

Essa previsão já foi analisada anteriormente no estudo das medidas cautelares em ADI, sendo utilizada de forma analógica para embasar o deferimento monocrático de providências liminares também em ações diretas de inconstitucionalidade.

Dada a sua importância, frise-se a medida liminar concedida monocraticamente na ADPF n. 54, na qual se discutia a antecipação de parto de fetos anencefálicos. O Ministro Marco Aurélio, em sua decisão, determinou o sobrerestamento dos processos ainda não transitados em julgado e o reconhecimento do direito constitucional de as gestantes submeterem-se ao parto terapêutico.

Convém enfatizar que o Tribunal Pleno referendou a decisão cautelar somente na parte que determinava a suspensão dos processos, cassando a decisão no que diz respeito ao reconhecimento do direito de a gestante antecipar o parto, matéria atualmente pendente de julgamento definitivo.

Ressalte-se, por fim, a construção da jurisprudência do STF no sentido de empregar, por analogia, o artigo 21, parágrafo único, da Lei n. 9.868/99, ao procedimento das liminares em ADPF. Assim, consoante decisão do Plenário na ADPF 130 MC, é possível estipular que o julgamento de mérito da ação seja realizado no prazo de 180 dias, a contar da data da sessão em que a liminar for referendada.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao término da presente monografia, verificou-se a importância e a complexidade dos temas que cercam os provimentos cautelares em sede de controle abstrato de constitucionalidade. Para tanto, compreendemos, em um primeiro momento, os pilares que dão base de sustentação ao controle de constitucionalidade de maneira geral.

Inicialmente, vimos que não se pode falar em controle de constitucionalidade sem se admitir a vigência do princípio da supremacia constitucional e seus corolários, a exemplo da rigidez constitucional. Dessa forma, seguindo a ideia de escalonamento da ordem jurídica proposta por Hans Kelsen, a Constituição estará no ápice do ordenamento jurídico, de onde todas as demais normas irão retirar seu fundamento de validade. Nesse contexto, o controle de constitucionalidade surge como instrumento de efetivação da supremacia da Lei Fundamental, preservando a unidade e coerência sistêmicas.

No Brasil, o controle abstrato de constitucionalidade surgiu de maneira tímida, sendo entregue somente ao Procurador-Geral da República a prerrogativa de provocar, mediante propositura da representação interventiva, o Supremo Tribunal Federal.

A Constituição Federal de 1988, no entanto, ampliou significativamente a importância do controle concentrado de constitucionalidade, na medida em que estendeu o rol de legitimados a diversos órgãos e autoridades, além de estabelecer outros instrumentos de instauração do controle abstrato de normas. Destacamos, nesse ponto, a previsão inédita de combate às omissões inconstitucionais, mediante mandado de injunção (controle difuso) e ação direta de inconstitucionalidade por omissão (controle concentrado).

Apresentadas as ações que compõem o controle abstrato, feitas as devidas ressalvas acerca da representação interventiva, dedicou-se tópico exclusivo para a compreensão das medidas cautelares de maneira geral.

Destacamos a importância que tais providências adquirem no contexto da preservação do direito material posto em juízo contra os efeitos que a duração do processo podem causar às partes. Desta feita, as medidas cautelares impedem o perecimento do direito, assegurando, consequentemente, o resultado útil do processo.

No contexto das ações do controle abstrato de constitucionalidade, as providências liminares ganham uma conotação diferenciada, na medida em que evitam a instalação ou agravamento de um quadro de insegurança jurídica.

Conforme foi estudado, existe atualmente previsão legislativa para o deferimento de medidas cautelares nas quatro principais ações do controle concentrado, atribuindo-se poder geral de cautela ao STF para anular ou minimizar provisoriamente os efeitos de um suposto ato normativo inconstitucional, bem como impedir a consolidação de relações jurídicas discutidas em concreto sob o manto de uma norma incompatível com a Constituição.

Mergulhando nas peculiaridades de cada ação, compreendemos que a cláusula de reserva de plenário constitui regra para a concessão das medidas cautelares, entretanto é possível que haja decisão monocrática em casos excepcionais, valendo-se o julgador do poder geral acautelatório que lhe é conferido.

Diversos outros aspectos foram estudados, com destaque para o uso do critério da *conveniência*, a existência efeito repristinatório, a ausência de caráter ambivalente do indeferimento da liminar em ADI e a presença marcante do poder (dever) geral de cautela que vem sendo admitido pelo Supremo Tribunal Federal.

Em que pese a autoridade dos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema proposto, procuramos, na medida do possível, adotar um posicionamento crítico, o que, a nosso ver, contribui para o aperfeiçoamento do debate em torno da concessão de cautelares nas ações do controle abstrato de constitucionalidade.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro:** exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal da República Federativa do Brasil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 de agosto de 2014.

_____. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm>. Acesso em: 15 de agosto de 2014.

_____. Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm>. Acesso em: 15 de setembro de 2014.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo.** 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito Constitucional.** 6. ed. São Paulo: RT, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Teoria Geral do Processo.** 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Controle de Constitucionalidade:** teoria e prática. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000, 397 p..

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo Cautelar.** 3. ed. São Paulo: RT, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO:** comentários à Lei n. 9.868/99. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____ ; MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnold. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais.** 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____ ; VALE, André Rufino do. Questões atuais sobre as medidas cautelares no controle abstrato de constitucionalidade. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, Brasília: IDP, Ano5, 2011/2012. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/661/454>> Acesso em: 22 de setembro de 2014.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

PINHEIRO, Bruno. **Controle de Constitucionalidade:** doutrina, jurisprudência e questões. São Paulo: Método, 2009.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Do Processo Cautelar.** São Paulo: Dialética, 2014.