

**UNIVERSIDADE DE LISBOA**

**FACULDADE DE DIREITO**



**PROBLEMÁTICAS DA TUTELA CAUTELAR NA JURISDIÇÃO  
CONSTITUCIONAL BRASILEIRA**

LISBOA

2017

**MESTRANDA: NATHÁLIA SOUSA RODRIGUES**

**PROBLEMÁTICAS DA TUTELA CAUTELAR NA JURISDIÇÃO  
CONSTITUCIONAL BRASILEIRA**

Relatório apresentado à Disciplina de Direito Constitucional, no âmbito do curso de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, área de Ciências Jurídico-políticas – Direitos Fundamentais – Ano letivo 2013-2014.

Regente da disciplina: Professor Doutor José De Melo Alexandrino.

LISBOA

2017

# SUMÁRIO

## PARTE I

### 1. ORIGEM HISTÓRICA E EVOLUÇÃO DA TUTELA CAUTELAR NO BRASIL

### 2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA TUTELA CAUTELAR NA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

### 3. POSITIVAÇÃO E REGULAÇÃO DA FIGURA: CONSTITUIÇÃO, LEI E JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

3.1. Quais são os fundamentos constitucionais para a utilização de medida cautelar?

3.2. Quais são os fundamentos constitucionais e legais das ações diretas? Há previsão de medida cautelar na Constituição para as ações diretas? E na legislação?

3.2.1 Terminologia empregada pela constituição e pela lei: como deve ser entendida a expressão “medida cautelar”?

3.2.2. Processamento e julgamento do pedido cautelar

3.2.3. Requisitos para concessão da cautelar

3.2.4. Efeitos da decisão cautelar

3.3. Posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a figura e a legislação

## PARTE II

### 1. PRAXIS JURISPRUDENCIAL

(Citação de duas pesquisas grandes sobre o tema)

### 2. POSICIONAMENTO DA DOUTRINA SOBRE OS PROBLEMAS APRESENTADOS

2.1. Quais são as circunstâncias excepcionais, que justificam a atuação monocrática do relator ou do presidente fora dos parâmetros legais?

2.1.1. Pode o STF criar jurisprudencialmente outras exceções, que não as previstas em lei?

2.2. Existe imposição do art. 97 da Constituição para que os pedidos de medida cautelar só possam ser analisados pelo pleno, mesmo os manifestamente improcedentes?

2.3. Considerando que as decisões cautelares precisem necessariamente ser submetidas ao referendo do pleno, em que medida a não submissão a referendo pelo órgão colegiado violaria a lei (art. 10) e a Constituição Federal (art. 97)?

2.4. Há autorização legal para prorrogação das liminares concedidas?

2.5. Quais são os casos em que se pode aplicar o rito especial previsto pelo art. 12 da Lei da ADI?

2.5.1. Quais são os requisitos para a aplicação do rito especial do art. 12?

2.5.2. Quais são as consequências lógicas da adoção de um rito mais célere?

2.6. Há mecanismos que possam reduzir o âmbito de discricionariedade do Presidente ao organizar a pauta e impelir o Tribunal a julgar os casos urgentes com maior celeridade?

## INTRODUÇÃO

O papel da jurisdição constitucional ganha cada vez mais espaço no cenário brasileiro, atraindo o interesse não somente dos juristas, advogados e cientistas políticos, mas também da imprensa e da opinião pública em geral. Frequentemente, temas controversos são trazidos ao âmbito da jurisdição constitucional e debatidos acaloradamente no espaço público. Há vários motivos para isso. A abrangência da nossa ordem constitucional, a grande desconfiança no sistema político brasileiro e nas decisões tomadas pelos nossos representantes eleitos, a burocracia estatal e a fácil deflagração do processo constitucional são fatores que fazem com que boa parte dos assuntos relevantes da vida nacional sejam judicializados. Segundo Daniel Sarmento, “parece que tudo transita, em algum momento, pelos canais da jurisdição constitucional brasileira.”<sup>1</sup>

Assim, a dimensão política desse fenômeno torna-se cada vez mais evidente. Diante da máxima “Direito é política”, devemos reconhecer o impacto dessa ampliação do papel do Judiciário, principalmente do Supremo Tribunal Federal e sua atuação proativa, sobre o nosso sistema político-social. Comenta a doutrina que “há quem aplauda o fenômeno e quem o veja com grande preocupação, mas dificilmente um observador atento da realidade brasileira negará a sua ocorrência.”<sup>2</sup> Portanto, evidente também a necessidade de estudarmos com atenção algumas facetas da jurisdição constitucional, como a utilização das medidas cautelares nas ações do controle concentrado de constitucionalidade.

Esta possibilidade surgiu no Brasil durante o regime militar, com o objetivo claro de servir aos interesses do governo autoritário, mas passou a ter uma conotação democrática ao ser recebido e reforçado pela Constituição Federal de 1988, que, dentre outras providências, alargou o rol de autoridades e órgãos legitimados para instaurá-lo. Tendo em vista que estes são agentes políticos, e que a declaração de (in)constitucionalidade é somente uma das estratégias que podem ser adotadas para a eliminação das normas que consideram “inconvenientes”, o controle concentrado insere-se dentro de um jogo político, com interesses múltiplos, principalmente por meio da

---

<sup>1</sup> SARMENTO, Daniel (coord.). Jurisdição constitucional e política. Rio de Janeiro: Forense, 2015, sem p., Apresentação.

<sup>2</sup> SARMENTO, Daniel (coord.). Jurisdição constitucional e política. Rio de Janeiro: Forense, 2015, sem p., Apresentação.

utilização das referidas medidas liminares, que podem estar sendo utilizadas de forma deturpada, eivada de ilegalidade e inconstitucionalidade.

A principal ação do controle concentrado de constitucionalidade é a ação direta de inconstitucionalidade – ADI, prevista na Constituição Federal (art. 102, I, “a”) e regulada pela lei nº. 9.868/99. A previsão de medida cautelar em sede de ADI deriva igualmente destes dois diplomas (art. 102, I, “p” da CF/88 e artigos 10 a 12 da lei). Há dois ritos para o processamento da ADI, um ordinário e outro que pode ser considerado especial. O julgamento cautelar, inserido dentro do rito ordinário, é denominado por alguns doutrinadores de “rito cautelar”, devido a uma série de equívocos na sua interpretação e utilização, como será demonstrado no decorrer do trabalho.

Em regra, o pedido de medida cautelar somente pode ser apreciado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. A exceção reside nos períodos de recesso e férias do Tribunal, hipótese em que o Presidente da Corte exerce a competência excepcional definida no art. 13, VIII, do RISTF, podendo decidir monocraticamente sobre pedidos de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade, o que posteriormente (entenda-se: logo após o término do período de recesso ou de férias) deve ser submetido ao referendo do Pleno, em consonância com a norma constitucional contida no art. 97, que estabelece a chamada cláusula de reserva de plenário: “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.”

Já o rito tido como especial (art. 12, Lei 9.868/99) indica que “havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação”. Ou seja, uma ação que tramite por este rito poderia ser julgada definitivamente num prazo de 20 dias, correspondente a um terço do prazo previsto para o rito ordinário, o que pode acarretar um julgamento prematuro e aumentar os riscos de erro, devendo, portanto, ser aplicado apenas quando estritamente necessário, e em razão da importância da questão constitucional discutida, da sua relevância para a ordem social e da segurança jurídica.

O tema ganha maior destaque com o crescente número de decisões monocráticas concessivas de cautelar ou de aplicação do rito especial do art. 12, e que, da forma como

são proferidas, pode estar eivadas de ilegalidade e inconstitucionalidade. Os problemas que constituem o objeto do presente estudo são: a maioria das decisões monocráticas não trata de circunstância excepcional, que justifique a atuação do relator ou do presidente fora dos parâmetros legais; o STF criou jurisprudencialmente (com base no poder geral de cautela e por analogia à Lei da ADPF) exceção à cláusula de reserva de plenário, quando a lei prevê apenas uma; as decisões cautelares não chegam a ser submetidas ao referendo do pleno, o que violaria a lei (art. 10) e a Constituição (art. 97), a divisão de poderes e, portanto, a própria democracia representativa; as liminares concedidas são prorrogadas indefinidamente, sem autorização legal, chegando a adquirir contornos de perenidade; e os casos que tramitam sob o rito especial, que tiveram o julgamento liminar convertido em definitivo, *a priori*, por motivos de grande relevância e urgência, frequentemente passam anos à espera de apreciação pelo Tribunal e não há quaisquer mecanismos que possam impeli-lo a julgar, como impõe o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, inciso XXXV da CF/88).

As problemáticas existentes em torno das medidas cautelares na jurisdição constitucional são inúmeras, de toda natureza e envolvem questões mais ou menos complexas, com maior ou menor proximidade com feições políticas, o que torna difícil a tarefa de delimitar o objeto de estudo. Todavia, optou-se pelos problemas que possuíam maior relevo prático, que tivessem profundidade e extensão adequadas a este tipo de trabalho acadêmico e que não fugissem aos aspectos eminentemente jurídicos. Assim, não obstante procurar-se apresentar a maior quantidade de questões que envolvam o objeto em estudo, os temas de menor utilidade prática ou eminentemente políticos serão tratados apenas de forma indireta ou citados, de forma a introduzir ou complementar ideias.

O presente trabalho tem por finalidade principal demonstrar as principais problemáticas processuais envolvendo a prática do Supremo Tribunal Federal no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, notadamente na utilização das medidas cautelares em ação direta de inconstitucionalidade, a fim de: (i) identificar quais seriam as circunstâncias excepcionais, que justificam a atuação monocrática do relator ou do presidente fora dos parâmetros legais e se o STF pode criar jurisprudencialmente outras hipóteses, que não as previstas em lei; (ii) averiguar se existe imposição do art. 97 da Constituição para que os pedidos de medida cautelar só possam ser analisados pelo pleno, mesmo os manifestamente improcedentes; (iii) considerando que as decisões cautelares

precisem necessariamente ser submetidas ao referendo do pleno, saber em que medida a não submissão a referendo pelo órgão colegiado violaria a lei (art. 10) e a Constituição Federal (art. 97); (iv) verificar se há autorização legal para prorrogação das liminares concedidas; (v) saber em que casos pode-se aplicar o rito especial previsto pelo art. 12 da Lei da ADI, quais seriam os seus requisitos e quais deveriam ser as consequências lógicas da adoção de um rito mais célere; (vi) perceber se há mecanismos que possam reduzir o âmbito de discricionariedade do Presidente ao organizar a pauta e impelir o Tribunal a julgar os casos urgentes com maior celeridade.

Para tanto, objetiva-se subsidiariamente adentrar os temas: (i) como deve ser entendida a medida cautelar na jurisdição constitucional e as consequências da adoção desse conceito; (ii) quais são os requisitos para a concessão da medida cautelar; (iii) efeitos da decisão cautelar em contraste com os da decisão definitiva; (iv) cabimento ou não de recurso da decisão de conversão de julgamento cautelar em definitivo, nos termos do art. 12 da Lei da ADI.

O enfoque central do trabalho recai sobre a Ciência Jurídico-Constitucional, utilizando-se o método técnico-jurídico, e, de forma complementar, de outros ramos da ciência jurídica, tecendo críticas quanto as construções dogmáticas adotadas.

Pretende-se inicialmente trazer uma breve contextualização histórica, quanto à origem histórica e a evolução da tutela cautelar no Brasil, com especial relevo para a evolução histórica das medidas cautelares na jurisdição constitucional brasileira. Identifica-se como está positivada e regulada a figura na Constituição, na legislação pátria e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, e as problemáticas processuais que levanta, iniciando-se pela terminologia empregada, pelos conceitos a utilizar, os requisitos para a sua concessão, o procedimento, e os efeitos da decisão liminar, em contraste com os da decisão final.

Apresenta-se também os ritos previstos para o processamento das ações diretas, destacando a regra de que o pedido de medida cautelar somente pode ser apreciado pelo pleno do STF, com as respectivas exceções, e a da submissão da decisão monocrática ao órgão colegiado do Tribunal. Intenta-se averiguar se esta norma deve ser observada em todos os casos, necessariamente, por imposição da cláusula de reserva de plenário e as consequências da sua inobservância. Ainda nesse contexto, intenta-se analisar se existe, juridicamente, a possibilidade de prorrogar o prazo da liminar concedida, e, ao verificar que o Tribunal já o faz na prática, identificar se esta atuação acaba por burlar princípios,

como a motivação das decisões judiciais, a legalidade ou a persuasão racional do juiz, além das próprias disposições legais.

Trata-se especificamente do rito especial instituído pelo art. 12 da Lei da ADI, explicando-se em que consiste, quando deve ser aplicado, quais são os requisitos que possibilitam a sua adoção, se a concessão da liminar inviabiliza a posterior aplicação do rito do art. 12 ou vice versa, se cabe recurso da decisão que determina a aplicação do rito especial e quais deveriam ser as consequências lógicas da adoção de um rito mais célere, como estipular que as ações que tramitam por ele devam receber tratamento prioritário no julgamento em relação às demais ações objetivas ou por meio da possibilidade de estipular mecanismos para reduzir a discricionariedade do Presidente na organização da pauta do Tribunal, induzindo o julgamento dessas ações.

Ao longo do estudo, reflete-se se, apesar dos défices destacados, o STF estaria prestando uma tutela jurisdicional satisfativa no controle concentrado, bem como se ele decide as ações diretas que lhe são levadas ao conhecimento e se esta forma efetivamente salvaguarda os direitos e garantias fundamentais.

Como recursos, a pesquisa utiliza-se da análise do texto constitucional e da legislação brasileira, doutrina, jurisprudência e dados estatísticos obtidos junto àquelas, ao Supremo Tribunal Federal, a órgãos de controle ou entidades de reconhecida idoneidade, e, sempre que possível, traçando correlação com a prática dos tribunais, em especial do próprio STF. A metodologia empregada dispõe das dimensões descritiva e crítica, porém a primeira é utilizada apenas quando necessária à exposição de alguma ideia.

## PARTE I

### 1. ORIGEM HISTÓRICA E EVOLUÇÃO DA TUTELA CAUTELAR NO BRASIL

Numa retrospectiva, com base em registros históricos, identifica-se que as tutelas de urgência remontam à Roma Antiga, em uma época em que a utilização de instrumentos executórios objetivava impor determinados comportamentos de caráter mandamental.<sup>3</sup> A chamada *tutela interdital* romana assemelhava-se à antecipação dos efeitos da tutela, pois o pretor, um modelo primário de juiz, adiantava a execução ou o mandamento no próprio processo de conhecimento, “independentemente de processo autônomo, mediante uma ordem liminar, com uma cognição sumária das afirmações do autor.”<sup>4</sup> Também se comenta que o procedimento sumário, mais curto e destinado à resolução de casos mais emergenciais, teria se originado nos antigos interditos romanos, tendo sido posteriormente ampliado pelo direito canônico.<sup>5</sup> A chamada Lei das Doze Tábuas tem sido considerada por doutrinadores e historiadores a primeira previsão de tutelas autônomas semelhantes aos processos cautelares e o primeiro registro histórico do Direito Romano, que posteriormente serviria de base para o Direito Ocidental.<sup>6</sup>

Segundo Luiz Guilherme Marinoni, o processo civil, no modelo típico do direito liberal, nasce em um contexto em que a jurisdição se preocupava apenas com direitos patrimoniais e com a necessidade de garantia da liberdade perante o exercício do poder do juiz, momento em que este deveria se restringir a tutelar o direito apenas por meio de sentenças constitutivas e declaratórias, seja em respeito ao princípio da autonomia da

---

<sup>3</sup> Artigo: Tutela de urgência: Análise da efetividade jurisdicional, por Tércio de Sousa Mota, Gabriela Brasileiro Campos Mota, José Laércio de Sousa. Disponível em: < [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo\\_id=8911&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=8911&n_link=revista_artigos_leitura)>. Acesso em: 08/09/2016.

<sup>4</sup> Artigo: Tutela de urgência: Análise da efetividade jurisdicional, por Tércio de Sousa Mota, Gabriela Brasileiro Campos Mota, José Laércio de Sousa. Disponível em: < [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo\\_id=8911&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=8911&n_link=revista_artigos_leitura)>. Acesso em: 08/09/2016.

<sup>5</sup> Artigo: Tutela de urgência: Análise da efetividade jurisdicional, por Tércio de Sousa Mota, Gabriela Brasileiro Campos Mota, José Laércio de Sousa. Disponível em: < [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo\\_id=8911&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=8911&n_link=revista_artigos_leitura)>. Acesso em: 08/09/2016.

<sup>6</sup> Artigo: Tutela de urgência: Análise da efetividade jurisdicional, por Tércio de Sousa Mota, Gabriela Brasileiro Campos Mota, José Laércio de Sousa. Disponível em: < [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo\\_id=8911&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=8911&n_link=revista_artigos_leitura)>. Acesso em: 08/09/2016.

vontade e do conceito de liberdade vigentes à época, seja por falta de necessidade de uma postura diferente. Assim, se o objeto em lide pode ser traduzido em valor pecuniário, e o exercício do poder judicial se limita à autonomia privada, não havia necessidade de se adotar uma tutela preventiva de direitos. A tutela cautelar somente passou a ser necessária quando a violação do direito que havia sido objeto do processo de conhecimento foi capaz de gerar prejuízos irreparáveis por meio de uma tutela final.<sup>7</sup>

O Brasil foi fortemente influenciado pelos países europeus, durante os séculos XVI e XVIII, o que trouxe características específicas à sua organização jurídica. Contudo, no período colonial, eram os senhores de engenho que ditavam as regras a seguir.<sup>8</sup> O direito civil brasileiro baseou-se na legislação portuguesa até a edição do Código Civil de 1916, tendo três fases de ordenações: afonsinas, manuelinas e filipinas.<sup>9</sup>

Todavia, somente será possível aplicar a noção de direitos e obrigações formais no Estado brasileiro após a abolição da escravatura, imposta pela Lei Áurea, de 1888, e a proclamação da República, em 15/11/1889.<sup>10</sup> Destaca-se, nesse período, a edição de dois documentos fundamentais, o Código Civil, de 1916, e o Código Penal, de 1940.<sup>11</sup> Além destes, é elaborado o primeiro Código de Processo Civil brasileiro, em 1973, que objetivava sobretudo a garantia da efetividade da tutela jurisdicional, influenciado principalmente por Clóvis Beviláqua e por diversos doutrinadores europeus, como Alfredo Buzaid e Liebman.<sup>12</sup>

---

<sup>7</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. A Evolução da Técnica Antecipatória e da Tutela Preventiva no Brasil.

Artigo digital. Acesso:

<[http://www.academia.edu/3236017/A\\_Evolu%C3%A7%C3%A3o\\_da\\_T%C3%A9cnica\\_Antecipat%C3%B3ria\\_e\\_da\\_Tutela\\_Preventiva\\_no\\_Brasil](http://www.academia.edu/3236017/A_Evolu%C3%A7%C3%A3o_da_T%C3%A9cnica_Antecipat%C3%B3ria_e_da_Tutela_Preventiva_no_Brasil)>, em 04/10/2016.

<sup>8</sup> Artigo: Tutela de urgência: Análise da efetividade jurisdicional, por Tércio de Sousa Mota, Gabriela Brasileiro Campos Mota, José Laércio de Sousa. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo\\_id=8911&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=8911&n_link=revista_artigos_leitura)>. Acesso em: 08/09/2016.

<sup>9</sup> Artigo: Tutela de urgência: Análise da efetividade jurisdicional, por Tércio de Sousa Mota, Gabriela Brasileiro Campos Mota, José Laércio de Sousa. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo\\_id=8911&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=8911&n_link=revista_artigos_leitura)>. Acesso em: 08/09/2016.

<sup>10</sup> Artigo: Tutela de urgência: Análise da efetividade jurisdicional, por Tércio de Sousa Mota, Gabriela Brasileiro Campos Mota, José Laércio de Sousa. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo\\_id=8911&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=8911&n_link=revista_artigos_leitura)>. Acesso em: 08/09/2016.

<sup>11</sup> Artigo: Tutela de urgência: Análise da efetividade jurisdicional, por Tércio de Sousa Mota, Gabriela Brasileiro Campos Mota, José Laércio de Sousa. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo\\_id=8911&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=8911&n_link=revista_artigos_leitura)>. Acesso em: 08/09/2016.

<sup>12</sup> Artigo: Tutela de urgência: Análise da efetividade jurisdicional, por Tércio de Sousa Mota, Gabriela Brasileiro Campos Mota, José Laércio de Sousa. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo\\_id=8911&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=8911&n_link=revista_artigos_leitura)>. Acesso em: 08/09/2016.

Com a promulgação do atual Código Civil Brasileiro, em 2002, novas modalidades de intervenção são trazidas a lume, dentre as quais as tutelas de urgência cautelares e antecipatórias, instituídas “como meios de subsidiar as decisões do juiz no decorrer da ação jurisdicional”<sup>13</sup>

No processo civil brasileiro, a introdução das tutelas de urgência se deu de forma definitiva com a sua inserção no Livro III do referido Código de Processo Civil de 1973, com a tutela cautelar baseada, a princípio, no modelo europeu, principalmente na legislação italiana.<sup>14</sup> Já o instituto da antecipação dos efeitos da tutela foi codificado em 1994, quando da reforma da lei processual, que o inseriu em seu artigo 273, sendo consolidado em seguida, com a edição da lei nº. 8.952, de 13/12/1994.<sup>15</sup>

Como referido, as medidas cautelares foram previstas nos Capítulos I e II do Livro III do CPC de 1973, sendo o primeiro capítulo (artigos 796 a 812) referente às disposições gerais e o segundo (artigos 813 a 888), aos procedimentos cautelares específicos. O artigo 806 do CPC demonstra expressamente a existência de uma relação de instrumentalidade da ação cautelar perante a ação principal, evidenciando que a primeira não constitui ação autônoma, e sim um instrumento do processo principal, seja de conhecimento, seja de execução. Todavia, com a evolução das relações sociais e do próprio Estado e com a admissão de novos direitos, verificou-se a necessidade de utilizar a ação cautelar inominada para se obter a efetiva tutela jurisdicional dos direitos. Segundo Marinoni, “a elaboração dogmática do direito constitucional à tutela jurisdicional adequada, além das pressões sociais por tutela jurisdicional efetiva e tempestiva, obrigou o advogado a

---

juridico.com.br/site/index.php?artigo\_id=8911&n\_link=revista\_artigos\_leitura>. Acesso em: 08/09/2016.

<sup>13</sup> Artigo: Tutela de urgência: Análise da efetividade jurisdicional, por Tércio de Sousa Mota, Gabriela Brasileiro Campos Mota, José Laércio de Sousa. Disponível em: < [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo\\_id=8911&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=8911&n_link=revista_artigos_leitura)>. Acesso em: 08/09/2016.

<sup>14</sup> Artigo: Tutela de urgência: Análise da efetividade jurisdicional, por Tércio de Sousa Mota, Gabriela Brasileiro Campos Mota, José Laércio de Sousa. Disponível em: < [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo\\_id=8911&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=8911&n_link=revista_artigos_leitura)>. Acesso em: 08/09/2016.

<sup>15</sup> Artigo: Tutela de urgência: Análise da efetividade jurisdicional, por Tércio de Sousa Mota, Gabriela Brasileiro Campos Mota, José Laércio de Sousa. Disponível em: < [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo\\_id=8911&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=8911&n_link=revista_artigos_leitura)>. Acesso em: 08/09/2016.

requerer, mediante as vestes da liminar da ação cautelar, a tutela que, em princípio, apenas poderia ser alcançada ao final do processo de conhecimento.”<sup>16</sup>

Portanto, pela praxe forense, a tutela cautelar foi perdendo gradativamente parte de seu caráter instrumental e passando a funcionar como uma forma de abreviar o processo de conhecimento e alcançar satisfatoriamente a tutela preventiva dos direitos.<sup>17</sup>

O uso da ação cautelar inominada passou a ser mais recorrente com a necessidade de prevenir a violação dos direitos da personalidade, como antecedente da ação declaratória, e de um processo de conhecimento capaz de obter a tutela inibitória antecipada. Também se fez necessário o desenvolvimento de uma técnica antecipatória capaz de impor ao réu uma obrigação de não fazer.<sup>18</sup>

Nesse momento, surgiram algumas discussões sobre a autonomia e a capacidade da ação cautelar de oferecer uma tutela satisfativa. Isto se deve ao fato de que, não obstante denominada cautelar, a ação constituía, na verdade, “uma ação de cognição exauriente em que era possível a obtenção da antecipação da tutela final.”<sup>19</sup> Contudo, prevaleceu a posição de que o provimento obtido liminarmente continuaria a depender de uma ação principal, de conhecimento ou de execução, e que não seria capaz de tutelar efetivamente o direito material, ou seja, não admitiria, de fato, a antecipação da tutela, apesar de ter sido demonstrada a necessidade de adequar a tutela jurisdicional às situações de direito substancial que precisavam da antecipação do provimento jurisdicional.<sup>20</sup>

---

<sup>16</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. A Evolução da Técnica Antecipatória e da Tutela Preventiva no Brasil.

Artigo digital. Acesso:

<[http://www.academia.edu/3236017/A\\_Evolu%C3%A7%C3%A3o\\_da\\_T%C3%A9cnica\\_Antecipat%C3%B3ria\\_e\\_da\\_Tutela\\_Preventiva\\_no\\_Brasil](http://www.academia.edu/3236017/A_Evolu%C3%A7%C3%A3o_da_T%C3%A9cnica_Antecipat%C3%B3ria_e_da_Tutela_Preventiva_no_Brasil)>, em 04/10/2016.

<sup>17</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. A Evolução da Técnica Antecipatória e da Tutela Preventiva no Brasil.

Artigo digital. Acesso:

<[http://www.academia.edu/3236017/A\\_Evolu%C3%A7%C3%A3o\\_da\\_T%C3%A9cnica\\_Antecipat%C3%B3ria\\_e\\_da\\_Tutela\\_Preventiva\\_no\\_Brasil](http://www.academia.edu/3236017/A_Evolu%C3%A7%C3%A3o_da_T%C3%A9cnica_Antecipat%C3%B3ria_e_da_Tutela_Preventiva_no_Brasil)>, em 04/10/2016.

<sup>18</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. A Evolução da Técnica Antecipatória e da Tutela Preventiva no Brasil.

Artigo digital. Acesso:

<[http://www.academia.edu/3236017/A\\_Evolu%C3%A7%C3%A3o\\_da\\_T%C3%A9cnica\\_Antecipat%C3%B3ria\\_e\\_da\\_Tutela\\_Preventiva\\_no\\_Brasil](http://www.academia.edu/3236017/A_Evolu%C3%A7%C3%A3o_da_T%C3%A9cnica_Antecipat%C3%B3ria_e_da_Tutela_Preventiva_no_Brasil)>, em 04/10/2016.

<sup>19</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. A Evolução da Técnica Antecipatória e da Tutela Preventiva no Brasil.

Artigo digital. Acesso:

<[http://www.academia.edu/3236017/A\\_Evolu%C3%A7%C3%A3o\\_da\\_T%C3%A9cnica\\_Antecipat%C3%B3ria\\_e\\_da\\_Tutela\\_Preventiva\\_no\\_Brasil](http://www.academia.edu/3236017/A_Evolu%C3%A7%C3%A3o_da_T%C3%A9cnica_Antecipat%C3%B3ria_e_da_Tutela_Preventiva_no_Brasil)>, em 04/10/2016.

<sup>20</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. A Evolução da Técnica Antecipatória e da Tutela Preventiva no Brasil.

Artigo digital. Acesso:

<[http://www.academia.edu/3236017/A\\_Evolu%C3%A7%C3%A3o\\_da\\_T%C3%A9cnica\\_Antecipat%C3%B3ria\\_e\\_da\\_Tutela\\_Preventiva\\_no\\_Brasil](http://www.academia.edu/3236017/A_Evolu%C3%A7%C3%A3o_da_T%C3%A9cnica_Antecipat%C3%B3ria_e_da_Tutela_Preventiva_no_Brasil)>, em 04/10/2016.

A solução para estes questionamentos, ocorreu em 1994, com a reforma do Código de Processo Civil e a instituição da chamada tutela antecipatória, que consiste na faculdade de o juiz antecipar a tutela final objeto do processo de conhecimento ou de execução, só que por meio de decisão liminar. A técnica foi prevista pelo artigo 273 do Código de Processo Civil, para duas hipóteses: diante de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, e em caso de “abuso de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu”.<sup>21</sup>

Pode-se dizer então que a ação cautelar continuou vinculada aos pressupostos da fumaça do bom direito e do receio de dano irreparável ou de difícil reparação, mencionado em todas as leis e obras doutrinárias que estudam a tutela cautelar. Esta ideia daria aos “advogados mal formados ou que atuam de má-fé a possibilidade de inserir a discussão do dano no âmbito da cognição judicial de uma ação que se volta apenas contra o ato contrário ao direito, confundindo o juiz e protelando o processo.”<sup>22</sup>

Nos debates do projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro, que viria a ser a Lei nº. 13.105, de 16/03/2015, questionou-se bastante o suficiente preparo dos processualistas e dos parlamentares, que insistiram em dar voltas em torno de discussões consideradas pouco relevantes, sobre institutos processuais já consagrados e bem delimitados, “talvez para não fugir da lógica de que a alteração da legislação é a melhor forma de conservar o *status quo*.”<sup>23</sup>

Historicamente, demonstra-se que a tutela cautelar foi criada com o objetivo de assegurar a efetividade da tutela do direito material, e não para tutelar efetivamente o direito material em si e nem para prevenir a sua violação. Defende-se que “admitir a tutela do direito material mediante cognição sumária seria o mesmo do que admitir execução antes do exaurimento do exercício do direito de defesa, algo incompatível com o princípio

---

<sup>21</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. A Evolução da Técnica Antecipatória e da Tutela Preventiva no Brasil. Artigo digital. Acesso: <[http://www.academia.edu/3236017/A\\_Evolu%C3%A7%C3%A3o\\_da\\_T%C3%A9cnica\\_Antecipat%C3%B3ria\\_e\\_da\\_Tutela\\_Preventiva\\_no\\_Brasil](http://www.academia.edu/3236017/A_Evolu%C3%A7%C3%A3o_da_T%C3%A9cnica_Antecipat%C3%B3ria_e_da_Tutela_Preventiva_no_Brasil)>, em 04/10/2016.

<sup>22</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. A Evolução da Técnica Antecipatória e da Tutela Preventiva no Brasil. Artigo digital. Acesso: <[http://www.academia.edu/3236017/A\\_Evolu%C3%A7%C3%A3o\\_da\\_T%C3%A9cnica\\_Antecipat%C3%B3ria\\_e\\_da\\_Tutela\\_Preventiva\\_no\\_Brasil](http://www.academia.edu/3236017/A_Evolu%C3%A7%C3%A3o_da_T%C3%A9cnica_Antecipat%C3%B3ria_e_da_Tutela_Preventiva_no_Brasil)>, em 04/10/2016.

<sup>23</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. A Evolução da Técnica Antecipatória e da Tutela Preventiva no Brasil. Artigo digital. Acesso: <[http://www.academia.edu/3236017/A\\_Evolu%C3%A7%C3%A3o\\_da\\_T%C3%A9cnica\\_Antecipat%C3%B3ria\\_e\\_da\\_Tutela\\_Preventiva\\_no\\_Brasil](http://www.academia.edu/3236017/A_Evolu%C3%A7%C3%A3o_da_T%C3%A9cnica_Antecipat%C3%B3ria_e_da_Tutela_Preventiva_no_Brasil)>, em 04/10/2016.

da *nulla executio sine titulo*, um dos princípios que sustentou a lógica da estrutura do direito processual do século XX.”<sup>24</sup>

Segundo Marinoni, “um instituto não deve ser desfigurado para se manter uma nomenclatura ou [...] um novo instituto não deve ser designado com um nome que sempre serviu e serve a outro”, e, nesse sentido, “a doutrina deveria ter advertido o legislador sobre a importância de se deixar claro que a tutela antecipatória antecipa a tutela final, ao passo que a tutela cautelar assegura o resultado útil do provimento final.”<sup>25</sup>

Extraí-se a conclusão de que a partir da tutela cautelar chegou-se à antecipação de tutela, ressaltando-se, porém, que as duas são e precisam ser diferentes. Quando regulada pelos Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973, a cautelar tinha como função assegurar a efetividade e a utilidade do processo, esse sim, destinado à tutela do direito material. Contudo, “com o surgimento dos novos direitos e diante da intolerância em relação à demora da justiça civil, a ação cautelar inominada passou a ser utilizada como instrumento de sumarização do processo de conhecimento, viabilizando a obtenção imediata, e mediante cognição sumária, da tutela do próprio direito material.”<sup>26</sup>

Em relação à observância dos princípios elencados na Constituição Federal de 1988, não há unanimidade na doutrina quanto à sua necessidade. Parte da doutrina entende que cabe ao magistrado respeitar o contraditório e a ampla defesa, mesmo em se tratando de decisão interlocutória.<sup>27</sup> Outros doutrinadores entendem que não há necessidade de respeitá-los nas ações cautelares, visto que possuem caráter provisório e que a observância a estes princípios nessa fase só iria obstaculizar o bom desenvolvimento

---

<sup>24</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. A Evolução da Técnica Antecipatória e da Tutela Preventiva no Brasil.

Artigo digital. Acesso:

<[http://www.academia.edu/3236017/A\\_Evolu%C3%A7%C3%A3o\\_da\\_T%C3%A9cnica\\_Antecipat%C3%B3ria\\_e\\_da\\_Tutela\\_Preventiva\\_no\\_Brasil](http://www.academia.edu/3236017/A_Evolu%C3%A7%C3%A3o_da_T%C3%A9cnica_Antecipat%C3%B3ria_e_da_Tutela_Preventiva_no_Brasil)>, em 04/10/2016.

<sup>25</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. A Evolução da Técnica Antecipatória e da Tutela Preventiva no Brasil.

Artigo digital. Acesso:

<[http://www.academia.edu/3236017/A\\_Evolu%C3%A7%C3%A3o\\_da\\_T%C3%A9cnica\\_Antecipat%C3%B3ria\\_e\\_da\\_Tutela\\_Preventiva\\_no\\_Brasil](http://www.academia.edu/3236017/A_Evolu%C3%A7%C3%A3o_da_T%C3%A9cnica_Antecipat%C3%B3ria_e_da_Tutela_Preventiva_no_Brasil)>, em 04/10/2016.

<sup>26</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. A Evolução da Técnica Antecipatória e da Tutela Preventiva no Brasil.

Artigo digital. Acesso:

<[http://www.academia.edu/3236017/A\\_Evolu%C3%A7%C3%A3o\\_da\\_T%C3%A9cnica\\_Antecipat%C3%B3ria\\_e\\_da\\_Tutela\\_Preventiva\\_no\\_Brasil](http://www.academia.edu/3236017/A_Evolu%C3%A7%C3%A3o_da_T%C3%A9cnica_Antecipat%C3%B3ria_e_da_Tutela_Preventiva_no_Brasil)>, em 04/10/2016.

<sup>27</sup> Artigo: Tutela de urgência: Análise da efetividade jurisdicional, por Tércio de Sousa Mota, Gabriela Brasileiro Campos Mota, José Laércio de Sousa. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo\\_id=8911&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=8911&n_link=revista_artigos_leitura)>. Acesso em: 08/09/2016.

do processo.<sup>28</sup> Estes autores acreditam que a maior inovação no direito processual civil se deu com a possibilidade de concessão de tutela antecipatória, “como meio de ampliar os instrumentos de exigibilidade de direitos a fim de proporcionar celeridade das decisões judiciais e obter, sobretudo, a efetividade jurisdicional.”<sup>29</sup> Além disso, a criação do instituto foi necessária para mitigar o uso excessivo das tutelas cautelares, que se fazia até a criação da lei nº. 8.952/94 e “comprometia o andamento dos processos judiciais e, por conseguinte, a efetividade jurisdicional.”<sup>30</sup>

---

<sup>28</sup> Artigo: Tutela de urgência: Análise da efetividade jurisdicional, por Tércio de Sousa Mota, Gabriela Brasileiro Campos Mota, José Laércio de Sousa. Disponível em: < [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo\\_id=8911&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=8911&n_link=revista_artigos_leitura)>. Acesso em: 08/09/2016.

<sup>29</sup> Artigo: Tutela de urgência: Análise da efetividade jurisdicional, por Tércio de Sousa Mota, Gabriela Brasileiro Campos Mota, José Laércio de Sousa. Disponível em: < [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo\\_id=8911&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=8911&n_link=revista_artigos_leitura)>. Acesso em: 08/09/2016.

<sup>30</sup> Artigo: Tutela de urgência: Análise da efetividade jurisdicional, por Tércio de Sousa Mota, Gabriela Brasileiro Campos Mota, José Laércio de Sousa. Disponível em: < [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo\\_id=8911&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=8911&n_link=revista_artigos_leitura)>. Acesso em: 08/09/2016.

## 2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA TUTELA CATELAR NA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Aparentemente, a instituição das medidas cautelares na jurisdição constitucional brasileira não chegou a enfrentar grandes obstáculos.<sup>31</sup> O primeiro contato do Supremo Tribunal Federal com um pedido de suspensão provisória de ato normativo em sede de controle abstrato teria se dado no julgamento da Representação Interventiva nº. 94, de 17 de julho de 1947, que tratava de determinadas normas da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul. Na época, entendeu-se que “a atribuição ora conferida ao Supremo Tribunal é *sui generis*, não tem por objeto ato governamental ou administrativo, senão ato constituinte ou legislativo; não está regulada em lei, que, aliás, não poderia dispor para estabelecer uma tramitação que entorpecesse a solução, de seu natural expedita, da crise institucional prefigurada. Acresce por sobre tudo isso que o poder de suspender o ato arguido de inconstitucional pertence ao Congresso, nos termos expressos do art. 13, como sanção articulada com a declaração da inconstitucionalidade.”<sup>32</sup>

A Representação Interventiva era prevista no art. 8º, parágrafo único, da Constituição de 1946. A lei que a regulamentou (lei nº. 2.271/1954) estabeleceu em seu art. 4º que o rito do mandado de segurança, que previa a concessão de medidas liminares, aplicava-se também ao Supremo Tribunal Federal. Ou seja, concedeu-se ao Tribunal autorização para passar a deferir pedidos liminares que suspendessem a aplicação de um ato normativo impugnado, por analogia à lei do mandado de segurança, o que, a princípio, foi feito com uma certa resistência.<sup>33</sup>

No ano de 1975, o Supremo Tribunal Federal discutiu novamente a questão, desta feita, em sede de controle abstrato, quando, na Representação nº. 933-RJ, de 05/06/1975,

---

<sup>31</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. “Questões atuais sobre as medidas cautelares no controle abstrato de constitucionalidade”; in: *Consultor Jurídico*. Artigo em revista digital. Acesso: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/wp-content/uploads/661-2148-1-PB.pdf>> em 10/05/2016, p. 2.

<sup>32</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. “Questões atuais sobre as medidas cautelares no controle abstrato de constitucionalidade”; in: *Consultor Jurídico*. Artigo em revista digital. Acesso: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/wp-content/uploads/661-2148-1-PB.pdf>> em 10/05/2016, p. 2: voto do Min. Castro Nunes, relator da Rp. nº. 94, *Arquivo Judiciário* 85:31 (32).

<sup>33</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. “Questões atuais sobre as medidas cautelares no controle abstrato de constitucionalidade”; in: *Consultor Jurídico*. Artigo em revista digital. Acesso: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/wp-content/uploads/661-2148-1-PB.pdf>> em 10/05/2016, p. 2.

se deparou com pedido de medida cautelar apresentado pelo Procurador-Geral da República, com base no art. 175 c/c o art. 22, IV, ambos do Regimento Interno do STF, com o objetivo de “garantir a eficácia da ulterior decisão da causa” (RTJ 76:343). Na altura, discordaram os ministros, principalmente Thompson Flores (relator) e Xavier Albuquerque sobre a possibilidade, mas entendeu-se pela possibilidade e pelo deferimento do pedido.<sup>34</sup>

Assim, antes mesmo de expressa autorização constitucional ou legal para a concessão de medida cautelar em ação direta, tal provimento já era admitido no controle abstrato de constitucionalidade, por meio de uma construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, assim como ocorreu com outros instrumentos decisórios.<sup>35</sup> O posicionamento iniciou-se no julgamento da Representação 933, em 1975, em que prevaleceu a ideia da existência de um poder geral de cautela, inerente ao exercício da função jurisdicional.<sup>36</sup>

A questão controversa restou superada, todavia, com a Emenda nº. 7, de 1977, que somou às competências originárias do STF o processamento e julgamento do “pedido de medida cautelar nas representações oferecidas pelo Procurador-Geral da República” (CF 1967/69, art. 119, I, p).<sup>37</sup> <sup>38</sup> Assim, pode-se afirmar que a possibilidade de concessão de tutela de urgência no Brasil foi instituída por meio do denominado Pacote de Abril de 77, no âmbito da então ação genérica de inconstitucionalidade.<sup>39</sup>

---

<sup>34</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. “Questões atuais sobre as medidas cautelares no controle abstrato de constitucionalidade”; in: *Consultor Jurídico*. Artigo em revista digital. Acesso: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/wp-content/uploads/661-2148-1-PB.pdf>> em 10/05/2016, p. 3-4.

<sup>35</sup> Pedro Luiz do Nascimento Filho: Medidas Cautelares em ADI, p. 6, citando ainda, em nota de rodapé: 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.

<sup>36</sup> Pedro Luiz do Nascimento Filho: Medidas Cautelares em ADI, p. 6, citando ainda, em nota de rodapé: Min. Rodrigues Alckmin p. 28 Relator Min. Thompson Flores, julgada em 5 de junho de 1975.

<sup>37</sup> Art. 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal: I – processar e julgar originariamente: p) o pedido de medida cautelar nas representações oferecidas pelo Procurador-Geral da República.

<sup>38</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. “Questões atuais sobre as medidas cautelares no controle abstrato de constitucionalidade”; in: *Consultor Jurídico*. Artigo em revista digital. Acesso: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/wp-content/uploads/661-2148-1-PB.pdf>> em 10/05/2016, p. 4-5.

<sup>39</sup> Arthur Maximus Monteiro. Controle de Constitucionalidade das Omissões Legislativas, p. 154, em nota de rodapé: O Pacote de abril de 77 foi uma mudança brusca na ordem constitucional urdida no governo do General Ernesto Geisel. Fechou-se o Congresso Nacional para, a pretexto de produzir uma “reforma do Judiciário”, aprovar-se uma série de alterações na Constituição destinadas a assegurar maioria parlamentar para o partido da ditadura (a Aliança Renovadora Nacional – ARENA), pois se prenunciava uma esmagadora derrota nas eleições do ano seguinte. Com um único voto – o seu – o

A atual previsão constitucional da medida cautelar em sede de ação direta, contida na CF/88, originou-se na Constituição de 1967/69, após a redação alterada pela Emenda Constitucional n. 7, de 13 de abril de 1977, que adicionou a alínea *p* ao art. 119, I, possibilitando ao STF processar e julgar o pedido cautelar nas “representações oferecidas pelo Procurador-Geral da República.”<sup>40</sup>

Lembre-se, ademais, que a possibilidade de liminares em ações de controle de constitucionalidade foi introduzida pela Emenda Constitucional 7/77, sendo certo que mesmo antes dessa previsão jurídica expressa o Supremo já as concedia, entendendo-as como instrumento indispensável da própria função jurisdicional.<sup>41</sup>

Todavia, antes da edição da emenda constitucional, a prática do STF já permitia a apreciação do pedido de medida cautelar, com fundamento principal no art. 170, §1º, do seu Regimento Interno, que, à época, possuía força de lei.<sup>42</sup> O Regimento Interno do Tribunal admitia as cautelares, em seu art. 21, IV, quando “necessárias à proteção de direito suscetível de grave dano de incerta reparação, ou ainda destinadas a garantir a eficácia da ulterior decisão da causa”.<sup>43</sup>

A Constituição Federal de 1988, então, passou a apresentar a figura da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI ou ADIn, como denominada anteriormente, que tomou maior dimensão no controle concentrado, notadamente em razão da ampliação do rol de legitimados à sua propositura<sup>44</sup>, mas apesar da alteração constitucional, ainda não havia legislação que regulasse as novas ações e seu pedido cautelar. Por esse motivo, o Supremo continuou a definir os procedimentos cabíveis por meio de seu regimento interno.<sup>45</sup> Isso

---

Presidente Geisel elegeu metade dos senadores, ao instituir a figura do “senador biônico”, eleito pelas assembleias legislativas dos Estados, amplamente dominadas pela Arena. Para além disso, estendeu-se o mandato presidencial de cinco para seis anos, diminuiu-se o quórum qualificado para aprovação de emendas constitucionais (de 2/3 para maioria absoluta de cada uma das casas do Congresso Nacional) e, por fim, a alteração do critério de proporcionalidade estadual para eleição de deputados, fazendo com que estados menores – onde a presença do Governo fazia-se mais evidente – detivessem proporcionalmente mais deputados do que estados populosos, onde a maioria da população pendia para a oposição. Para o histórico, cf. BASTOS, Celso Ribeiro, Curso de direito constitucional, *cit.*, p. 208. Cf. também CLÈVE, Clemerson Merlin. A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro, *cit.*, p. 235.

<sup>40</sup> André Ramos Tavares. Curso de Direito Constitucional, p. 308, citando ainda, em nota de rodapé: Referida emenda fora outorgada pelo então Presidente da República, que havia colocado em recesso o Congresso Nacional, tendo, os atos que praticou, como fundamento, o Ato Institucional n. 5.

<sup>41</sup> André Ramos Tavares. Curso de Direito Constitucional, p. 327-328, citando ainda, em nota de rodapé: Cf. Clèmerson M. Clève, *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 235.

<sup>42</sup> André Ramos Tavares. Curso de Direito Constitucional, p. 308.

<sup>43</sup> André Ramos Tavares. Curso de Direito Constitucional, p. 309.

<sup>44</sup> Pedro Luiz do Nascimento Filho: Medidas Cautelares em ADI, p. 6-7.

<sup>45</sup> Pedro Luiz do Nascimento Filho: Medidas Cautelares em ADI, p. 6-7.

ocorreu até o advento da lei nº. 9.868/99, também chamada de Lei da ADI e da ADC, que praticamente formalizou o que já existia na prática, acrescentando algumas inovações importantes, como, no que se refere às medidas cautelares, a possibilidade do relator submeter o processo diretamente a julgamento definitivo, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica.<sup>46</sup>

Para alguns autores, isto significou que “o julgamento do pedido liminar deixou de ser obrigatório, a critério do relator”, pois o novo rito passou a ser utilizado pelo Tribunal para evitar o que se denominou de *duplo julgamento* da demanda, tendo em vista a supressão da decisão provisória, em razão da própria decisão final de mérito, proferida desde logo.<sup>47</sup>

No entanto, observa-se que a finalidade da norma não era a de evitar o duplo julgamento, visto que o próprio texto aparenta instituir um procedimento excepcional, que teria sido criado para viabilizar uma decisão definitiva em um curto espaço de tempo, face à relevância da questão – e notadamente quando a questão constitucional precisa ser resolvida em um curto espaço de tempo, como no caso das medidas provisórias (antes de sua conversão em lei).<sup>48</sup>

Quando o Tribunal passou a admitir o deferimento da medida cautelar em todos os processos de controle abstrato de normas, excetuava-se a chamada ação direta de inconstitucionalidade por omissão.<sup>49</sup> Contudo, com a edição da lei nº. 12.063/09 (que alterou a lei nº. 9.868/99 e inseriu o art. 12-F), ficou prevista a possibilidade de deferimento de pedido cautelar também no caso da ADO<sup>50</sup>, apesar de certa incompatibilidade entre ambos, como comenta a doutrina: “se nem sequer a decisão de mérito resulta no suprimento da omissão, como admitir ser possível tal hipótese em juízo de urgência?”<sup>51</sup>

---

<sup>46</sup> Pedro Luiz do Nascimento Filho: Medidas Cautelares em ADI, p. 7.

<sup>47</sup> Pedro Luiz do Nascimento Filho: Medidas Cautelares em ADI, p. 7.

<sup>48</sup> Pedro Luiz do Nascimento Filho: Medidas Cautelares em ADI, p. 7.

<sup>49</sup> Arthur Maximus Monteiro: Controle de Constitucionalidade das Omissões Legislativas, p. 154-155, citando Gilmar Mendes, Jurisdição constitucional, p. 249.

<sup>50</sup> Arthur Maximus Monteiro: Controle de Constitucionalidade das Omissões Legislativas, p. 156, citando ainda, em nota de rodapé: MENDES, Gilmar Ferreira. Controle abstrato de constitucionalidade – ADI, ADC e ADO, p. 413-414.

<sup>51</sup> Arthur Maximus Monteiro: Controle de Constitucionalidade das Omissões Legislativas, p. 156, citando ainda: Cf. a Adin 361/DF, Relator Ministro Marco Aurélio, j. em 05.10.1990, publicada no DJU de 26.10.1990, a Adin 267/DF, Relator Ministro Celso de Mello, j. em 25.10.90, publicada no DJU de 31.10.1990, e a Adin 1.387/DF, Relator Ministro Carlos Velloso, j. em 06.03.1996, publicada no DJU de 13.03.96.

Sobre a concessão de medida cautelar em ação declaratória de constitucionalidade, há certa controvérsia, com o argumento de que a possibilidade não foi prevista expressamente pela Emenda Constitucional n. 3/93, logo, não deveria ser admitida. O art. 102, I, *p*, da Constituição autoriza a medida apenas no caso da ADI. Todavia, essa deficiência “é suprida pela aplicação de um regime tanto quanto possível idêntico à ação direta de inconstitucionalidade para a ação declaratória de constitucionalidade”.<sup>52</sup> Finalmente, com a edição da lei n.º. 9.868/99, regula-se o instituto da medida cautelar em ADC (além da ADI), mais especificamente em seu art. 21.<sup>53</sup>

Observa-se também que antes da promulgação da Constituição de 1988, e ausente previsão semelhante à do atual art. 102, I, *p*, na constituição anterior, o STF já havia admitido a suspensão cautelar de uma lei por meio da ação denominada de representação de inconstitucionalidade, com fundamento no que chamou de *poder geral de cautela*<sup>54</sup> e, especificamente em sede de ADC, entendeu pelo cabimento, com o efeito de sustar a prolação de qualquer decisão em processo que discuta sobre a constitucionalidade ou não da lei objeto da ação, até o seu julgamento definitivo.<sup>556</sup>

---

<sup>52</sup> André Ramos Tavares. Curso de Direito Constitucional, p. 327-328.

<sup>53</sup> André Ramos Tavares. Curso de Direito Constitucional, p. 328.

<sup>54</sup> Luís Roberto Barroso. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro, p. 282, citando ainda, em nota de rodapé: *RTJ*, 76:342, 1976, MC na Rep. 933-RJ, rel. Min. Thompson Flores.

<sup>55</sup> Luís Roberto Barroso. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro, p. 282-283, citando ainda, em nota de rodapé: *RTJ*, 169:383, 1999, ADCMC 4-DF, rel. Min. Sydney Sanches: “Em ação dessa natureza, pode a Corte conceder medida cautelar que assegure, temporariamente, tal força e eficácia à futura decisão de mérito. E assim é, mesmo sem expressa previsão constitucional da medida cautelar na ADC, pois o poder de acautelar é imanente ao de julgar. (...) Medida cautelar deferida, em parte, por maioria de votos para se suspender, *ex nunc*, e com efeito vinculante, até o julgamento final da ação, a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do art. 1º da lei n. 9.494, de 10.9.97, sustando-se, igualmente *ex nunc*, os efeitos futuros das decisões já proferidas nesse sentido”. Votaram vencidos os Ministros Marco Aurélio e Ilmar Galvão.

<sup>56</sup> Sobre a ADC n. 4, apresentada pelo Presidente da República e pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, no intuito de confirmar a constitucionalidade da lei n.º. 9.494/97, que proibia a concessão de tutela antecipada para assegurar o pagamento de vantagens ou vencimentos a servidores públicos, cf. ainda: Comentários à Constituição do Brasil – Comentário ao art. 102, §2º – Decisões definitivas de mérito – eficácia contra todos e efeito vinculante, por Gilmar Mendes e Lenio Luiz Streck, p. 1403-1404: “o Supremo Tribunal Federal considerou cabível a medida cautelar em sede de ação declaratória. Entendeu-se admissível que o Supremo Tribunal Federal exerça, em sede de ação declaratória de constitucionalidade, o poder cautelar que lhe é inerente, *‘enfazando, então, no contexto daquele julgamento, que a prática da jurisdição cautelar acha-se essencialmente vocacionada a conferir tutela efetiva e garantia plena ao resultado que deverá emanar da decisão final a ser proferida naquele processo objetivo de controle abstrato’*”.

### 3. POSITIVAÇÃO E REGULAÇÃO DA FIGURA: CONSTITUIÇÃO, LEI E JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

#### 3.1. Previsão constitucional: quais são os fundamentos constitucionais para a utilização da medida cautelar?

A adoção de medidas cautelares é decorrente sobretudo do direito fundamental de ação, combinado à necessidade de duração razoável do processo e de uma prestação jurisdicional efetiva.

O direito fundamental de ação, que sinaliza que o Poder Judiciário não poderá ser afastado de apreciar quaisquer lesões ou ameaças a direito, encontra-se previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988. A história dessa norma perpassa pela doutrina de Marshall, para o qual “um Estado cujas leis não outorgam um remédio para a violação dos direitos não pode ser qualificado como um governo de leis”. Tal ideia ganhou destaque no Brasil quando da confecção da primeira Constituição da República, com a colaboração de Rui Barbosa, em 1892, ao afirmar que, para cada direito individual violado, deveria haver um remédio judicial para solucionar a injustiça, ideia que foi positivada no Código Civil de 1916 (art. 75).<sup>57</sup>

Verifica-se que as Constituições de 1824, 1891, 1934 e 1937 não adotaram normas com conteúdo semelhante, fazendo com que o princípio da proteção jurisdicional fosse constitucionalizado somente na Constituição de 1946, que trazia na sua declaração de direitos e garantias individuais o comando de que “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual” (art. 141, §4º). A norma foi repetida na Constituição de 1967 (art. 50, §4º) e na Emenda Constitucional n. 1, de 1969 (art. 153, §4º).<sup>58</sup>

Por sua vez, a Constituição de 1988 estendeu a proteção à *ameaça* a direito, bem como retirou a menção a direito *individual*, prestigiando os direitos difusos e coletivos,

---

<sup>57</sup> Comentários à Constituição do Brasil – Comentário ao art. 5º, XXXV – Direito fundamental de ação, por Luiz Guilherme Marinoni, p. 358.

<sup>58</sup> Comentários à Constituição do Brasil – Comentário ao art. 5º, XXXV – Direito fundamental de ação, por Luiz Guilherme Marinoni, p. 358.

nos termos do art. 5º, XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.<sup>59</sup>

O direito à tutela jurisdicional também é garantido expressamente em diversas constituições estrangeiras, seja de forma mais ou menos abrangente.<sup>60</sup> A Constituição da República Portuguesa, que muito inspirou a brasileira, estabelece em seu art. 20º, 1, que “a todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios econômicos”. Assim, dirige expressa proibição ao Estado de dificultar o acesso ao direito de ação por questões de caráter econômico e impõe a criação de meios para oportunizar o seu exercício àqueles que não possuem condições econômicas.<sup>61</sup>

Durante o Estado liberal, o direito de ação passou a ser visto de forma dissociada do direito material pleiteado, dirigido contra o Estado e como uma “garantia da efetividade das posições substanciais outorgadas aos cidadãos pelo Estado burguês”, ou seja, como garantia da proteção da liberdade, da propriedade e dos mecanismos de mercado.<sup>62</sup> Na época, não havia tutela específica do direito material e, por consequência, não havia a necessidade de se criar “técnicas processuais idôneas às diferentes situações substanciais carentes de tutela jurisdicional”. “As tutelas jurisdicionais típicas dessa época, no plano civil, eram a declaratória e a ressarcitória pelo equivalente ao valor do dano ou da prestação não cumprida”, sendo estas as mais consentâneas com os valores do Estado Liberal, em que o dever da jurisdição era apenas o de proferir sentença e a tutela geralmente se limitava a “exprimir em dinheiro o valor da lesão, para o que a ação e o procedimento eram sempre adequados.”<sup>63</sup>

Percebe-se que o conteúdo clássico do direito consistia somente na imposição ao Estado de apresentar uma resposta ao pedido, solucionando, assim, o litígio. Esta ideia ainda se encontrava, de certa forma, presente no Código Processo Civil de 1973: “o juiz

---

<sup>59</sup> Comentários à Constituição do Brasil – Comentário ao art. 5º, XXXV – Direito fundamental de ação, por Luiz Guilherme Marinoni, p. 358.

<sup>60</sup> Para mais informações sobre o tema, cf. Comentários à Constituição do Brasil – Comentário ao art. 5º, XXXV – Direito fundamental de ação, por Luiz Guilherme Marinoni, p. 358.

<sup>61</sup> Comentários à Constituição do Brasil – Comentário ao art. 5º, XXXV – Direito fundamental de ação, por Luiz Guilherme Marinoni, p. 358.

<sup>62</sup> Comentários à Constituição do Brasil – Comentário ao art. 5º, XXXV – Direito fundamental de ação, por Luiz Guilherme Marinoni, p. 359.

<sup>63</sup> Comentários à Constituição do Brasil – Comentário ao art. 5º, XXXV – Direito fundamental de ação, por Luiz Guilherme Marinoni, p. 359.

não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei” (primeira parte do art. 126).<sup>64</sup>

Todavia esta vertente, tida como “princípio da proibição da negação de jurisdição”, faz parte do conteúdo do dever de prestação da tutela jurisdicional, que já não se exaure com a prolação da sentença, devendo buscar a efetiva tutela do direito material, realizando todos os atos executivos aí necessários.<sup>65</sup>

Mais uma vertente tradicional sobre o conteúdo do direito de ação reside na proibição de o legislador excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, proibindo o legislador de definir matérias que não podem ser questionadas perante o Poder Judiciário.<sup>66</sup>

Com a transformação da sociedade e do Estado e o surgimento de novas situações carentes de tutela, de conteúdo não patrimonial alteraram as razões de demandar a tutela jurisdicional e o seu conteúdo<sup>67</sup>, que passou a considerar o dever de tutelar cada direito na sua forma específica, notadamente os direitos fundamentais.<sup>68</sup>

Luiz Guilherme Marinoni ressalta que “A obrigação de compreender as normas processuais a partir do direito fundamental de ação dá ao juiz o poder-dever de encontrar a técnica processual idônea à proteção do direito material.”<sup>69</sup> Nesse sentido, podemos entender que o direito consubstanciado no art. 5º, XXXV, da Constituição é “um direito de ação abstrato e atípico, capaz de permitir a obtenção das várias tutelas prometidas pelo direito material. Ou seja, ele garante o direito ao procedimento adequado ou à técnica processual adequada, sem, obviamente, definir qual técnica processual está garantida ao jurisdicionado”<sup>70</sup>, incluída aí a autorização para a concessão de medidas cautelares, notadamente na referência a que a lei não pode excluir da apreciação do Judiciário

---

<sup>64</sup> Comentários à Constituição do Brasil – Comentário ao art. 5º, XXXV – Direito fundamental de ação, por Luiz Guilherme Marinoni, p. 359.

<sup>65</sup> Comentários à Constituição do Brasil – Comentário ao art. 5º, XXXV – Direito fundamental de ação, por Luiz Guilherme Marinoni, p. 359.

<sup>66</sup> Comentários à Constituição do Brasil – Comentário ao art. 5º, XXXV – Direito fundamental de ação, por Luiz Guilherme Marinoni, p. 359.

<sup>67</sup> Comentários à Constituição do Brasil – Comentário ao art. 5º, XXXV – Direito fundamental de ação, por Luiz Guilherme Marinoni, p. 362.

<sup>68</sup> Comentários à Constituição do Brasil – Comentário ao art. 5º, XXXV – Direito fundamental de ação, por Luiz Guilherme Marinoni, p. 362.

<sup>69</sup> Comentários à Constituição do Brasil – Comentário ao art. 5º, XXXV – Direito fundamental de ação, por Luiz Guilherme Marinoni, p. 362.

<sup>70</sup> Comentários à Constituição do Brasil – Comentário ao art. 5º, XXXV – Direito fundamental de ação, por Luiz Guilherme Marinoni, p. 362.

*ameaça de lesão* a direito: “A norma do art. 5º, XXXV, ao contrário das normas constitucionais anteriores que garantiam o direito de ação, afirmou que a lei, além de não poder excluir lesão, está proibida de excluir ‘ameaça de lesão’ da apreciação jurisdicional. O objetivo do art. 5º, XXXV, neste particular, foi deixar expresso que o direito de ação deve poder propiciar a tutela inibitória e ter a sua disposição técnicas processuais capazes de permitir a antecipação da tutela.”<sup>71</sup>

O autor em questão comenta ainda que há três correntes distintas no Supremo em relação à interpretação da garantia de tutela jurisdicional em caso de “ameaça a direito”.<sup>72</sup> A primeira defende que uma lei que proíbe a concessão de medidas liminares viola frontalmente o art. 5º, XXXV<sup>73</sup>. A segunda é radicalmente oposta, tendo o Min. Moreira Alves consignado em dois momentos distintos que a lei pode vedar a concessão de liminares, visto que a tutela antecipada não seria instituto constitucional, e sim criação da lei, podendo ser limitada por ela.<sup>74</sup> Já para a terceira posição, não se deve entender como inconstitucional qualquer restrição legal à concessão de liminar, devendo-se analisar a lei restritiva de acordo com um critério de razoabilidade.<sup>75</sup>

---

<sup>71</sup> Comentários à Constituição do Brasil – Comentário ao art. 5º, XXXV – Direito fundamental de ação, por Luiz Guilherme Marinoni, p. 363.

<sup>72</sup> Comentários à Constituição do Brasil – Comentário ao art. 5º, XXXV – Direito fundamental de ação, por Luiz Guilherme Marinoni, p. 363, citando ainda, em nota de rodapé: cf.: STF, Pleno, ADI n. 223/DF – MC, Rel. p/ Acórdão Min. Sepúlveda Pertence, DJU 29.06.1990; STF, Pleno, ADI n. 975/DF – MC, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU 20.06.1997; STF, Pleno, ADI n. 295/DF – MC, Rel. p/ Acórdão Min. Marco Aurélio, DJU 22.08.1997; STF, Pleno, ADC n. 4/DF – MC, Rel. Min. Sydney Sanches, DJU 21.05.1999; STF, Pleno, ADI n. 1576/DF – MC, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU 06.06.2003.

<sup>73</sup> Comentários à Constituição do Brasil – Comentário ao art. 5º, XXXV – Direito fundamental de ação, por Luiz Guilherme Marinoni, p. 363. Sobre o tema, cf. voto do Min. Celso de Mello na ADI n. 223/DF – MC e, no mesmo sentido, o voto do Min. Carlos Velloso na ADI n. 295 – MC.

<sup>74</sup> Comentários à Constituição do Brasil – Comentário ao art. 5º, XXXV – Direito fundamental de ação, por Luiz Guilherme Marinoni, p. 363. Sobre o tema, cf. voto do Min. Moreira Alves na ADI n. 223/DF – MC: “O proibir-se, em certos casos, por interesse público, a antecipação provisória da satisfação do direito material lesado ou ameaçado não exclui, evidentemente, da apreciação do Poder Judiciário a lesão ou ameaça a direito, pois ela se obtém normalmente na satisfação definitiva que é proporcionada pela ação principal, que, esta sim, não pode ser vedada para privar-se o lesado ou ameaçado de socorrer-se do Poder Judiciário”. Cf. ainda, o segundo momento: voto do Min. Moreira Alves na ADI n. 1.576/DF – MC.

<sup>75</sup> Comentários à Constituição do Brasil – Comentário ao art. 5º, XXXV – Direito fundamental de ação, por Luiz Guilherme Marinoni, p. 363. Sobre o tema, cf. voto do Min. Sepúlveda Pertence na ADI 223/DF – MC, que teve por objeto a MP que proibiu a concessão de liminar nas ações cautelares e nos mandados de segurança questionadores do Plano Econômico do Governo Collor: “A solução estará no manejo do sistema difuso, porque nele, em cada caso concreto, nenhuma medida provisória pode subtrair ao juiz da causa um exame da constitucionalidade, inclusive sob o prisma da razoabilidade, das restrições impostas ao seu poder cautelar, para, se entender abusiva essa restrição, se a entender inconstitucional, conceder a liminar, deixando de dar aplicação, no caso concreto, à medida provisória, na medida em que, em relação àquele caso, a julgue inconstitucional, porque abusiva”.

Luiz Guilherme Marinoni entende que, dentre as várias posições suscitadas pelo Supremo Tribunal Federal, a mais adequada seria a adotada pelo Min. Celso de Mello, para quem “o acesso à jurisdição, proclamado na norma constitucional de garantia, significa a possibilidade de irrestrita invocação da tutela jurisdicional cognitiva, da tutela jurisdicional executiva e da tutela jurisdicional cautelar do Estado.”<sup>76</sup>

Ou seja, conclui-se que é possível afirmar a inconstitucionalidade de uma lei que proíba a concessão de liminar, que o direito de ação, compreendido como o direito à técnica processual adequada, independe do reconhecimento do direito material em si e que o direito de ação “exige técnica antecipatória para a viabilidade do reconhecimento da verossimilhança do direito e do fundado receio de dano, sentença idônea para a hipótese de sentença de procedência e meio executivo adequado a ambas as hipóteses. Se o direito não for reconhecido como suficiente para a concessão da antecipação da tutela ou da tutela final, não há sequer como pensar em tais técnicas processuais.”<sup>77</sup>

Além disso, considerando-se a impossibilidade de prever a técnica processual mais adequada a cada situação fática, o legislador institui regras processuais abertas, que abrem margem de escolha ao juiz e às partes pela técnica processual considerada mais adequada ao caso concreto.<sup>78</sup> O art. 273 do CPC concede ao autor e ao juiz “o poder de utilizar a técnica antecipatória diante de todo e qualquer conflito, desde que presente i) fundado receio de dano ou ii) abuso de direito de defesa, ou que iii) parte da demanda tenha se tornado incontroversa no curso do processo”.<sup>79</sup>

Ressalta-se, por fim, que em momento não tão distante, só podiam ser utilizados os meios executivos tipificados na lei e que as liminares somente podiam ser concedidas em procedimentos especiais, diante de determinadas situações do caso concreto. A rigidez procedimental e a exigência da tipicidade dos meios executivos eram tidos como garantia de liberdade das partes, contra o arbítrio do juiz.<sup>80</sup> Porém, as novas situações de direito substancial geraram a necessidade de uma nova tutela jurisdicional mais adequada e da

---

<sup>76</sup> Comentários à Constituição do Brasil – Comentário ao art. 5º, XXXV – Direito fundamental de ação, por Luiz Guilherme Marinoni, p. 364.

<sup>77</sup> Comentários à Constituição do Brasil – Comentário ao art. 5º, XXXV – Direito fundamental de ação, por Luiz Guilherme Marinoni, p. 363.

<sup>78</sup> Comentários à Constituição do Brasil – Comentário ao art. 5º, XXXV – Direito fundamental de ação, por Luiz Guilherme Marinoni, p. 364.

<sup>79</sup> Comentários à Constituição do Brasil – Comentário ao art. 5º, XXXV – Direito fundamental de ação, por Luiz Guilherme Marinoni, p. 364.

<sup>80</sup> Comentários à Constituição do Brasil – Comentário ao art. 5º, XXXV – Direito fundamental de ação, por Luiz Guilherme Marinoni, p. 364-365.

tomada de consciência do dever de o Estado tutelar os direitos na forma específica, o que exige a atribuição de maiores poderes ao juiz.<sup>81</sup>

É assegurado também a todos o direito fundamental à razoável duração do processo, consubstanciado no art. 5º, LXXVIII: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Este direito foi acrescentado por aquela dentre as dezenas de emendas constitucionais que teve por objeto o art. 5º da Constituição, ou seja, o rol de direitos fundamentais individuais. Apesar do rol original ser aparentemente bastante amplo e completo, deve ser considerada de grande relevância, e mesmo uma evolução natural, a previsão do direito à razoável duração do processo.<sup>82</sup>

Já se entendia que o direito em questão era, de certa forma, garantido pelo direito de ação e pelo direito ao devido processo legal. Todavia, as duas perspectivas (quantitativa e qualitativa) do direito à tutela judicial, por vezes, apresentam-se de forma contraditória ou em relação de consecutividade, podendo se admitir que a ampliação do acesso chegue a gerar uma perda de qualidade na prestação jurisdicional. Assim, a inclusão do referido direito no rol do art. 5º da CF/88 parece consagrar uma nova fase do constitucionalismo brasileiro, em que, já assegurado o amplo acesso à justiça (quantidade), passa a se preocupar com a qualidade da prestação jurisdicional,<sup>83</sup> o que está em sintonia com a tendência verificada em convenções internacionais de direitos humanos, sendo talvez o dispositivo mais invocado e discutido no âmbito supranacional.<sup>84</sup>

Importa ressaltar sobre o tema que a razoável duração do processo não se destina a vincular apenas o processo propriamente dito, mas intenta garantir ainda os demais meios que atribuem celeridade à sua tramitação, o que se dá em razão do “reconhecimento de que a preservação desse direito fundamental depende em larga medida de investimentos do poder público e de uma melhoria na gestão da administração da justiça”, ou seja, além

---

<sup>81</sup> Comentários à Constituição do Brasil – Comentário ao art. 5º, XXXV – Direito fundamental de ação, por Luiz Guilherme Marinoni, p. 365.

<sup>82</sup> Comentários à Constituição do Brasil – Comentário ao art. 5º, LXXVIII – Direito fundamental à razoável duração do processo, por Samuel Miranda Arruda, p. 507.

<sup>83</sup> Comentários à Constituição do Brasil – Comentário ao art. 5º, LXXVIII – Direito fundamental à razoável duração do processo, por Samuel Miranda Arruda, p. 507-508. Sobre a razoável duração do processo no constitucionalismo brasileiro, cf. também a obra referida.

<sup>84</sup> Comentários à Constituição do Brasil – Comentário ao art. 5º, LXXVIII – Direito fundamental à razoável duração do processo, por Samuel Miranda Arruda, p. 508. Sobre a razoável duração do processo no direito internacional dos direitos humanos, cf. também a obra referida.

de obrigar aos próprios juízes e tribunais (destinatários principais da norma), o direito exige medidas de política e gestão judiciária.<sup>85</sup>

Sobre a vinculação do Estado-juiz, comenta Samuel Miranda Arruda: “É lamentável que o Poder Judiciário – em certa medida estimulado pelo Legislativo – esteja limitando-se a mitigar os efeitos da morosidade crônica através da concessão de medidas liminares que se constituem em decisões rápidas, porém precárias e incertas, que não asseguram o cumprimento do direito fundamental, mas apenas diminuem algumas das consequências mais agudas da demora, perpetuando, contudo, a insegurança jurídica e vulnerando cláusulas como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.”<sup>86</sup>

Uma dificuldade que pode ser apontada passa pela definição do conteúdo do direito à razoável duração do processo. Assim, busca-se delimitá-lo primeiro negativamente. Sabe-se que a definição de “tempo razoável” não deve ser confundida com a de “prazo processual” ou, em outras palavras, para que se considere violado o direito fundamental, é necessário um período de tempo superior ao do simples decurso ou descumprimento do prazo processual fixado por lei para a prática daquele ato. Na realidade, não se pode sequer fixar *a priori* um prazo específico após o qual se considere violada a duração razoável do processo, como uma regra geral. A violação em questão deve ser analisada caso a caso, consideradas as peculiaridades de cada processo específico, observados também os critérios orientadores definidos na jurisprudência dos tribunais de direitos humanos, o que vem sendo acatado pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça.<sup>87</sup>

### **3.2. Fundamentos constitucionais e legais das ações diretas: há previsão de medida cautelar na constituição para as ações diretas? E na legislação?**

Quanto à previsão na Constituição Federal de 1988 das ações de controle concentrado de constitucionalidade, podemos afirmar que a ação direta de

---

<sup>85</sup> Comentários à Constituição do Brasil – Comentário ao art. 5º, LXXVIII – Direito fundamental à razoável duração do processo, por Samuel Miranda Arruda, p. 509-510.

<sup>86</sup> Comentários à Constituição do Brasil – Comentário ao art. 5º, LXXVIII – Direito fundamental à razoável duração do processo, por Samuel Miranda Arruda, p. 510.

<sup>87</sup> Comentários à Constituição do Brasil – Comentário ao art. 5º, LXXVIII – Direito fundamental à razoável duração do processo, por Samuel Miranda Arruda, p. 510.

inconstitucionalidade – ADI encontra-se expressa no art. 102, I "a"; a ação direta de inconstitucionalidade por omissão – ADO, no art. 102, I, "a", combinado com o art. 103, §2º; a ação declaratória de constitucionalidade – ADC, no art. 102, I, "a"; e a arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF, no art. 102, §1º. A medida cautelar, por sua vez, é prevista constitucionalmente apenas para as ações diretas de inconstitucionalidade, no art. 102, I, "p".<sup>88</sup>

Quanto à legislação pátria que regula as referidas ações, temos que a ação direta de inconstitucionalidade – ADI é regulada pela lei nº. 9.868/99, bem como a ação declaratória de constitucionalidade – ADC. A ação direta de inconstitucionalidade por omissão – ADO tem base no mesmo documento, mas acrescida à lei nº. 12.063/09. Já a arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF, é disciplinada pela lei nº. 9.882/99.

Em relação ao pedido de medida cautelar, verifica-se que, na lei nº. 9.868/99, os artigos 10 a 12 tratam da figura da medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade; os artigos 12-F e 12-G tratam da cautelar em ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigos acrescentados pela lei nº. 12.063/2009); e o artigo 21, sobre a medida cautelar em ação declaratória de constitucionalidade. Nota-se ainda que a lei nº. 9.882/99, que disciplina a ADPF, não faz qualquer menção à tutela cautelar.

A seguir, serão destacados alguns pontos de maior relevância quanto à regulação da figura.

---

<sup>88</sup> Constituição Federal de 1988:

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;

[...]

p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;

[...]

§ 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

[...]

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

[...]

§ 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

[...]

### 3.2.1 Terminologia empregada pela constituição e pela lei: como deve ser entendida a expressão “medida cautelar”?

Para Arthur Maximus Monteiro, o instituto utilizado na jurisdição constitucional, na verdade, não corresponde às clássicas medidas cautelares instituídas nos artigos 796 e seguintes do CPC, ou seja, “medidas acessórias a um processo principal, sem qualquer conteúdo satisfativo”.<sup>89</sup> Segundo a doutrina, “o que se tem é uma *antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional*”, medidas previstas no art. 273 do Código de Processo Civil.<sup>90</sup>

Diferente das cautelares, a antecipação dos efeitos da tutela permite à parte usufruir imediatamente do direito pleiteado. “Trata-se de verdadeira antecipação de julgamento da demanda. Não é por outra razão que, neste caso, o requisito de plausibilidade do direito é mais estrito (*“prova inequívoca da verossimilhança”* do direito alegado), enquanto na medida cautelar exige-se da parte tão somente a aparência de plausibilidade (*“fumus boni iuris”*) desse mesmo direito.”<sup>91</sup> Ou seja, quando o Supremo defere uma medida cautelar em ação direta, de fato, antecipa os efeitos de um futuro julgamento de mérito.<sup>92</sup> “Embora os efeitos de tais medidas sejam ordinariamente *ex nunc*, o fato é que não deixam de ser um *julgamento antecipado* da demanda.”<sup>93</sup>

Segundo André Ramos Tavares, o termo *cautelar* trazido pelo art. 102, I, *p*, da Constituição Federal deve ser desvinculado da “carga semântica imposta pela legislação processual infraconstitucional e pela doutrina mais recentes”, e entendido como uma referência a todos os tipos de medidas preliminares, de caráter provisório, à exceção do denominado julgamento antecipado da lide, e cuja concessão seja pautada em fundamentos sólidos, também por se possuir caráter excepcional.<sup>94</sup> Esta seria, inclusive a orientação contida no Regimento Interno do STF, que prevê a concessão de medidas

---

<sup>89</sup> Arthur Maximus Monteiro: Controle de Constitucionalidade das Omissões Legislativas, p. 155.

<sup>90</sup> Arthur Maximus Monteiro: Controle de Constitucionalidade das Omissões Legislativas, p. 155.

<sup>91</sup> Arthur Maximus Monteiro: Controle de Constitucionalidade das Omissões Legislativas, p. 155, citando ainda, em nota de rodapé: DINAMARCO, Cândido Rangel, p. 142-148.

<sup>92</sup> Arthur Maximus Monteiro: Controle de Constitucionalidade das Omissões Legislativas, p. 155, citando ainda, em nota de rodapé: “Gilmar Mendes, *cum grano salis*, chega a compartilhar da mesma ideia, ao afirmar 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’”. (MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade – ADI, ADC e ADO, p. 413

<sup>93</sup> Arthur Maximus Monteiro: Controle de Constitucionalidade das Omissões Legislativas, p. 155, citando ainda, em nota de rodapé: sobre os efeitos da medida cautelar, cf. SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo, p. 546.

<sup>94</sup> André Ramos Tavares. Curso de Direito Constitucional, p. 308-309.

cautelares quando “necessárias à proteção de direito suscetível de grave dano de incerta reparação, ou ainda destinadas a garantir a eficácia da ulterior decisão da causa” (art. 21, IV).<sup>95</sup>

Também para Pedro Luiz do Nascimento Filho, a atecnia do conceito utilizado não causa maiores problemas: “A diferenciação conceitual é secundária, pois há confusão entre os dois tipos de tutela de urgência no controle concentrado de constitucionalidade. Isto porque a principal característica das medidas cautelares em ADIs talvez seja seu caráter satisfativo, visto que a liminar concedida suspende de imediato os efeitos da norma impugnada.”<sup>96</sup>

Ainda para este autor, a cautelar concedida em sede de ação direta de inconstitucionalidade se diferencia do modelo de cautelar instituído pelo processo civil, tanto em relação aos requisitos para concessão, quanto aos efeitos, sendo estes praticamente os mesmo da decisão final de mérito: “Basicamente a única diferença entre provimento liminar e de mérito está na provisoriedade daquele.”<sup>97</sup> Importa destacar que, já que podem suprimir a eficácia da norma, ou seja, ter os mesmos efeitos do provimento definitivo, quando se trata de questões constitucionais, pode-se ter como consequência a obstrução de “grades reformas econômicas” ou de “importantes agendas de governo.”<sup>98</sup>

### **3.2.2. Processamento e julgamento do pedido cautelar**

Sabe-se que a Lei nº. 9.868/99 veio regular as ações diretas de inconstitucionalidade e as ações declaratórias de constitucionalidade. Tratando-se especificamente das primeiras, temos que a lei estabeleceu dois ritos para o seu processamento, um geral, que deve ser considerado ordinário, e outro abreviado, que pode ser denominado especial.<sup>99</sup>

---

<sup>95</sup> André Ramos Tavares. Curso de Direito Constitucional, p. 309.

<sup>96</sup> Pedro Luiz do Nascimento Filho: Medidas Cautelares em ADI, p. 8.

<sup>97</sup> Pedro Luiz do Nascimento Filho: Medidas Cautelares em ADI, p. 9, citando ainda, em nota de rodapé: “Há uma pequena diferença quanto à modulação dos efeitos da decisão. Como regra geral, as liminares proferidas têm eficácia *ex nunc*, enquanto as sentenças definitivas geram em regra efeitos *ex tunc*. Entretanto, em ambos os casos o tribunal pode escolher entre efeitos retroativos ou efeitos apenas a partir da decisão.”

<sup>98</sup> Pedro Luiz do Nascimento Filho: Medidas Cautelares em ADI, p. 3-4.

<sup>99</sup> Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz. A exceção que virou regra: a equivocada aplicação do art. 12 da lei n.º 9.868/1999 e a necessidade de sua releitura, p. 528, in: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 534.

Segundo o rito ordinário (arts. 6º e 8º da Lei nº. 9.868/99), quando a ação chega ao relator, este deve solicitar aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado as informações pertinentes, no prazo de 30 dias. A seguir, também terão oportunidade de se manifestar, sucessivamente, o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, em 15 dias cada. Por este trâmite, temos um prazo legal mínimo para julgamento da ação de 60 dias. Observa-se, todavia, que este é o mínimo possível, mas que, na prática, o prazo é sempre superior aos 60 dias (algumas vezes, muito superior, inclusive), pois, com o decurso dos referidos prazos legais, o processo é concluso ao relato e fica aguardando a elaboração do relatório e do voto, bem como a indicação de data e a inclusão na pauta de julgamento do Plenário. Em alguns casos, existe a possibilidade também, a critério do relator, da realização de audiências públicas, da requisição de outras informações e da designação de peritos, segundo se percebe pela leitura do art. 9.º da Lei n.º 9.868/99.<sup>100</sup>

Já o rito anteriormente denominado de especial (art. 12 da Lei nº. 9.868/99), *in litteris*: “havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação”.<sup>101</sup> Assim, uma ação que tramita por este rito pode vir a ser julgada em definitivo em apenas 20 dias (soma dos prazos legais mencionados), ou seja, um terço do prazo mínimo correspondente ao rito ordinário. Se a redução dos prazos é necessária, em razão da exigência de celeridade face à “relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica”, uma observação importante deve ser feita desde logo: “A adoção do rito do art. 12 deve ser *excepcional*, dentre outros motivos, porque a redução do tempo necessário à cognição definitiva aumenta os riscos de erro da Suprema Corte.”<sup>102</sup>

---

<sup>100</sup> Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz. A exceção que virou regra: a equivocada aplicação do art. 12 da lei n.º 9.868/1999 e a necessidade de sua releitura, p. 528, in: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 534-535.

<sup>101</sup> Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz. A exceção que virou regra: a equivocada aplicação do art. 12 da lei n.º 9.868/1999 e a necessidade de sua releitura, p. 528, in: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 535.

<sup>102</sup> Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz. A exceção que virou regra: a equivocada aplicação do art. 12 da lei n.º 9.868/1999 e a necessidade de sua releitura, p. 528, in: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 535.

Acredita-se que consiste em uma novidade importante trazida pela lei nº. 9.868/99 a referida norma que reside no art. 12, que autoriza o relator a adotar um rito mais célere para o julgamento definitivo da ação direta (submissão ao pleno), em razão de aspectos particulares do caso concreto, que envolvam a relevância da matéria e seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, após a prestação das informações pertinentes e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República.<sup>103</sup>

Ou seja, sobre a medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade, estabelece a lei como regra geral que será concedida apenas por concordância entre a maioria absoluta dos membros do Tribunal, reunidos em sessão plenária, com a presença de pelo menos oito Ministros. A exceção prevista para tal remete aos períodos de recesso forense, quando o pedido deverá ser analisado pelo Presidente do Tribunal, conforme o art. 13, VIII, do seu Regimento Interno, devendo a decisão ser submetida posteriormente ao referendo do Plenário. É prevista ainda a audiência dos órgãos ou autoridades que emitiram a lei ou o ato normativo impugnado sobre o pedido cautelar, no que devem se manifestar em cinco dias (art. 10), podendo ser dispensada tal providência em caso de excepcional urgência (art. 10, §1º). Caso necessário, podem ser ouvidos ainda o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, em três dias, e os próprios requerente e requerido, em sustentação oral.<sup>104</sup>

Concedida a medida, o Tribunal deverá providenciar a publicação da decisão e a tomada de informações, a serem prestadas em até trinta dias (art. 11). A concessão da medida terá eficácia *erga omnes* e será, em regra, *ex nunc*, podendo-se atribuir-lhe eficácia retroativa (§1º).<sup>105</sup> A referida eficácia contra todos constitui um traço

---

<sup>103</sup> Luís Roberto Barroso. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro, p. 233-234.

<sup>104</sup> Luís Roberto Barroso. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro, p. 232.

<sup>105</sup> Luís Roberto Barroso. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro, p. 232-233, citando ainda, em nota de rodapé: Bem antes da Lei n. 9.868/99, o STF já havia admitido a possibilidade de dar caráter retroativo à medida cautelar, nos casos em que o dispositivo impugnado houvesse determinado a perda dos efeitos decorrentes da norma por ela revogada. V. *DJU*, 22 nov. 1991, ADInMC 596-RJ, rel. Min. Moreira Alves: “Quando a norma impugnada tem os seus efeitos exauridos logo após sua entrada em vigor, mas com repercussão indireta no futuro pela desconstituição de atos pretéritos, repercussão essa a justificar a concessão da liminar, tal concessão se dá para o efeito único possível de suspender a eficácia da norma *ex tunc*, certo como é que não se pode suspender para o futuro o que já se exauriu no passado”.

No mesmo sentido, cf. Comentários à Constituição do Brasil – Comentário ao art. 102, I, b a r, especificamente a alínea p – Medida cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade, por Gilmar Mendes e Lenio Luiz Streck, p. 1373.

característico das decisões em sede controle concentrado. Há precedentes no sentido de atribuir-lhe efeito vinculante.<sup>106</sup>

Ressalta-se mais uma vez que a Constituição autoriza expressamente a concessão de medida cautelar apenas nas ações diretas de inconstitucionalidade.<sup>107</sup> Sobre o dispositivo, Luís Roberto Barroso comenta que se trata de medida de caráter excepcional, em razão da presunção de validade dos atos estatais, neste caso, os normativos, mas que, na prática, o deferimento da medida acaba por assumir, muitas vezes, contornos definitivos, o que será aprofundado em momento oportuno.<sup>108</sup>

Para Gilmar Mendes e Lenio Luiz Streck, o sistema jurídico brasileiro é extremamente complexo, razão pela qual a possibilidade de concessão de medidas cautelares em sede de jurisdição constitucional é algo de fundamental importância.<sup>109</sup>

Os artigos 2º a 9º da lei nº. 9.868/99 tratam do procedimento padrão de julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade. Os artigos 10 e 11 regulam o seu processamento quando há pedido de medida cautelar, os quais estabelecem que a concessão da medida deverá se dar por concordância da maioria absoluta dos membros do tribunal, salvo em períodos de recesso ou férias, quando pode haver decisão monocrática, a ser submetida posteriormente ao referendo do pleno. Nessa situação excepcional, prevista no art. 10 da legislação supramencionada, o Presidente do Tribunal assume a competência atípica para analisar o pedido, conforme estabelece o art. 13, VIII,

---

<sup>106</sup> Luís Roberto Barroso. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro, p. 232-233, citando ainda, em nota de rodapé: *DJU*, 22 abr. 2003, MC na Rcl 2.256-1, rel. Min. Gilmar Mendes: “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 a desaplicação da lei cuja vigência restou suspensa”.

<sup>107</sup> Luís Roberto Barroso. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro, p. 230, citando ainda, em nota de rodapé: CF, art. 102, I, *p*: compete ao STF processar e julgar, originariamente, “o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade”. No regime constitucional anterior, o STF decidiu que, independentemente de previsão constitucional expressa, era possível a concessão de medida cautelar (*RTJ*, 76:343, 1976, Rep 933-RJ, rel. Min. Thompson Flores). A Emenda Constitucional n. 7, de 1977, à Constituição de 1967-69, acrescentou expressamente ao elenco de competências originárias do STF a apreciação do pedido de medida cautelar

<sup>108</sup> Luís Roberto Barroso. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro, p. 230.

<sup>109</sup> Comentários à Constituição do Brasil – Comentário ao art. 102, I, *b a r*, especificamente a alínea *p* – Medida cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade, por Gilmar Mendes e Lenio Luiz Streck, p. 1373.

do Regimento Interno do STF, devendo, logo após o término do período de recesso ou de férias, submeter a decisão a referendo do Plenário.<sup>110</sup>

A esse respeito, observa-se que Gilmar Mendes e Lenio Streck afirmam que não apenas a *concessão*, mas a *apreciação* do pedido devem ser obrigatoriamente feitas em Plenário e afirmam ainda que já houve casos em que “circunstâncias específicas de especial urgência justificaram decisões cautelares monocráticas, posteriormente referendadas pelo Plenário do STF.”<sup>111</sup>

Observa-se que o trâmite da ação direta com pedido cautelar deve divergir do da ação em trâmite normal, sem pedido cautelar.<sup>112</sup> Com a soma de todos os prazos legais, o procedimento normal deve durar, no mínimo, 90 dias. Quando há pedido de medida cautelar, os prazos são bem reduzidos e pode ser dispensada a oitiva da AGU e da PGR, a depender do requisito da “excepcional urgência”.<sup>113</sup> Assim, o tempo total do procedimento pode levar uma semana ou, se houver máxima urgência, a decisão pode ser tomada de imediato, sem ouvir ninguém. Ou seja, a diferença fundamental entre os dois ritos encontra-se nos prazos de manifestação.<sup>114</sup>

No tocante à formulação do pedido de medida cautelar, o Supremo não tem admitido que outros atores que não o próprio autor da ação direta o façam<sup>115</sup>, o que é criticado por Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz: “Tal entendimento do STF é, com as devidas vênias, criticável, porquanto pautado em visão formalista e defensiva. Em nossa

---

<sup>110</sup> Comentários à Constituição do Brasil – Comentário ao art. 102, I, b a r, especificamente a alínea p – Medida cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade, por Gilmar Mendes e Lenio Luiz Streck, p. 1373.

<sup>111</sup> Comentários à Constituição do Brasil – Comentário ao art. 102, I, b a r, especificamente a alínea p – Medida cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade, por Gilmar Mendes e Lenio Luiz Streck, p. 1373. Cita como exemplos: ADI 4.451-REF-MC, Rel. Min. Ayres Brito, julg. em 2.9.2010; ADI 4.307-REF-MC, Rel. Min. Cármen Lúcia, jug. em 11.11.2009, Plenário, DJE de 5.3.2010; ADI 4.232-MC, Rel. Min. Menezes Direito, DJ 22.5.2009; ADI 4.190-MC, Rel. Min. Celso de Mello; ADI 2.849, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 22.5.2009.

<sup>112</sup> Pedro Luiz do Nascimento Filho: Medidas Cautelares em ADI, p. 7-8.

<sup>113</sup> Comentários à Constituição do Brasil – Comentário ao art. 102, I, b a r, especificamente a alínea p – Medida cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade, por Gilmar Mendes e Lenio Luiz Streck, p. 1373. Comentam os autores: “A liminar poderá ser concedida com ou sem oitiva dos órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato impugnado, dependendo do requisito da ‘excepcional urgência’ (art. 10, *caput* e §§ 1º, 2º e 3º, da Lei 9.868/99).”

<sup>114</sup> Pedro Luiz do Nascimento Filho: Medidas Cautelares em ADI, p. 7-8.

<sup>115</sup> Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz. A exceção que virou regra: a equivocada aplicação do art. 12 da lei n.º 9.868/1999 e a necessidade de sua releitura, p. 528, in: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Para a posição do STF, cf. decisões monocráticas proferidas na ADIn 2904, Rel. Min. Menezes Direito, j. 27.05.2008, DJE 06.06.2008, e na ADIn 4858, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 21.02.2013.

visão, os pedidos formulados por *amicus curiae* legitimados à propositura da ADIn deveriam ser conhecidos. O fato de aqueles atores não integrarem, formalmente, a relação processual não deveria ser obstáculo a tanto. Afinal, se o ente possui legitimidade para a ação, ele pode, em tese, propor uma nova ADIn e formular, em seu bojo, o pedido que o STF entende incabível nas ações já propostas. Impedir que *amici curiae* legitimados postulem liminares incidentais só incentiva o ajuizamento de novas ações.”<sup>116</sup>

### 3.2.3. Requisitos para concessão da cautelar:

No tocante à cognição no julgamento cautelar, pode-se dizer que não é plena. Basta que o autor demonstre o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris* para que a medida seja concedida. Ou seja, o juiz, ao apreciar o pedido cautelar, não analisa o mérito da questão, ou o faz apenas de forma superficial. Assim, indaga-se por que o juiz não poderia realizar desde logo o julgamento definitivo. Pedro Luiz do Nascimento Filho afirma que se trata de “um problema que envolve questões de prova e de contraditório”, pois no julgamento provisório, não haveriam provas suficientes à decisão final, visto que se julga com base em “plausibilidade”, deixando-se o julgamento definitivo e exauriente para após a fase de instrução do processo. Em relação ao contraditório, afirma que a regra é que a concessão da cautelar se dê sem a oitiva da outra parte.<sup>117</sup>

No entanto, afirma que, no controle abstrato de constitucionalidade brasileiro, as referidas diferenças tornam-se pouco relevantes, pois nesta seara não há, em regra, provas a produzir e nem partes propriamente ditas, o que acaba por mitigar a observância, em sentido estrito, das garantias individuais do contraditório e da ampla defesa.<sup>118</sup> E ainda que não acredita haver no controle abstrato “uma cognição sumária e outra cognição ‘plena’”, visto que “o material sobre o qual incide a cognição nas medidas cautelares em ADI é basicamente o mesmo sobre o qual incide a cognição no julgamento de mérito”. Assim, se tanto a cognição quanto os efeitos decorrentes das decisões cautelar e final são

---

<sup>116</sup> A exceção que virou regra: a equivocada aplicação do art. 12 da lei n.º 9.868/1999 e a necessidade de sua releitura, p. 528, em nota de rodapé, in: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

<sup>117</sup> Pedro Luiz do Nascimento Filho: Medidas Cautelares em ADI, p. 10.

<sup>118</sup> Pedro Luiz do Nascimento Filho: Medidas Cautelares em ADI, p. 11, citando ainda, DIMOULIS e LUNARDI.

quase idênticos, que não haveria sentido em se prever a possibilidade de medida cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade.<sup>119</sup>

Sobre os requisitos para a concessão da cautelar em ação direta, afirma Luís Roberto Barroso que a jurisprudência do Supremo é pacífica ao estabelecê-los: “a) a plausibilidade jurídica da tese exposta (*fumus boni iuris*); b) a possibilidade de prejuízo decorrente do retardamento da decisão postulada (*periculum in mora*); c) a irreparabilidade ou insuportabilidade dos danos emergentes dos próprios atos impugnados; e d) a necessidade de garantir a ulterior eficácia da decisão.”<sup>120</sup>

Para Gilmar Mendes e Lenio Streck, é pacífico na jurisprudência do Supremo que além do *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, exige-se ainda a *conveniência* da concessão da medida cautelar. Este último chegaria mesmo a substituir o *periculum in mora* em alguns casos, como razão justificadora da concessão da liminar.<sup>121</sup> Para Luís Roberto Barroso, alguns julgados realmente se referem à *conveniência* da medida, que envolveria a ponderação entre o proveito e o ônus da suspensão provisória<sup>122</sup> e também à *relevância do pedido*, que parece englobar a fumaça do bom direito e o risco de manter-se a eficácia do ato questionado<sup>123</sup>.

Este último doutrinador observa ainda que o ajuizamento tardio da ação, ou seja, quando decorre muito tempo entre a edição do ato normativo impugnado e o ajuizamento

---

<sup>119</sup> Pedro Luiz do Nascimento Filho: Medidas Cautelares em ADI, p. 11.

<sup>120</sup> Luís Roberto Barroso. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro, p. 231, citando ainda, em nota de rodapé: STF, *RTJ*, 130:5, 1989, 178:75, 1989.

<sup>121</sup> Comentários à Constituição do Brasil – Comentário ao art. 102, I, b a r, especificamente a alínea p – Medida cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade, por Gilmar Mendes e Lenio Luiz Streck, p. 1373. Comentam ainda os autores: “Nesse sentido, citem-se, apenas a título ilustrativo, os seguintes precedentes: ADI MC 2.314, Rel. Min. Moreira Alves DJ 8.6.2001; ADI 568, Rel. Min. Celso de Melo, DJ 27.9.1991; ADI 165, Rel. Min. Celso de Melo, DJ 26.9.1997; ADI 2.290, Rel. Min. Moreira Alves, DJe 31.5.2001; ADI 2.034, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 18.2.2000; ADI MC 2.028, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 23.11.1999; ADI MC 1.942, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 22.10.1999; ADI MC 1.921, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 12.3.1999; ADI MC 1.719, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 27.2.1998; ADI MC 1.087, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 7.4.1995.”

<sup>122</sup> Luís Roberto Barroso. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro, p. 231, citando ainda, em nota de rodapé: STF, *DJU*, 2 abr., 1993, p. 5617, ADInMC 834-0-MT, rel. Min. Celso de Mello: “A suspensão cautelar da eficácia de preceito normativo pode ter por fundamento razões de conveniência (...)”. V. também STF, *DJU*, 18 maio 2001, p. 430, ADInMC 1.549-4-RJ, rel. Min. Francisco Rezek: “No juízo liminar da ADIn é imperioso que, além do aspecto de bom direito na tese do autor, tenha-se como seguro que os danos resultantes da continuidade da vigência da norma são maiores que aqueles que adviriam de sua suspensão até o juízo definitivo”.

<sup>123</sup> Luís Roberto Barroso. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro, p. 231, citando ainda, em nota de rodapé: STF, *RDA*, 181-182:285, 1990, ADIn 400, rel. Min. Marco Aurélio.

da ação, impede o reconhecimento de *periculum in mora* e a consequente negativa de concessão da medida cautelar.<sup>124</sup>

Por fim, sobre os requisitos para concessão, destaca-se que houve casos em que o Supremo Tribunal chegou a conceder a medida apesar da ciência da irreversibilidade daquela decisão.<sup>125</sup>

### 3.2.4. Efeitos da decisão cautelar:

No tocante aos efeitos da decisão cautelar em ação direta de inconstitucionalidade, há uma diferença quando do seu deferimento ou indeferimento. Enquanto este não possui efeito vinculante<sup>126</sup>, aquele importa na suspensão do julgamento de quaisquer processos em trâmite no STF, até a decisão final da ação direta.<sup>127</sup> Em relação aos processos que discutem a aplicação ou não da lei suspensa liminarmente em ação direta e que tramitam junto a outros órgãos judiciais, há uma certa dúvida em relação aos efeitos, havendo precedentes no sentido de estender os efeitos liminares também a eles<sup>128</sup>, inclusive tendo sido aceita reclamação contra a decisão que não observou a medida cautelar concedida em ação direta.<sup>129</sup>

---

<sup>124</sup> Luís Roberto Barroso. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro, p. 231, citando ainda, em nota de rodapé: STF, *RTJ*, 152:692, 1995; *DJU*, 11 jun. 1999, p. 8, ADIn 1.935-3-RO, rel. Min. Marco Aurélio. Tal regra, todavia, não é absoluta: por vezes “é possível utilizar-se do critério de conveniência, em lugar do ‘periculum in mora’, para a concessão de medida cautelar” (STF, *DJU*, 7 abr. 1995, ADInMC 1.087-5-RJ, rel. Min. Moreira Alves).

<sup>125</sup> Pedro Luiz do Nascimento Filho: Medidas Cautelares em ADI, p. 10. Nesse sentido, cita-se a ADI 3825, de 2006.

<sup>126</sup> Luís Roberto Barroso. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro, p. 231-232, citando ainda, em nota de rodapé: *Inf. STF*, 271:1, jun. 2002, QO na Rcl 2.063-RJ, rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Ellen Gracie. Como consequência, não caberá reclamação, no caso de indeferimento da medida cautelar, contra a decisão de juiz de primeiro grau que deixou de aplicar a lei impugnada, por entendê-la inconstitucional. V. *Inf. STF* n. 370, AgR na Rcl 2.180-MG, rel. Min. Marco Aurélio, na qual o STF entendeu, por maioria, que a negativa do pedido de liminar não implica a presunção de constitucionalidade da norma atacada.

<sup>127</sup> Luís Roberto Barroso. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro, p. 231-232, citando ainda, em nota de rodapé: *DJU*, 29 maio 1998, QO no RE 168.277-RS, rel. Min. Ilmar Galvão; e também *Inf. STF*, 142:2, mar. 1999, RE 232.896-PA, rel. Min. Carlos Velloso.

<sup>128</sup> Luís Roberto Barroso. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro, p. 231-232, citando ainda, em nota de rodapé: No julgamento de Questão de Ordem na ADIn 1.244-4-SP, rel. Min. Néri da Silveira, o STF deliberou “determinar a suspensão, até o julgamento final da ação, do processo na Justiça Federal de Primeira Instância e do pagamento nele ordenado” (*DJU*, 28 maio 1999, p. 3).

<sup>129</sup> Luís Roberto Barroso. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro, p. 231-232, citando ainda, em nota de rodapé: *DJU*, 22 abr. 2003, MC na Rcl 2.256-1, rel. Min. Gilmar Mendes: “A decisão concessiva de cautelar em ação direta de inconstitucionalidade é também dotada de efeito vinculante. (...) Tendo em vista que a decisão do TJRN concedeu o benefício pretendido pelo impetrante em

Segundo Gilmar Mendes e Lenio Streck, diante do estágio evolutivo em que se encontra a nossa jurisdição constitucional, seria um contrassenso ter-se o efeito vinculante na cautelar concedida em sede de ADC e não tê-lo em relação à mesma medida em sede de ADI: “Na primeira hipótese, tal como resulta do art. 21 da Lei n. 9.868/99, tem-se a suspensão do julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação declaratória, até seu término; na segunda, tem-se a suspensão de validade da lei questionada na ação direta e, por isso, do julgamento de todos os processos que envolvam a aplicação da lei discutida. Assim, o sobrestamento dos processos, ou pelo menos das decisões ou julgamentos que envolvam a aplicação da lei que teve a sua vigência suspensa em sede de ação direta de inconstitucionalidade, haverá de ser uma das consequências inevitáveis da liminar em ação direta. Em outras palavras, a suspensão cautelar da norma afeta sua vigência provisória, o que impede que os tribunais, a administração e outros órgãos estatais apliquem a disposição que restou suspensa. Esse foi o entendimento firmado pelo STF no julgamento do RE 168.277.”<sup>130</sup>

Por sua vez, o indeferimento do pedido cautelar em ADI não deve gerar os mesmos efeitos. É comum o STF receber reclamações constitucionais em face de decisões de outros órgãos jurisdicionais alegando usurpação de sua competência, tomando por fundamento lei objeto de ADI cujo pedido de suspensão liminar fora indeferido, ou mesmo alegando que a questão aguarda apreciação no âmbito do controle abstrato, devendo o Supremo Tribunal dar orientação uniforme sobre o tema.<sup>131</sup>

Comenta a doutrina que o argumento, na primeira hipótese, é o de que durante o julgamento preliminar o Tribunal teria afastado, ainda que de forma provisória, a inconstitucionalidade da lei, motivo pelo qual as instâncias ordinárias não poderiam entender em sentido contrário.<sup>132</sup>

---

mandado de segurança, com base em norma constitucional cuja vigência restara provisoriamente suspensa pelo STF, concedo a cautelar requerida na presente Reclamação, para suspender os efeitos da decisão do TJRN” (texto ligeiramente editado). Por outro lado, a denegação da medida cautelar não impede que se proceda ao julgamento concreto, pelo método difuso, de idêntico litígio constitucional. V. *DJU*, 6 dez. 2004, Rcl 2.980, rel. Min. Celso de Mello, e *RTJ*, 183:1173, 2003, AgRg no AI 393.020-PR, rel. Min. Celso de Mello.

<sup>130</sup> Comentários à Constituição do Brasil – Comentário ao art. 102, §2º – Decisões definitivas de mérito – eficácia contra todos e efeito vinculante, por Gilmar Mendes e Lenio Luiz Streck, p. 1404.

<sup>131</sup> Comentários à Constituição do Brasil – Comentário ao art. 102, §2º – Decisões definitivas de mérito – eficácia contra todos e efeito vinculante, por Gilmar Mendes e Lenio Luiz Streck, p. 1404.

<sup>132</sup> Comentários à Constituição do Brasil – Comentário ao art. 102, §2º – Decisões definitivas de mérito – eficácia contra todos e efeito vinculante, por Gilmar Mendes e Lenio Luiz Streck, p. 1404, citando ainda, que “esse é o caso da Reclamação n. 2.121.”

O que se deve observar, todavia, é que há casos em que o Tribunal adverte desde logo que a impugnação não é plausível e que, por esta razão, a cautelar será indeferida. Em outros casos, o indeferimento se deve a questões formais, como o mencionado tempo transcorrido entre a edição da lei e a propositura da ação ou a não caracterização da urgência por outros motivos. Assim, na primeira hipótese, parece possível justificar uma reclamação sob o “argumento de violação da autoridade da decisão do Supremo Tribunal”. Ou seja, parece coerente a ideia de que o que se deve analisar, de fato, na decisão que indefere a cautelar em ADI, é o seu real conteúdo, “o que efetivamente esteve em jogo na decisão”. Por sua vez, a segunda hipótese, de indeferimento por questões formais, deve ser analisada com mais cautela, pois “sequer houve uma manifestação substancial do Tribunal sobre o assunto”. O fato é que, na realidade, as duas situações podem causar distúrbios à segurança jurídica, “com pronunciamentos contraditórios por parte de instâncias jurídicas diversas”.

A solução apresentada por Gilmar Mendes e Lenio Streck para tal dificuldade é, primeiro, o Tribunal considerar a cada decisão cautelar a possibilidade de efeitos ambivalentes que poderão daí advir, para “para evitar interpretações *ad hoc* e descontextualizações”, e, segundo, adotar nos casos de indeferimento de liminar em sede de ADI uma postura parecida com a do art. 21 da lei n.º 9.868/99 (cautelar em ADC), que prevê a suspensão “dos julgamentos que envolvam a aplicação da lei até a decisão final do Supremo Tribunal sobre a controvérsia constitucional.” Comentam que “a vantagem técnica dessa fórmula é a de que ela alcança resultado semelhante, no que concerne à segurança jurídica, sem afirmar, *a priori*, o efeito vinculante da decisão provisória adotada pelo Tribunal em sede de cautelar.”<sup>133</sup>

A princípio, não há recurso cabível (ou mesmo pedido de reconsideração) da decisão que aprecia o pedido liminar<sup>134</sup>, no entanto, o pedido poderá ser formulado novamente, caso ocorram fatos supervenientes que justifiquem o reexame.<sup>135</sup>

---

<sup>133</sup> Comentários à Constituição do Brasil – Comentário ao art. 102, §2º – Decisões definitivas de mérito – eficácia contra todos e efeito vinculante, por Gilmar Mendes e Lenio Luiz Streck, p. 1404-1405.

<sup>134</sup> Luís Roberto Barroso. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro, p. 231-232, citando ainda, em nota de rodapé: *Inf. STF*, 193, jun. 2000, QO na ADIn 2.188-RJ, rel. Min. Néri da Silveira.

<sup>135</sup> Luís Roberto Barroso. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro, p. 231-232, citando ainda, em nota de rodapé: STF, *DJU*, 2 mar. 1998, ADIn 1.667-9-DF, rel. Min. Ilmar Galvão. V. também *RTJ*, 138:735, 1991, e 159:421, 1997, bem como *RDA*, 187:232, 1992.

No que diz respeito ao efeito repristinatório, cuja ocorrência consta na jurisprudência do Supremo já consolidada sobre a matéria, a lei o ratificou.<sup>136</sup> Ou seja, salvo expressão referencial em sentido contrário, a concessão da cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente (§2º).<sup>137</sup>

### 3.3. Posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a figura e a legislação

Sobre a concessão de liminar em ação declaratória de constitucionalidade, como já mencionado em momento anterior, tendo em vista que a possibilidade não se encontra expressa no texto constitucional (especificamente em seu art. 102, I, *p*, junto à autorização para a concessão da medida em ação direta de inconstitucionalidade), mas somente na lei nº. 9.868/99 (art. 21), comenta a doutrina que é possível suscitar a inconstitucionalidade da referida lei, principalmente pelo fato de limitar temporalmente as decisões cautelares do Supremo Tribunal Federal.<sup>138</sup>

Também se discute sobre a possibilidade de atribuir efeito vinculante à liminar, assim como à decisão definitiva. Os autores que interpretam de forma literal o § 2º do art. 102 da Constituição, não consideram viável a atribuição dos mesmos efeitos à decisão provisória.<sup>139</sup> Todavia, o Supremo, ao apreciar o pedido de medida cautelar da ADC n. 4,

---

<sup>136</sup> Luís Roberto Barroso. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro, p. 232-233, citando ainda, em nota de rodapé: STF, RTJ, 164:506, 1998, ADInMC 1.434-SP, rel. 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 excepcionalidade da eficácia *ex tunc* impõe que o Supremo Tribunal Federal expressamente a determine no acórdão concessivo da medida cautelar. A ausência de determinação expressa importa em outorga de eficácia *ex nunc* à suspensão cautelar de aplicabilidade da norma estatal impugnada em ação direta. Concedida a medida cautelar (que se reveste de caráter temporário), a eficácia *ex nunc* (regra geral) tem seu início marcado pela publicação da ata da sessão de julgamento no Diário de Justiça da União, exceto em casos excepcionais a serem examinados pelo Presidente do Tribunal, de maneira a garantir a eficácia da decisão”.

No mesmo sentido, cf. Comentários à Constituição do Brasil – Comentário ao art. 102, I, *b a r*, especificamente a alínea *p* – Medida cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade, por Gilmar Mendes e Lenio Luiz Streck, p. 1373.

<sup>137</sup> Luís Roberto Barroso. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro, p. 232-233. Sobre o sentido da norma, comenta o autor: “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. A singularidade do dispositivo é, precisamente, a de permitir que o tribunal, ponderando as circunstâncias do caso concreto, reconheça a presença dessas situações excepcionais.”

<sup>138</sup> André Ramos Tavares. Curso de Direito Constitucional, p. 328.

<sup>139</sup> André Ramos Tavares. Curso de Direito Constitucional, p. 328.

determinou a suspensão da prolação de qualquer decisão sobre pedido de tutela antecipada contra a Fazenda Pública que tivesse por fundamento o art. 1º da lei nº. 9.494/97, objeto daquela ação.<sup>140</sup>

Ou seja, ressalta-se mais uma vez, a Constituição Federal não prevê a possibilidade de cautelar em ação declaratória de constitucionalidade, e este fato suscitou dúvidas sobre a constitucionalidade da lei nº. 9.868/99, que prevê expressamente a medida. Aliás, o próprio STF discutiu longamente sobre o tema após a criação da ação declaratória, pela Emenda Constitucional nº. 3/93. Contudo, antes da promulgação da Constituição de 1988, já se admitia a suspensão cautelar de uma lei por meio de representação de inconstitucionalidade, com fundamento no chamado *poder geral de cautela*<sup>141</sup> e, especificamente em sede de ADC, entendeu pelo cabimento, com o efeito de sustar a prolação de qualquer decisão em processo que discuta sobre a constitucionalidade ou não da lei objeto da ação, até o seu julgamento definitivo.<sup>142</sup><sup>143</sup>

Observe-se que não se deve afirmar, liminarmente e com efeito vinculante, a constitucionalidade da lei, pois isto significaria admitir o cabimento de reclamação caso outros órgãos judiciais não a observassem.<sup>144</sup> Para evitar esta discussão, a própria lei

---

<sup>140</sup> André Ramos Tavares. Curso de Direito Constitucional, p. 328.

<sup>141</sup> Luís Roberto Barroso. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro, p. 282, citando ainda, em nota de rodapé: *RTJ*, 76:342, 1976, MC na Rep. 933-RJ, rel. Min. Thompson Flores.

<sup>142</sup> Luís Roberto Barroso. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro, p. 282-283, citando ainda, em nota de rodapé: *RTJ*, 169:383, 1999, ADCMC 4-DF, rel. Min. Sydney Sanches: “Em ação dessa natureza, pode a Corte conceder medida cautelar que assegure, temporariamente, tal força e eficácia à futura decisão de mérito. E assim é, mesmo sem expressa previsão constitucional da medida cautelar na ADC, pois o poder de acautelar é imanente ao de julgar. (...) Medida cautelar deferida, em parte, por maioria de votos para se suspender, *ex nunc*, e com efeito vinculante, até o julgamento final da ação, a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do art. 1º da lei n. 9.494, de 10.9.97, sustando-se, igualmente *ex nunc*, os efeitos futuros das decisões já proferidas nesse sentido”. Votaram vencidos os Ministros Marco Aurélio e Ilmar Galvão.

<sup>143</sup> Sobre a ADC n. 4, apresentada pelo Presidente da República e pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, no intuito de confirmar a constitucionalidade da lei nº. 9.494/97, que proibia a concessão de tutela antecipada para assegurar o pagamento de vantagens ou vencimentos a servidores públicos, cf. ainda: Comentários à Constituição do Brasil – Comentário ao art. 102, §2º – Decisões definitivas de mérito – eficácia contra todos e efeito vinculante, por Gilmar Mendes e Lenio Luiz Streck, p. 1403-1404: “o Supremo Tribunal Federal considerou cabível a medida cautelar em sede de ação declaratória. Entendeu-se admissível que o Supremo Tribunal Federal exerça, em sede de ação declaratória de constitucionalidade, o poder cautelar que lhe é inerente, *‘enfazando, então, no contexto daquele julgamento, que a prática da jurisdição cautelar acha-se essencialmente vocacionada a conferir tutela efetiva e garantia plena ao resultado que deverá emanar da decisão final a ser proferida naquele processo objetivo de controle abstrato’*”.

<sup>144</sup> Luís Roberto Barroso. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro, p. 282-283, citando ainda, em nota de rodapé: Nesse sentido fora o voto do Min. Néri da Silveira na referida ADCMC 4-DF (*RTJ*, 169:383, 1999, rel. Min. Sydney Sanches, p. 432-3).

regulamentadora previu a suspensão do julgamento de processos e estabeleceu que o julgamento da ação declaratória deveria ocorrer em até cento e oitenta dias, sob pena de perda da eficácia da medida.<sup>145</sup>

No entanto, de forma contrária a este entendimento, o Plenário do STF deferiu pedido cautelar na ADC nº. 4, e atribuiu de forma expressa “eficácia vinculante e subordinante” à decisão, “com todas as consequências jurídicas daí decorrentes (Pet.-MC 1.416/SP)”. Entendeu que a decisão vincularia tanto os pedidos de tutela antecipada ainda não decididos quanto todos os efeitos futuros da decisão proferida nesse tipo de procedimento. Ou seja, “o efeito vinculante da decisão concessiva da medida cautelar em ação declaratória de constitucionalidade não apenas suspende o julgamento de qualquer processo que envolva a aplicação da lei questionada (suspensão dos processos), mas também retira toda ultra-atividade (suspensão de execução dos efeitos futuros) das decisões judiciais proferidas em desacordo como entendimento preliminar esposado pelo Supremo Tribunal.”<sup>146</sup>

Sobre a possibilidade de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade por omissão, deve-se comentar que até a promulgação da lei nº. 12.063/2009 (Lei da ADO), tanto a doutrina quanto a jurisprudência do Supremo entendiam que não era cabível, já que o STF igualmente rejeitava a possibilidade de “criar a norma do caso concreto” para suprir a inércia do órgão inadimplente, nem mesmo em na decisão final da ação. Assim, era impensável fazê-lo em sede cautelar, autorizando medida que “antecipasse efeitos positivos inalcançáveis pela decisão de mérito.”<sup>147</sup>

---

<sup>145</sup> Luís Roberto Barroso. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro, p. 283. Cf. a redação do dispositivo mencionado:

“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.

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.”

<sup>146</sup> Comentários à Constituição do Brasil – Comentário ao art. 102, §2º – Decisões definitivas de mérito – eficácia contra todos e efeito vinculante, por Gilmar Mendes e Lenio Luiz Streck, p. 1403-1404.

<sup>147</sup> Luís Roberto Barroso. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro, p. 307-308, citando ainda, em nota de rodapé: Vejam-se, dentre muitas outras decisões, STF, DJU, 19 maio 1995, ADInMC 267-8, rel. Min. Celso de Mello: “A suspensão liminar de 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”; e STF, ADIn 361-5, Rel. Min. Carlos Velloso: “É incompatível com o objeto mediato da referida demanda a

Luís Roberto Barroso comenta que, em edições anteriores da sua obra infra mencionada, já havia consignado que o assunto geraria maior interesse a partir do momento em que o Supremo Tribunal Federal passasse a entender que “pode e deve, dentro de certos limites, ir além da mera comunicação, procedendo a alguma forma de integração da lacuna inconstitucional.”<sup>148</sup>

Ao que parece, foi precisamente para trazer essa alteração que se deu a lei nº. 12.063/2009, prevendo expressamente a possibilidade, quando se considerasse de matéria relevante e de excepcional urgência. O que é curioso é o conteúdo das medidas previstas pela lei, de forma exemplificativa: “a determinação de que seja suspensa a 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 (art. 12-F, §1º)”. A última alínea, de conteúdo aberto, pode anunciar a prolação de “eventuais decisões de conteúdo aditivo, não apenas em sede de liminar, mas também nos provimentos finais”<sup>149</sup> ou pode indicar a total incompatibilidade entre a medida e a natureza da ação, como se percebe pelas palavras de Arthur Maximus Monteiro: “demonstra de forma cabal a falta de exemplo concreto a comprovar a viabilidade da instituição da medida para a Adin por omissão. Relegou-se inteiramente ao Supremo Tribunal Federal a tarefa de encontrar alguma espécie de medida que venha no futuro a demonstrar a necessidade de medida cautelar nessa espécie processual.”<sup>150</sup> Comenta ainda este autor: “Todavia, apesar de ter sido superada a discussão sobre o cabimento de concessão de cautelar em Adin por omissão desde a

---

concessão de liminar. Se nem mesmo o provimento judicial último pode implicar o afastamento da omissão, o que se dirá quanto ao exame preliminar”.

<sup>148</sup> Luís Roberto Barroso. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro, p. 307-308, citando ainda, em nota de rodapé: STF, RTJ, 133:569, 1990, ADInMC 361-DF, rel. Min. Marco Aurélio. Vale a pena transcrever trecho do voto do Min. Sepúlveda Pertence, no qual, embora negando a liminar com base na jurisprudência firmada no Tribunal, acena com a possibilidade de solução diferente, caso o pedido se dirigisse à obtenção de uma tutela inibitória, tal como aventada pelo Min. Moreira Alves no julgamento de questão de ordem no MI 107 (no caso, a possibilidade em tese de suspensão de processos judiciais ou administrativos, para cuja solução fosse relevante a norma constitucional ineficaz em virtude de omissão inconstitucional): “No caso, realmente, o que se pretende é a antecipação de efeitos positivos da lei futura reclamada. Aí, como o eminente Relator, entendo-a inadmissível. Se se tratasse de uma liminar negativa, de uma liminar inibitória, com o sentido cautelar aventado no voto do Ministro Moreira Alves, no Mandado de Injunção 107, o problema seria mais sério e, sobre ele, reservo-me para exame oportuno”.

<sup>149</sup> Luís Roberto Barroso. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro, p. 308.

<sup>150</sup> Arthur Maximus Monteiro: Controle de Constitucionalidade das Omissões Legislativas, p. 157, citando ainda, em nota de rodapé: MENDES, Gilmar Ferreira, Controle abstrato de constitucionalidade – ADI, ADC e ADO, p. 414.

edição da lei nº. 12.063/09<sup>151</sup>, a possibilidade continua a causar estranheza, notadamente pelos efeitos provenientes de uma decisão cautelar, conforme a previsão legal, de forma a tornar clara a incompatibilidade do instituto com a fiscalização omissiva<sup>152</sup>, conforme será demonstrado em momento oportuno.”

A título de comparação, pode-se dizer que a situação é semelhante à possibilidade de concessão de liminares em mandado de injunção, como afirma Arthur Maximus Monteiro, que, por ser caracterizado como um “típico instrumento processual de natureza contenciosa, com vertente concreta, desenvolvido em uma relação processual cujo caráter subjetivo é incontestado”<sup>153</sup> e que “não poder suprir o vácuo normativo nem mesmo *in concreto*”<sup>154</sup>, “sempre se entendeu que o mandado de injunção era incompatível com o deferimento de medidas liminares, quer cautelares, quer antecipatórias, pois tais medidas implicariam um provimento de urgência *‘cujo alcance nitidamente ultrapassa os limites da decisão a ser afinal proferida.’*”<sup>155</sup>

A chamada ação direta interventiva não possui grande espaço ou utilidade dentro do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro. Além do mais, a natureza e a finalidade desta ação não são compatíveis com a possibilidade de concessão de medida liminar, já que não há efeitos que possam ser antecipados, e a própria decisão de mérito consiste apenas na determinação de que o Poder Executivo execute uma determinada intervenção.<sup>156</sup> No entanto, de forma paradoxal, a Lei nº. 5.778/72 chegou a prever tal possibilidade no caso da ação interventiva estadual.<sup>157</sup>

---

<sup>151</sup> Arthur Maximus Monteiro: Controle de Constitucionalidade das Omissões Legislativas, p. 156, citando ainda, em nota de rodapé: BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional, p. 575-576.

<sup>152</sup> Arthur Maximus Monteiro: Controle de Constitucionalidade das Omissões Legislativas, p. 156, citando ainda, em nota de rodapé: MENDES, Gilmar Ferreira. Controle abstrato de constitucionalidade – ADI, ADC e ADO, p. 413.

<sup>153</sup> Arthur Maximus Monteiro: Controle de Constitucionalidade das Omissões Legislativas, p. 175, citando ainda, em nota de rodapé: Elival, Controle de constitucionalidade no Brasil, p. 98.

<sup>154</sup> Arthur Maximus Monteiro: Controle de Constitucionalidade das Omissões Legislativas, p. 175.

<sup>155</sup> Arthur Maximus Monteiro: Controle de Constitucionalidade das Omissões Legislativas, p. 175, citando ainda, em nota de rodapé: BARROSO, Luís Roberto, Constituição da República Federativa do Brasil anotada, p. 176. No mesmo sentido, cf. a decisão proferida no MI 520-6/SP, Relator Ministro Celso de Mello.

<sup>156</sup> Luís Roberto Barroso. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro, p. 377, citando ainda, em nota de rodapé: No mesmo sentido, Clèmerson Merlin Clève, *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2000, p. 134: “Cumprir reafirmar: a ação direta interventiva não se compatibiliza com a medida liminar. Deveras, a sustação liminar do ato impugnado é suficiente para transformar a ação direta interventiva, modelo de fiscalização concreta da constitucionalidade, em mecanismo de provocação da fiscalização abstrata da constitucionalidade, embora voltado exclusivamente para a proteção dos princípios constitucionais sensíveis”.

<sup>157</sup> Luís Roberto Barroso. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro, p. 377.

Houve certa polêmica no STF sobre a possibilidade de concessão de medida cautelar em arguição de descumprimento de preceito fundamental, estando ainda pendente uma ação (ADI 2.231) que questiona a constitucionalidade da lei que prevê expressamente a possibilidade. Contudo, a tendência no Tribunal é no sentido da sua conveniência e aplicabilidade<sup>158</sup>, como se verifica no debate sobre a ADP n. 33, no qual é visível o entendimento de que a lei atribui ao Tribunal um “poder cautelar expressivo, impeditivo da consolidação de situações contra a possível decisão definitiva que venha a tomar”<sup>159</sup>, devendo a medida seguir a disciplina estabelecida pela lei n.º. 9.868/99. Ou seja, de forma geral, o procedimento é o mesmo da ADI. Todavia, o que se destaca é o que a lei define sobre o conteúdo da medida: “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 (art. 5º, §3º).”<sup>160</sup>

Diferente do que ocorre com a ADO, o STF já concedeu diversas medidas liminares em sede de ADPF, inclusive algumas polêmicas. Em determinada oportunidade, suspendeu dispositivos do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, e igualmente as reclamações que o tinham como fundamento, considerando a existência de “grave risco de lesão às finanças estaduais”.<sup>161</sup> Em outra, suspendeu todos

---

<sup>158</sup> Comentários à Constituição do Brasil – Comentário ao art. 102, §1º – Arguição de descumprimento de preceito fundamental, por Gilmar Mendes e Lenio Luiz Streck, p. 1394.

<sup>159</sup> Comentários à Constituição do Brasil – Comentário ao art. 102, §1º – Arguição de descumprimento de preceito fundamental, por Gilmar Mendes e Lenio Luiz Streck, p. 1394.

<sup>160</sup> Luís Roberto Barroso. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro, p. 358, citando ainda, em nota de rodapé: Rememore-se que, no julgamento da ADInMC 2.231-8, rel. Min. Néri da Silveira (*Inf. STF*, 253, dez. 2001), o relator votou pelo deferimento de liminar suspendendo esse dispositivo, por entender que o legislador ordinário não poderia prever medida que interferisse com os processos em curso.

<sup>161</sup> Luís Roberto Barroso. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro, p. 359, citando ainda, em nota de rodapé: MC na ADPF 10-6, rel. Min. Maurício Corrêa, <http://www.stf.gov.br> (DJU, 13 set. 2001): “O Governador do Estado de Alagoas ajuizou a presente ADPF, com pedido de concessão de medida liminar, objetivando a suspensão imediata da eficácia dos arts. 353 a 360 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça estadual, e, em decorrência, que fosse determinado o sobrestamento de todas as reclamações em tramitação naquele juízo e sustadas as decisões e procedimentos proferidos com base nos referidos dispositivos. 2. Iniciado o julgamento do pedido cautelar na sessão do dia 30 de agosto de 2001, o Pleno do STF houve por bem adiar sua apreciação, até o julgamento da ADIn 2.231-9-DF, distribuída ao eminente Ministro Néri da Silveira. 3. Resta evidente, contudo, o risco de dano irreparável ou de difícil reparação e o fundado receio de que, antes do julgamento deste processo, ocorra grave lesão ao direito do requerente, em virtude das ordens de pagamento e de sequestro de verbas públicas, desestabilizando-se as finanças do Estado de Alagoas. 4. Ante tais circunstâncias, com base no art. 5º, §1º, da Lei n. 9.882/99, defiro, “ad referendum” do Tribunal Pleno, o pedido cautelar e determino a suspensão da vigência dos arts. 353 a 360 do RITJAL, de 30.04.81, e, em consequência, ordeno seja

os processos em trâmite e todos os efeitos advindos das decisões judiciais que tratavam da aplicação das normas questionadas.<sup>162</sup> Noutra momento, foi concedida liminar capaz de gerar grande repercussão e discussão, por além de determinar o sobrestamento dos processos, chegar a afirmar a existência de um direito constitucional, no caso, de as gestantes procederem ao chamado parto terapêutico.<sup>163</sup>

Ressalta-se, por fim, em relação à arguição de descumprimento de preceito fundamental, que, no momento em que foi editada sua lei regulamentadora, vivenciava-se no Brasil “o auge do neoliberalismo econômico e político”<sup>164</sup>, momento em que, diante de uma “onda de privatizações”, algumas associações coletivas e o Ministério Público valiam-se de medidas de urgência, tanto liminares de caráter cautelar quanto antecipatório, no intuito de suspender os processos de “privatização” das empresas públicas. Por sua vez, o governo do então presidente Fernando Henrique Cardoso também utilizava-se de outras liminares, que cassavam as primeiras. Observa-se que havia uma “pulverização” de demandas, “obrigando o governo a cassar, uma a uma, cada liminar suspensiva que era concedida”, momento que levou Gilmar Mendes a criar a expressão “guerra de liminares”, que parecia descrever “o caos provocado pela guerra de guerrilha judicial contra as privatizações”<sup>165</sup> e a suscitar a criação da lei nº. 9.882/99.<sup>166</sup>

---

sustado o andamento de todas as reclamações ora em tramitação naquela Corte e demais decisões que envolvam a aplicação dos preceitos ora suspensos e que não tenham ainda transitado em julgado, até o julgamento final desta arguição”.

<sup>162</sup> Luís Roberto Barroso. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro, p. 359, citando ainda, em nota de rodapé: *DJU*, 2 dez. 2002, ADPF 33-5, rel. Min. Gilmar Mendes.

<sup>163</sup> Luís Roberto Barroso. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro, p. 359-360, citando ainda, em nota de rodapé: *V. Inf. STF* n. 366, ADPF n. 54, rel. Min. Marco Aurélio. Sobre o caso, comenta ainda: “Em decisão proferida na ADPF n. 54, que trata da antecipação de parto de fetos anencefálicos, o Ministro Marco Aurélio concedeu medida liminar que provocou amplo debate público. Nela se determinava tanto o sobrestamento dos processos ainda não transitados em julgado, quanto o reconhecimento do direito constitucional de as gestantes submeterem-se ao parto terapêutico. Esta última parte veio a ser revogada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, tendo prevalecido apenas a suspensão dos processos. [...] O reconhecimento ou não do direito de a gestante realizar a antecipação do parto foi adiado para o momento da decisão de mérito.”

<sup>164</sup> Arthur Maximus Monteiro: Controle de Constitucionalidade das Omissões Legislativas, p. 190

<sup>165</sup> Arthur Maximus Monteiro: Controle de Constitucionalidade das Omissões Legislativas, p. 190-191, citando ainda, em nota de rodapé: para o histórico, cf. TAVARES, André Ramos. Tratado de ADPF, p. 298.

<sup>166</sup> Arthur Maximus Monteiro: Controle de Constitucionalidade das Omissões Legislativas, p. 191.

## PARTE II

### 1. PRAXIS JURISPRUDENCIAL

Como demonstrado, a possibilidade de utilização das medidas cautelares no controle concentrado de constitucionalidade surgiu no Brasil durante o regime militar, com o objetivo claro de servir aos interesses do governo autoritário, mas passou a ter uma conotação democrática ao ser recebido e reforçado pela Constituição Federal de 1988, que, dentre outras providências, alargou o rol de autoridades e órgãos legitimados para instaurá-lo. Tendo em vista que estes são agentes políticos, e que a declaração de (in)constitucionalidade é somente uma das estratégias que podem ser adotadas para a eliminação das normas que consideram “inconvenientes”, o controle concentrado insere-se dentro de um jogo político, com interesses múltiplos, principalmente por meio da utilização das referidas medidas liminares, que podem estar sendo utilizadas de forma deturpada, eivada de ilegalidade e inconstitucionalidade.

Destaca-se novamente que a principal ação do controle concentrado de constitucionalidade é a ação direta de inconstitucionalidade – ADI<sup>167</sup>, prevista na Constituição Federal (art. 102, I, “a”) e regulada pela Lei 9.868/99. A previsão de medida cautelar em sede de ADI deriva igualmente destes dois diplomas (art. 102, I, “p” da CF/88 e artigos 10 a 12 da lei). Há dois ritos para o processamento da ADI, um ordinário e outro que pode ser considerado especial. O julgamento cautelar, inserido dentro do rito ordinário, é denominado por alguns doutrinadores de “rito cautelar”, devido a uma série de equívocos na sua interpretação e utilização, como será demonstrado.

Conforme relatado, o pedido de medida cautelar deve ser apreciado pelo Plenário do STF. A exceção reside nos períodos de recesso e férias, hipóteses em que o Presidente do Tribunal exerce a competência excepcional definida no art. 13, VIII, do RISTF, podendo decidir monocraticamente sobre pedidos de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade, o que posteriormente (entenda-se: logo após o término do período

---

<sup>167</sup> Sobre este aspecto, dentre outros, cf. Pedro Luiz do Nascimento Filho: Medidas Cautelares em ADI, p. 3: “Apesar de existir a possibilidade de medidas cautelares também em ADC e ADPF, o efetivo controle constitucional concentrado brasileiro é feito por meio de ADI. No que se refere às medidas liminares, o pequeno número de decisões em ADC e ADPF também reforça a escolha pelo estudo das ADIs”.

de recesso ou de férias<sup>168</sup>) deve ser submetido ao referendo do Pleno, em consonância com a norma constitucional contida no art. 97, que estabelece a chamada cláusula de reserva de plenário: “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.”

Já o rito tido como especial (art. 12, Lei 9.868/99) indica que “havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação”. Ou seja, uma ação que tramite por este rito poderia ser julgada definitivamente num prazo de 20 dias, correspondente a um terço do prazo previsto para o rito ordinário, o que pode acarretar um julgamento prematuro e aumentar os riscos de erro, devendo, portanto, ser aplicado apenas quando estritamente necessário, e em razão da importância da questão constitucional discutida, da sua relevância para a ordem social e da segurança jurídica.

Verifica-se, na prática, um crescente número de decisões monocráticas concessivas de cautelar ou de aplicação do rito especial do art. 12, e que, da forma como são proferidas, podem estar eivadas de ilegalidade e inconstitucionalidade.

Assim, nesta segunda parte do trabalho, serão analisados os seguintes problemas jurídicos: a maioria das decisões monocráticas não trata de circunstância excepcional, que justifique a atuação do relator ou do presidente fora dos parâmetros legais; o STF criou jurisprudencialmente (com base no poder geral de cautela e por analogia à Lei da ADPF) exceção à cláusula de reserva de plenário, quando a lei prevê apenas uma; as decisões cautelares não chegam a ser submetidas ao referendo do pleno, o que violaria a lei (art. 10) e a Constituição (art. 97), a divisão de poderes e, portanto, a própria democracia representativa; as liminares concedidas são prorrogadas indefinidamente, sem autorização legal, chegando a adquirir contornos de perenidade; e os casos que tramitam sob o rito especial, que tiveram o julgamento liminar convertido em definitivo, *a priori*,

---

<sup>168</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. “Questões atuais sobre as medidas cautelares no controle abstrato de constitucionalidade”; in: *Consultor Jurídico*. Artigo em revista digital. Acesso: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/wp-content/uploads/661-2148-1-PB.pdf>> em 10/05/2016, p. 9.

por motivos de grande relevância e urgência, frequentemente passam anos à espera de apreciação pelo Tribunal e não há quaisquer mecanismos que possam impeli-lo a julgar, como impõe o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, inciso XXXV da CF/88).

Pedro Luiz do Nascimento Filho realiza uma pesquisa que objetiva compreender a forma pela qual as medidas liminares estão sendo utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal, e, utilizando-se de uma abordagem baseada em dados empíricos, detecta que acabam por fazer as vezes da própria decisão de mérito. Por meio da análise de cerca de 3.650 ações, ajuizadas entre os anos de 1988 e 2006, o autor buscou verificar uma hipótese principal: a de que “no controle abstrato de constitucionalidade, a extensão cognitiva do julgamento cautelar e definitivo devem ser basicamente as mesmas, ainda que os argumentos utilizados para deferimento ou não do pedido possam divergir”, ou seja, quando há julgamento cautelar pelo Supremo Tribunal Federal, a necessidade de julgamento final seria discutível, considerando que a cognição da matéria já teria sido praticamente exauriente.<sup>169</sup>

No desenrolar da pesquisa, verificou que 87% das ações possuíam pedido de liminar e que a medida que deveria ser excepcional tornou-se a regra no controle abstrato.<sup>170</sup> Quanto ao “tempo do processo”, afirma inicialmente que “por si só, pode ser tido como uma ferramenta de decisão”, e destaca o contraste existente entre o tempo de julgamento de uma ação que levou 41 dias e outras que aguardam há mais de 15 anos. Sabe-se que a decisão quanto ao pedido urgente precisa ser rapidamente proferida, porém há várias justificativas para a demora, tais como a dificuldade de definição da pauta de julgamento, os pedidos de vista pelos ministros e o prazo para outras entidades prestarem informações. Há demora também ao confirmar ou revogar uma medida já concedida liminarmente, o que relativiza o seu caráter temporário.<sup>171</sup> Nestes casos, postergar o julgamento definitivo corresponderia à sua utilização como um “meio informal para julgamento do mérito”.<sup>172</sup>

---

<sup>169</sup> Pedro Luiz do Nascimento Filho: Medidas Cautelares em ADI. Para explicação sobre a metodologia, cf. p. 12-13.

<sup>170</sup> Pedro Luiz do Nascimento Filho: Medidas Cautelares em ADI, p. 14.

<sup>171</sup> Pedro Luiz do Nascimento Filho: Medidas Cautelares em ADI, p. 15.

<sup>172</sup> Pedro Luiz do Nascimento Filho: Medidas Cautelares em ADI, p. 15, citando ainda: ALVES, Paulo César Amorim. O tempo como ferramenta de decisão no STF: um mapeamento da seletividade do tribunal nos tempos processuais das ações diretas de inconstitucionalidade. Monografia apresentada como conclusão da Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público, 2006. Disponível na Internet: <<http://www.sbdp.org.br>> Acesso em 20/set./2007.

Ainda no tema do “tempo processual”, aduz que o tempo médio de julgamento pelo Tribunal de uma ação direta de inconstitucionalidade seria de 3 anos e 8 meses, desconsiderados eventuais prazos recursais em aberto e recursos desprovidos. Também não são computadas as ações pendentes de julgamento, que, se incluídas, elevariam a média para 4 anos e 9 meses. Já a média de tempo para a apreciação especificamente de um pedido de medida cautelar é de 113 dias, desconsiderados os pedidos pendentes, ou de 249 dias, com a sua inclusão. Conclui que a diferença entre os tempos para julgamento liminar e definitivo é impressionante e que uma média de tempo sete vezes maior para este último é desarrazoada, e demonstra a existência de seletividade do tribunal, escolhendo algumas ações em detrimento de outras.<sup>173</sup>

No mais, o STF não tardaria a julgar somente as ações com liminares concedidas, mas também as que tiveram o pedido negado, sendo a demora inclusive maior neste último caso. Ou seja, atrasa a análise definitiva de todos os pedidos que já foram julgados preliminarmente, já que “julgar uma vez é mais célere que julgar duas”. Assim, cogita a possibilidade de existência de uma estratégia em que o Tribunal julga a ação uma vez (liminarmente) e posteriormente apenas aguarda a norma impugnada ser revogada<sup>174</sup>, atrasando o julgamento dessas ações “injustificadamente” em cerca de 1 ano e 10 meses. Tais informações são relevantes para apurar o tempo médio de vigência de uma medida cautelar concedida pelo STF, e que chega a quase 7 anos. Ressalta que esta postura, na prática, “pode significar o sepultamento da política pública que uma norma pretendesse estabelecer”, tornando sem exequibilidade programas de governo e, em último caso, interferindo na tripartição de poderes.<sup>175</sup>

Com o desenrolar do estudo, no tocante ao nível de discussão e extensão cognitiva das matérias suscitadas pela questão de (in)constitucionalidade, chega-se à conclusão de que “a profundidade do debate seria a mesma, confirmando-se assim a hipótese de identidade dos níveis de cognição”, pois os dois momentos são acompanhados de discussões igualmente intensas entre os membros do Tribunal.<sup>176</sup>

---

<sup>173</sup> Pedro Luiz do Nascimento Filho: Medidas Cautelares em ADI, p. 16.

<sup>174</sup> Já que, das ações efetivamente julgadas, 64% foram decididas sem o julgamento do mérito (não conhecimento ou perda do objeto), cf. Pedro Luiz do Nascimento Filho: Medidas Cautelares em ADI, p. 20.

<sup>175</sup> Pedro Luiz do Nascimento Filho: Medidas Cautelares em ADI, p. 17.

<sup>176</sup> Pedro Luiz do Nascimento Filho: Medidas Cautelares em ADI, p. 19.

Interessa ainda uma outra demonstração, a de que apenas 25% das ações receberam decisão de procedência/improcedência e que a maioria é de casos pendentes (30%), não conhecidos (22%) ou que sofreram perda do objeto (23%). Estes dados podem refletir a opção pela adoção de filtros capazes de limitar o acesso ao Tribunal por meio do controle concentrado de constitucionalidade, reduzindo também os julgamentos mais onerosos ao Tribunal (julgamentos binários: procedência/improcedência). Comenta o autor que o uso de filtros e a constatação de que “quase 46% das ações já julgadas não o foram pelo pleno do tribunal” espelharia uma outra “estratégia” adotada: o julgamento por decisão monocrática para desviar-se de uma possível repetição do julgamento cautelar, ou o que intitula de duplo julgamento.<sup>177</sup>

Verifica-se também que, nas ações julgadas, à exceção das que tramitaram pelo rito do art. 12 e das que foram prejudicadas por perda de objeto, quase coincidem as porcentagens de deferimento do julgamento liminar com o do julgamento final. Quer dizer, “nas ações que tiveram liminar concedida, há, como imaginava, repetição do resultado no julgamento final (91% declaradas procedentes)”. Todavia, o padrão muda quando se trata daquelas ações cujo pedido de medida cautelar havia sido inicialmente negado. Boa parte destas acabou sendo julgada procedente posteriormente – o que seria devido ao que chama de “prova terapêutica”, em que o Tribunal indefere a medida para “testar os efeitos da norma no caso concreto” para, em momento seguinte, avaliar os resultados do teste, e acabar adotando entendimento diverso do anterior. Afirma, porém, que, de forma geral, parece sim haver duplo julgamento das ações no caso de concessão da cautelar, já que o “julgamento final, na grande maioria dos casos, apenas confirma o julgamento cautelar” e que “o nível de discussão também é o mesmo”.<sup>178</sup>

Sobre as já mencionadas estratégias que o Tribunal utilizaria para evitar o chamado duplo julgamento das ações diretas, haveriam três vias: i) a extinção do processo antes do julgamento liminar (que evita, na realidade, qualquer julgamento), ficando este prejudicado; ii) a adoção do art. 12 da Lei da ADI (como controle prévio); e iii) a utilização de decisões monocráticas (como controle posterior, após o julgamento cautelar e antes da apreciação pelo pleno, o que evita o julgamento de mérito definitivo).<sup>179</sup>

---

<sup>177</sup> Pedro Luiz do Nascimento Filho: Medidas Cautelares em ADI, p. 20-21.

<sup>178</sup> Pedro Luiz do Nascimento Filho: Medidas Cautelares em ADI, p. 22-23.

<sup>179</sup> Pedro Luiz do Nascimento Filho: Medidas Cautelares em ADI, p. 24.

Sobre o segundo ponto, interessa destacar que nem todos os casos decididos monocraticamente seriam exclusivamente para atingir este fim, de evitar o duplo julgamento, mas este acaba sendo sempre uma de suas consequências lógicas. Sobre o terceiro, importa esclarecer que o rito do art. 12 foi criado especificamente para isso (evitar o julgamento cautelar) e que por esta razão seria o “instrumento mais diretamente relacionado à hipótese de duplo julgamento”, o que já teria sido asseverado pelo Min. Marco Aurélio, relator do RE 505.477, em decisão monocrática, no dia 25/05/07<sup>180</sup>.

Ou seja, com a promulgação da Lei 9.868/99 e a possibilidade do uso do art. 12, houve uma verdadeira alteração no padrão decisório do Tribunal, em que se passou a utilizá-lo corriqueiramente. “Esta mudança é claramente identificável a partir de 2002”.<sup>181</sup> Observando-se gráficos do padrão decisório de “antes e depois de 2002”, identifica-se uma mudança gritante: “Se até 2002 62% dos pedidos de medida cautelar receberam decisão de deferimento ou indeferimento, após 2002 esta taxa cai para apenas 8%. O STF praticamente não tem mais julgado os pedidos cautelares. E dentre os que são julgados, apenas em parte atende-se a expectativa de concessão de liminar.”<sup>182</sup>

Em resumo, a pesquisa demonstra que as medidas cautelares são utilizadas como ferramenta de decisão no controle concentrado, em especial nas ações diretas de inconstitucionalidade, submetendo à prova as hipóteses de que havia duplo julgamento destas ações pelo Tribunal, quando trazia pedido liminar, e a de que este postergava a decisão daquelas com pedido liminar apreciado (concedido ou indeferido), o que foi confirmado. Aparentemente, o Supremo desenvolveu mecanismos práticos (não legais) para praticamente extinguir os julgamentos em duplicidade, ou mesmo os de pedido cautelar, pois se verifica menos de um décimo de pedidos julgados e ainda menos de duplos julgamentos. Os mecanismos mais utilizados seriam a aplicação generalizada do rito do artigo 12 da Lei da ADI; a recorrência maior às decisões de questões formais em detrimento dos julgamentos de procedência ou improcedência, em sua maioria, por decisão monocrática. Práticas como estas explicariam “a capacidade impressionante do

---

<sup>180</sup> RE 505.477, Rel. Min. Marco Aurélio, decisão monocrática, julgamento em 25/05/07, em: comentários à Lei 9.868, no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal: “(...) ultimamente, para evitar verdadeiro duplo julgamento, vem-se acionando, nas ações diretas de inconstitucionalidade, o art. 12 da Lei nº 9.868/99, partindo-se para o julgamento definitivo da ação. É de frisar que, no processo objetivo, a Corte atua sem vinculação à causa de pedir constante da petição inicial”. Cf. ainda: Pedro Luiz do Nascimento Filho: Medidas Cautelares em ADI, p. 24.

<sup>181</sup> Pedro Luiz do Nascimento Filho: Medidas Cautelares em ADI, p. 24.

<sup>182</sup> Pedro Luiz do Nascimento Filho: Medidas Cautelares em ADI, p. 25.

tribunal de solucionar tantos casos ao ano. Mas fica a dúvida em saber se estes expedientes são os mais afinados com o devido processo legal.”<sup>183</sup>

Em pesquisa semelhante, Alexandre Araújo Costa e Juliano Zaiden Benvindo<sup>184</sup> introduzem o tema afirmando que, nos últimos quinze anos, tem-se esvaziado o controle difuso enquanto se amplia o controle concentrado, sendo este processo defendido, principalmente por ministros do próprio Supremo Tribunal Federal, como o “mais representativo de um novo momento constitucional brasileiro de defesa dos direitos e garantias fundamentais.”<sup>185</sup> Dentre os envolvidos, destaca-se a participação ativa do Ministro Gilmar Mendes, este que teria chegado a afirmar que o nosso sistema de defesa da Constituição é tão completo e tão bem estruturado que não fica atrás dos mais avançados ordenamentos jurídicos da atualidade<sup>186</sup>, principalmente em razão do constante fortalecimento do controle concentrado de constitucionalidade, visto como o mais relevante<sup>187</sup>. Não obstante, a afirmação estaria em desconformidade com o cenário revelado pela pesquisa, na qual se analisam os “padrões decisórios” do referido tribunal, quando da apreciação das ações diretas de inconstitucionalidade (correspondentes a 94% das ações do controle concentrado).

Reflete-se sobre as referidas transformações pelas quais passa o nosso sistema de controle de constitucionalidade e se estas estariam a serviço da efetiva defesa dos direitos fundamentais, visto que, pela experiência constitucional brasileira, o controle

---

<sup>183</sup> Pedro Luiz do Nascimento Filho: Medidas Cautelares em ADI, p. 27.

<sup>184</sup> COSTA, Alexandre Araújo e BENVINDO, Juliano Zaiden. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade. Artigo digital, disponível em: <[http://www.ufjf.br/siddharta\\_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf](http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf)>. Acesso em: 13/05/2016.

<sup>185</sup> COSTA, Alexandre Araújo e BENVINDO, Juliano Zaiden. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade. Artigo digital, disponível em: <[http://www.ufjf.br/siddharta\\_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf](http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf)>. Acesso em: 13/05/2016, p. 4-5.

<sup>186</sup> COSTA, Alexandre Araújo e BENVINDO, Juliano Zaiden. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade. Artigo digital, disponível em: <[http://www.ufjf.br/siddharta\\_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf](http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf)>. Acesso em: 13/05/2016, p. 5, citando ainda em nota de rodapé: Mendes; Coelho e Gonet Branco. *Curso de Direito Constitucional*, Saraiva, 2009, p. 208.

<sup>187</sup> COSTA, Alexandre Araújo e BENVINDO, Juliano Zaiden. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade. Artigo digital, disponível em: <[http://www.ufjf.br/siddharta\\_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf](http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf)>. Acesso em: 13/05/2016, p. 5, citando ainda em nota de rodapé: Mendes, Gilmar. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. XII.

concentrado de constitucionalidade foi instituído em 1965, durante o regime militar, e para servir aos interesses do governo autoritário, e não dos cidadãos.<sup>188</sup>

Partindo dessa hipótese, detalha-se a análise, que se baseou em todas as ações diretas de inconstitucionalidade já julgadas pelo Supremo, situando o estudo na realidade da prática forense, e não do discurso proferido sobre o controle concentrado.<sup>189</sup>

De início, traçam um paralelo entre a volumetria da Suprema Corte norte americana, que recebe aproximadamente 7.000 processos por ano e julga, em média, apenas 100, e a do Supremo Tribunal, que, no mês de julho de 2013, por exemplo, apresentava 68.481 casos pendentes de julgamento, sendo este um número ainda razoavelmente baixo, visto que já teria se beneficiado dos filtros instituídos mais recentemente, que fizeram com que o total de processos reduzisse de mais de 110.000 para aproximadamente 30.000 por ano, no período de 2007 e 2010.<sup>190</sup>

O objetivo da pesquisa foi averiguar a prática do STF quanto ao controle concentrado de constitucionalidade, enfatizando também questões bastante discutidas atualmente, como a “judicialização da política” e o “ativismo judicial”, momento em que os tribunais tornam-se protagonistas nas cenas política, econômica e social, fazendo ainda uma correlação entre a atividade de dar a última palavra sobre as questões constitucionais e o “papel estratégico no arranjo institucional a respeito dos caminhos da democracia brasileira”.<sup>191</sup> “Os riscos de um controle que pode anular iniciativas democratizantes ou atuar de modo corporativo somente se justificam se houver um número razoável de decisões que atuem na garantia dos direitos fundamentais. [...] Todavia, falta uma análise

---

<sup>188</sup> COSTA, Alexandre Araújo e BENVINDO, Juliano Zaiden. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade. Artigo digital, disponível em: <[http://www.ufjf.br/siddharta\\_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf](http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf)>. Acesso em: 13/05/2016, p. 5.

<sup>189</sup> COSTA, Alexandre Araújo e BENVINDO, Juliano Zaiden. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade. Artigo digital, disponível em: <[http://www.ufjf.br/siddharta\\_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf](http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf)>. Acesso em: 13/05/2016, p. 6.

<sup>190</sup> COSTA, Alexandre Araújo e BENVINDO, Juliano Zaiden. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade. Artigo digital, disponível em: <[http://www.ufjf.br/siddharta\\_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf](http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf)>. Acesso em: 13/05/2016, p. 6.

<sup>191</sup> COSTA, Alexandre Araújo e BENVINDO, Juliano Zaiden. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade. Artigo digital, disponível em: <[http://www.ufjf.br/siddharta\\_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf](http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf)>. Acesso em: 13/05/2016, p. 7-8.

adequada dos resultados existentes, pois existe um risco muito grande de que exista um abismo entre os princípios declarados e o perfil da prática judicial.<sup>192</sup>

Foram analisadas todas as ações diretas de inconstitucionalidade distribuídas entre os anos de 1988 e 2012, excluindo-se aquelas com equívoco na atuação, totalizando quase 4.900 casos. Ou seja, busca-se identificar a atuação do Supremo Tribunal Federal ao longo dos últimos anos, viabilizando uma análise global da sua experiência em diferentes momentos, para verificar como seus padrões decisórios se modificaram ao longo do tempo.<sup>193</sup>

Ao analisar o perfil de ingresso das ações, verifica-se que as que têm por objeto lei ou ato normativo federal caiu em cerca de 50%, parecendo demonstrar que, diferentemente do que se poderia pensar, a via da ação direta não estaria em crescimento, mas em retração, pois constitui apenas uma das estratégias possíveis para que os legitimados pela Constituição obtenham o resultado de eliminar do sistema as normas que considerem inconvenientes, indesejáveis. Apesar do fato de que os juristas geralmente caracterizam a ação direta de inconstitucionalidade como um instrumento destinado à garantia da coerência no ordenamento jurídico, deve-se ter em conta que os legitimados a ingressar com a demanda são “atores políticos” e que eles precisam demonstrar na petição inicial um interesse concreto para invocar esta modalidade de controle. Ou seja, o ato de escolher ajuizar uma ADI “é uma opção política, e não uma necessidade lógico-jurídica. Portanto, é preciso atentar para os critérios de seletividade que os legitimados adotam ao escolher quais processos justificam a mobilização dos seus esforços no sentido de conduzir um processo que pode ser longo, custoso e com efetividade incerta.”<sup>194</sup>

Discorre-se que a vantagem da escolha pelo ajuizamento de uma ação direta de controle concentrado seria em função da possibilidade de atribuição de efeitos retroativos às decisões, mas que “para quase todos os legitimados, pode haver forma mais eficientes

---

<sup>192</sup> COSTA, Alexandre Araújo e BENVINDO, Juliano Zaiden. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade. Artigo digital, disponível em: <[http://www.ufjf.br/siddharta\\_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf](http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf)>. Acesso em: 13/05/2016, p. 55.

<sup>193</sup> COSTA, Alexandre Araújo e BENVINDO, Juliano Zaiden. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade. Artigo digital, disponível em: <[http://www.ufjf.br/siddharta\\_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf](http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf)>. Acesso em: 13/05/2016, p. 12-14.

<sup>194</sup> COSTA, Alexandre Araújo e BENVINDO, Juliano Zaiden. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade. Artigo digital, disponível em: <[http://www.ufjf.br/siddharta\\_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf](http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf)>. Acesso em: 13/05/2016, p. 18.

de alcançar os objetivos políticos alcançáveis por meio de ADI”, e que o seu acesso tornou-se ainda mais restrito quando o STF resolveu limitar significativamente a quantidade de liminares concedidas, pois “o interesse em uma ADI se esgotava na possibilidade de obter suspensão liminar da norma impugnada. Indeferido o pedido de liminar, o tempo de julgamento não se mostra muito atrativo: uma ação dificilmente é julgada procedente em menos de 2 anos, sendo o tempo médio desses julgamentos superior a 5 anos, ou seja, maior que uma legislatura.”<sup>195</sup>

Observa-se que a via se tornou ainda menos atrativa visto que apenas duas ADIs que impugnavam ato normativo federal foram julgadas procedentes após o ano de 2006 e que somente 61 das 1.177 ações ajuizadas desde 2006 tiveram pedido cautelar deferido, menos de 10 por ano. Se mantida esta média, a obtenção de uma cautelar em sede de ADI teria apenas 5% de chance, cenário bem desfavorável para o autor da ação,<sup>196</sup> sem contar com o risco de que a decisão proferida seja ainda mais negativa para o requerente do que a lei sob análise, visto que o Tribunal não tem se limitado apenas a apreciar os pedidos e, às vezes, ultrapassa as questões debatidas, agindo com postura ativista, como alguns casos polêmicos demonstram.<sup>197</sup> Assim, “a ADI deve ser pensada como uma estratégia política, que como qualquer outra tem seus pontos fortes e fracos”.<sup>198</sup> Um outro dado que se apresenta mais grave, no entanto, seria o de que os legitimados a mover o controle concentrado aparentemente o fariam “preponderantemente na defesa de interesses do próprio legitimado ou das corporações a que eles se vinculam, e não na defesa do interesse público ou de direitos difusos.”<sup>199</sup>

---

<sup>195</sup> COSTA, Alexandre Araújo e BENVINDO, Juliano Zaiden. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade. Artigo digital, disponível em: <[http://www.ufjf.br/siddharta\\_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf](http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf)>. Acesso em: 13/05/2016, p. 19.

<sup>196</sup> COSTA, Alexandre Araújo e BENVINDO, Juliano Zaiden. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade. Artigo digital, disponível em: <[http://www.ufjf.br/siddharta\\_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf](http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf)>. Acesso em: 13/05/2016, p. 19.

<sup>197</sup> COSTA, Alexandre Araújo e BENVINDO, Juliano Zaiden. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade. Artigo digital, disponível em: <[http://www.ufjf.br/siddharta\\_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf](http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf)>. Acesso em: 13/05/2016, p. 20. Menciona, nesse sentido, o caso da “Raposa Serra do Sol”.

<sup>198</sup> COSTA, Alexandre Araújo e BENVINDO, Juliano Zaiden. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade. Artigo digital, disponível em: <[http://www.ufjf.br/siddharta\\_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf](http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf)>. Acesso em: 13/05/2016, p. 20-21.

<sup>199</sup> COSTA, Alexandre Araújo e BENVINDO, Juliano Zaiden. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade. Artigo digital, disponível em:

Outro dado que demonstra uma séria problemática é o da quantidade de ações que foram tidas como prejudicadas, devido à demora na prestação jurisdicional. Dessa forma, várias ações são extintas porque a espera pelo julgamento acaba sendo maior do que a sobrevida da norma impugnada, principalmente quando se trata de normas federais.<sup>200</sup> Nesse caso, o número de processos julgados prejudicados é consideravelmente maior que o de decisões de procedência.<sup>201</sup> A doutrina chega a firmar que “se os processos mais relevantes para os direitos humanos forem sistematicamente julgados com decisões de não-procedência, não se justifica a manutenção do atual modelo de controle concentrado.”<sup>202</sup>

Contudo, verifica-se que o número de decisões que apreciam o mérito das ações diretas tem aumentado consideravelmente desde 2002, bem como o número de cautelares concedidas. Neste ponto, também se observa uma alteração no padrão de julgamento do STF, provavelmente relacionado com a alteração também da lei nº. 9.868/99, “que concentrou as atividades do STF no julgamento das ADIs e não no julgamento das medidas cautelares em que se aprecia liminarmente o pedido.”<sup>203</sup>

Resta evidente durante a pesquisa o fato de que se deve tratar de forma diferenciada as ações que versem sobre atos normativos federais e as que tratam de atos normativos estaduais, pois tanto seu perfil de ajuizamento quanto de julgamento são significativamente distintos, o que torna as abordagens que tratam do número global de ações imprecisas e praticamente inúteis/irrelevantes.<sup>204</sup> Ressalta-se que é relevante a

---

<[http://www.ufjf.br/siddharta\\_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf](http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf)>. Acesso em: 13/05/2016, p. 20.

<sup>200</sup> COSTA, Alexandre Araújo e BENVINDO, Juliano Zaiden. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade. Artigo digital, disponível em:

<[http://www.ufjf.br/siddharta\\_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf](http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf)>. Acesso em: 13/05/2016, p. 21.

<sup>201</sup> COSTA, Alexandre Araújo e BENVINDO, Juliano Zaiden. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade. Artigo digital, disponível em:

<[http://www.ufjf.br/siddharta\\_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf](http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf)>. Acesso em: 13/05/2016, p. 21-22.

<sup>202</sup> COSTA, Alexandre Araújo e BENVINDO, Juliano Zaiden. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade. Artigo digital, disponível em:

<[http://www.ufjf.br/siddharta\\_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf](http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf)>. Acesso em: 13/05/2016, p. 55.

<sup>203</sup> COSTA, Alexandre Araújo e BENVINDO, Juliano Zaiden. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade. Artigo digital, disponível em:

<[http://www.ufjf.br/siddharta\\_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf](http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf)>. Acesso em: 13/05/2016, p. 22.

<sup>204</sup> COSTA, Alexandre Araújo e BENVINDO, Juliano Zaiden. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade. Artigo digital, disponível em:

diferenciação entre ações que impugnam atos normativos federais e estaduais porque a legislação que trata diretamente dos direitos fundamentais é federal e, considerando a predominância da anulação de legislação estadual pelo Tribunal, pode-se dizer que o dado indica a preponderância de critérios formais ou de estrutura.<sup>205</sup>

Sob a ótica dos requerentes da ação, denota-se que o perfil de entrada das ações é muito atrelado ao perfil político dos legitimados constitucionalmente para apresentá-la.<sup>206</sup> Há 4 demandantes de grande porte, sendo responsáveis por mais de 90% do total de ações: Entidades Corporativas (entidades sindicais ou de classe, de âmbito nacional – maior demandante<sup>207</sup>), Governadores de Estado e do Distrito Federal, Procurador Geral da República e Partidos Políticos. A Ordem dos Advogados do Brasil é uma demandante de médio porte. De pequeno porte, pode-se mencionar o Presidente da República.<sup>208</sup>

Antes da Constituição Federal de 1988, o único legitimado a ingressar com uma ação direta era o Procurador Geral da República, hoje, terceiro maior demandante.<sup>209</sup> Contudo, este continua a ser “o único legitimado que tem como missão institucional explícita a proteção dos direitos coletivos e a defesa do interesse público, o que deveria resultar em uma impugnação centrada em interesses coletivos, e não em interesses corporativos ou partidários, como os que movem os demais legitimados.” Assim, se o controle concentrado realmente encontra-se voltado para a defesa dos direitos

---

<[http://www.ufjf.br/siddharta\\_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf](http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf)>. Acesso em: 13/05/2016, p. 23.

<sup>205</sup> COSTA, Alexandre Araújo e BENVINDO, Juliano Zaiden. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade. Artigo digital, disponível em:

<[http://www.ufjf.br/siddharta\\_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf](http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf)>. Acesso em: 13/05/2016, p. 54.

<sup>206</sup> COSTA, Alexandre Araújo e BENVINDO, Juliano Zaiden. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade. Artigo digital, disponível em:

<[http://www.ufjf.br/siddharta\\_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf](http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf)>. Acesso em: 13/05/2016, p. 23.

<sup>207</sup> COSTA, Alexandre Araújo e BENVINDO, Juliano Zaiden. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade. Artigo digital, disponível em:

<[http://www.ufjf.br/siddharta\\_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf](http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf)>. Acesso em: 13/05/2016, p. 26.

<sup>208</sup> COSTA, Alexandre Araújo e BENVINDO, Juliano Zaiden. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade. Artigo digital, disponível em:

<[http://www.ufjf.br/siddharta\\_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf](http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf)>. Acesso em: 13/05/2016, p. 24-25.

<sup>209</sup> COSTA, Alexandre Araújo e BENVINDO, Juliano Zaiden. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade. Artigo digital, disponível em:

<[http://www.ufjf.br/siddharta\\_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf](http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf)>. Acesso em: 13/05/2016, p. 29-30.

fundamentais, a atuação da PGR no sistema deveria ser intensa e focada, o que não foi indicado pela pesquisa, em que os dados apontam justamente para o oposto.<sup>210</sup>

Em quarto lugar, na escala de maiores demandantes, encontram-se os partidos políticos, que não estão sujeitos à exigência de pertinência temática e teriam grande margem de atuação em nome dos interesses públicos. Não obstante, a pesquisa demonstra que as decisões de procedência que obtiveram advém de poucos partidos e dirigem-se sobretudo à impugnação de normas estaduais, apesar de constituírem o único grupo de demandantes com predomínio na impugnação de legislação federal, o que pode ser justificado pelo fato de que a legislação que trata de matéria eleitoral e partidária é de competência privativa da União.<sup>211</sup>

Quanto à situação atual, os processos podem ser classificados em quatro fases principais: i) pré-julgamento (processos ajuizados entre 2011 e 2012): são poucos os processos que já foram julgados e, dentre estes, a grande maioria recebeu decisão de improcedência ou extinção sem apreciação do mérito, o que leva a crer que está sendo “um esforço para o julgamento de causas mais antigas que essas”; ii) julgamento acelerado (iniciados entre 2010 e 2003): aumentam em larga escala os julgamentos de mérito nesta fase, sugerindo os dados “um esforço consistente de trabalho no julgamento desses processos, o que resulta em um incremento gradual do número de processos apreciados”; iii) fase de estabilização (processos com 7 a 14 anos): os processos nesta fase também estão recebendo diversos esforços para o seu efetivo julgamento, apesar de que em um ritmo menor do que os da fase anterior; iv) residual (ações com mais de 15 anos de duração): nesta fase, assim como na anterior, o que chama a atenção é a quantidade de decisões de extinção, que ultrapassa a casa dos 50% dos processos e não há “um incremento gradual em nenhum dos resultados típicos”. Por esta análise, as informações são apenas ilustrativas, mas pouco conclusivas.<sup>212</sup>

---

<sup>210</sup> COSTA, Alexandre Araújo e BENVINDO, Juliano Zaiden. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade. Artigo digital, disponível em: <[http://www.ufff.br/siddharta\\_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf](http://www.ufff.br/siddharta_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf)>. Acesso em: 13/05/2016, p. 29-30.

<sup>211</sup> COSTA, Alexandre Araújo e BENVINDO, Juliano Zaiden. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade. Artigo digital, disponível em: <[http://www.ufff.br/siddharta\\_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf](http://www.ufff.br/siddharta_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf)>. Acesso em: 13/05/2016, p. 30-35.

<sup>212</sup> COSTA, Alexandre Araújo e BENVINDO, Juliano Zaiden. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade. Artigo digital, disponível em: <[http://www.ufff.br/siddharta\\_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf](http://www.ufff.br/siddharta_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf)>. Acesso em: 13/05/2016, p. 38-39.

No tocante às liminares, é preciso analisar sobremaneira como elas perduram no tempo, considerando que uma das teses sobre a elevada duração dos processos é a da “existência de liminares que garantiriam as pretensões dos demandantes, que poderiam perdurar quase indefinidamente.”<sup>213</sup> No entanto, a efetiva análise dos fatos detecta que a maioria dos processos pendentes de julgamento não possui liminar deferida. Os números, entretanto, precisam ser analisados com cautela, pois “o perfil de concessão de liminares mudou drasticamente desde o início deste século.”<sup>214</sup>

Ou seja, os inúmeros feitos que se encontram aguardando julgamento há mais de 5 anos estariam “em uma situação relativamente estável por contarem com liminares deferidas”. Todavia, a pesquisa constata que estas conclusões não condizem com os fatos, pois a maioria dos casos pendentes de julgamento não contam com liminares deferidas (83% dos casos), com a ressalva de que os dados devem ser comparados em dois momentos distintos: antes e depois de 2000. Antes, a apreciação e a concessão de liminares atingiam índices elevados. A partir de então, percebe-se uma acentuada queda na apreciação, coincidente com a edição da lei nº. 9.868/99 e a criação do rito sumário previsto pelo art. 12.<sup>215</sup> O padrão de decisão sobre as liminares fica mais evidente se separados os dados entre os séculos XX e XXI, pois é bem distinto nos dois períodos.<sup>216</sup>

O alto índice de concessão de liminares até o ano 2000 alcançava de um terço à metade dos pedidos. Posteriormente, reduziu-se a um quinto e, especificamente nos últimos dez anos, gira em torno de um décimo. A quantidade de decisões de indeferimento de liminares também é bem representativo: se antes estas decisões representavam

---

<sup>213</sup> COSTA, Alexandre Araújo e BENVINDO, Juliano Zaiden. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade. Artigo digital, disponível em: <[http://www.ufjf.br/siddharta\\_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf](http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf)>. Acesso em: 13/05/2016, p. 39, citando ainda tese sustentada por Werneck Vianna *et alii*, enunciada em 1999 e reiterada em 2005, em que “o STF tem preferido exercer o controle da constitucionalidade das leis mais no julgamento das liminares do que no do mérito”.

<sup>214</sup> COSTA, Alexandre Araújo e BENVINDO, Juliano Zaiden. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade. Artigo digital, disponível em: <[http://www.ufjf.br/siddharta\\_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf](http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf)>. Acesso em: 13/05/2016, p. 39.

<sup>215</sup> COSTA, Alexandre Araújo e BENVINDO, Juliano Zaiden. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade. Artigo digital, disponível em: <[http://www.ufjf.br/siddharta\\_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf](http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf)>. Acesso em: 13/05/2016, p. 39-40.

<sup>216</sup> COSTA, Alexandre Araújo e BENVINDO, Juliano Zaiden. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade. Artigo digital, disponível em: <[http://www.ufjf.br/siddharta\\_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf](http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf)>. Acesso em: 13/05/2016, p. 40.

aproximadamente um quinto dos casos, passaram a ser mínimas. A alteração na forma como o Tribunal passou a se posicionar quando do julgamento das liminares coincide com as alterações processuais trazidas pela lei nº. 9.868/99, notadamente pela edição e utilização do art. 12, que possibilitou a apreciação definitiva do mérito sem a prévia análise do pedido cautelar. É evidente a mudança no padrão de julgamento, que antes “exigia uma espécie de duplo julgamento, pois uma apreciação cuidadosa da liminar terminava por avançar boa parte dos debates referentes à declaração de inconstitucionalidade”.<sup>217</sup>

Antes da lei supramencionada, não era comum o julgamento procedente das ações diretas antes da apreciação da liminar, o que só era feito nos casos de extinção sem julgamento de mérito.<sup>218</sup> Após, começou a predominar a decisão de prejudicialidade da análise dos pedidos cautelares, em virtude do anúncio da apreciação direta do pedido de mérito, pelo Plenário (art. 12). Esta utilização maciça fez cair a média de concessão de liminares de 40% para 8%, aumentar a de liminares prejudicadas e a de ações que aguardam julgamento sem qualquer apreciação da liminar, que se tornou majoritária.<sup>219</sup>

Percebe-se que os efeitos do deferimento do pedido cautelar nas ações diretas são “politicamente” muito próximos aos da própria decisão de mérito; ou seja, salvaguardam os interesses dos requerentes de forma quase idêntica à de uma decisão de mérito: “Embora não sejam decisões juridicamente equiparáveis, elas têm para os atores um nível muito similar de utilidade e terminam por desencadear processos de mudança legislativa bastante similares ao que ocorreria em uma decisão de procedência.”<sup>220</sup> Sobre o padrão de julgamento, afirmam que é o da “concessão bem mais restrita de liminares ao longo

---

<sup>217</sup> COSTA, Alexandre Araújo e BENVINDO, Juliano Zaiden. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade. Artigo digital, disponível em: <[http://www.ufjf.br/siddharta\\_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf](http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf)>. Acesso em: 13/05/2016, p. 40.

<sup>218</sup> COSTA, Alexandre Araújo e BENVINDO, Juliano Zaiden. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade. Artigo digital, disponível em: <[http://www.ufjf.br/siddharta\\_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf](http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf)>. Acesso em: 13/05/2016, p. 40.

<sup>219</sup> COSTA, Alexandre Araújo e BENVINDO, Juliano Zaiden. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade. Artigo digital, disponível em: <[http://www.ufjf.br/siddharta\\_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf](http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf)>. Acesso em: 13/05/2016, p. 41.

<sup>220</sup> COSTA, Alexandre Araújo e BENVINDO, Juliano Zaiden. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade. Artigo digital, disponível em: <[http://www.ufjf.br/siddharta\\_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf](http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf)>. Acesso em: 13/05/2016, p. 42.

do séc. XXI, bem como a manutenção das liminares concedidas há mais de dez anos”<sup>221</sup> Deixam bem assente, contudo, que essa relação se dá apenas com liminares deferidas, pois com as indeferidas não existe, de fato, uma correlação sólida entre as decisões de improcedência liminar e definitiva.<sup>222</sup>

O aumento percebido no número de julgamentos definitivos não deve ser atribuído, contudo, a esforços dos membros do Tribunal nesse sentido, mas ao fato de que aparentemente tendem a aplicar às ações diretas o rito sumário previsto pelo art. 12, evitando o julgamento liminar, apesar de, na prática, isto implicar no seu indeferimento. Aparentemente, apenas aqueles pedidos considerados devidos são levados a julgamento pelo relator, o que se demonstra pelo baixo índice de indeferimento de liminares desde 2002. Do contrário, aplica-se o rito sumário e concentra-se a atividade decisória na apreciação definitiva do pedido, mesmo que o julgamento tenda a ocorrer apenas cinco anos depois do ajuizamento.<sup>223</sup>

Até 2002, pendia-se para dar uma resposta rápida à questão de (in)constitucionalidade, mesmo que provisória, “o que era especialmente relevante para que houvesse interesse político em judicializar as questões de constitucionalidade via ADI”. Depois disso, o Tribunal tende a dar uma resposta definitiva, mas somente após um longo período de tramitação, em média, de cinco anos, “o que contribui para um esvaziamento da função política das ADIs, cuja procedência pode vir demasiadamente tarde para justificar o interesse dos atores políticos de moverem ações desse tipo quando o objetivo for propiciar uma alteração legislativa mais imediata.”<sup>224</sup>

---

<sup>221</sup> COSTA, Alexandre Araújo e BENVINDO, Juliano Zaiden. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade. Artigo digital, disponível em: <[http://www.ufff.br/siddharta\\_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf](http://www.ufff.br/siddharta_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf)>. Acesso em: 13/05/2016, p. 43.

<sup>222</sup> COSTA, Alexandre Araújo e BENVINDO, Juliano Zaiden. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade. Artigo digital, disponível em: <[http://www.ufff.br/siddharta\\_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf](http://www.ufff.br/siddharta_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf)>. Acesso em: 13/05/2016, p. 43.

<sup>223</sup> COSTA, Alexandre Araújo e BENVINDO, Juliano Zaiden. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade. Artigo digital, disponível em: <[http://www.ufff.br/siddharta\\_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf](http://www.ufff.br/siddharta_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf)>. Acesso em: 13/05/2016, p. 45.

<sup>224</sup> COSTA, Alexandre Araújo e BENVINDO, Juliano Zaiden. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade. Artigo digital, disponível em: <[http://www.ufff.br/siddharta\\_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf](http://www.ufff.br/siddharta_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf)>. Acesso em: 13/05/2016, p. 45-46.

Das ações diretas de inconstitucionalidade observadas, apenas setenta e duas foram julgadas procedentes na seara dos direitos fundamentais. O reduzido número, comparado aos julgamentos que se ativeram a questões formais, demonstra que “a discussão sobre direitos e garantias fundamentais não tem sido propriamente o grande objeto do controle concentrado de constitucionalidade e, em rigor, pouco tem contribuído para uma maior compreensão de seus conteúdos, normalmente de grande abertura interpretativa.”<sup>225</sup> Neste âmbito, a discussão atinge temas bastante variados, mas há dois que chamam à atenção, que são o princípio da isonomia e a irretroatividade das leis.<sup>226</sup> Nos direitos fundamentais, prevalecem duas matérias: direitos de igualdade/proporcionalidade, “que apontam para a falta de razoabilidade de certas estipulações legislativas, e garantias relativas ao processo judicial”. Em seguida, “dois temas clássicos entre os direitos de 1ª geração: irretroatividade das leis e direitos de liberdade”. Destaca-se a pequena participação dos direitos difusos e da ordem social.<sup>227</sup> Ou seja, percebe-se que as discussões são concentradas nos direitos fundamentais de primeira geração, destinados à garantia dos indivíduos contra o arbítrio do Estado em suas esferas de liberdade.<sup>228</sup>

Nas ações que tratam preponderantemente dos interesses coletivos, é esperada uma maior participação de três legitimados: Procurador Geral da República, Partidos Políticos e Ordem dos Advogados do Brasil, inclusive pelo fato de não estarem subordinados ao critério da pertinência temática<sup>229</sup>. Pelo que demonstra a pesquisa, essa expectativa

---

<sup>225</sup> COSTA, Alexandre Araújo e BENVINDO, Juliano Zaiden. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade. Artigo digital, disponível em: <[http://www.ufjf.br/siddharta\\_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf](http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf)>. Acesso em: 13/05/2016, p. 63.

<sup>226</sup> COSTA, Alexandre Araújo e BENVINDO, Juliano Zaiden. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade. Artigo digital, disponível em: <[http://www.ufjf.br/siddharta\\_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf](http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf)>. Acesso em: 13/05/2016, p. 66.

<sup>227</sup> COSTA, Alexandre Araújo e BENVINDO, Juliano Zaiden. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade. Artigo digital, disponível em: <[http://www.ufjf.br/siddharta\\_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf](http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf)>. Acesso em: 13/05/2016, p. 66.

<sup>228</sup> COSTA, Alexandre Araújo e BENVINDO, Juliano Zaiden. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade. Artigo digital, disponível em: <[http://www.ufjf.br/siddharta\\_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf](http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf)>. Acesso em: 13/05/2016, p. 66.

<sup>229</sup> O art. 103 da Constituição Federal de 1988 legitima a propor ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade:

- I - o Presidente da República;
- II - a Mesa do Senado Federal;
- III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

aparentemente não foi satisfeita.<sup>230</sup> Especificamente em relação à última entidade, apesar de seu histórico de luta pela defesa dos interesses individuais e coletivos dos cidadãos, inclusive durante o regime militar, verifica-se que as decisões de procedência em ações diretas de inconstitucionalidade relacionam-se sobremaneira aos “interesses ligados a demandas judiciais, e não a uma proteção mais ampla dos interesses individuais e coletivos”, ou a interesses específicos, e não interesses mais amplos.<sup>231</sup>

Por fim, a pesquisa conclui, dentre outros, sobre a questão “A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade?”, que o controle de constitucionalidade realizado por meio do ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade não interessa muito à maior parte dos legitimados, visto que não o utilizam com frequência e nem com eficácia.<sup>232</sup> Além disso, as decisões de procedência abalizadas em direitos fundamentais não apontam para uma atuação sempre voltada à garantia do interesse público, mas relacionada geralmente a interesses mais particulares.<sup>233</sup>

Ou seja, conclui-se que, de modo geral, a atuação do Supremo Tribunal Federal no controle concentrado de constitucionalidade não se preocupa preponderantemente com as decisões relativas a direitos fundamentais e que, nos poucos casos que se ocupam deles,

---

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Contudo, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao interpretar a referida norma, diferencia as entidades constantes nesse rol em legitimados universais e legitimados especiais. Os universais não estão subordinados ao critério da pertinência temática. São eles: o Presidente da República, a mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e partido político com representação no Congresso Nacional. Para os demais, há um requisito implícito de legitimação, que consiste no nexo entre a norma impugnada e os objetivos institucionais específicos do órgão ou entidade proponente.

<sup>230</sup> COSTA, Alexandre Araújo e BENVINDO, Juliano Zaiden. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade. Artigo digital, disponível em:

<[http://www.ufjf.br/siddharta\\_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf](http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf)>. Acesso em: 13/05/2016, p. 68.

<sup>231</sup> COSTA, Alexandre Araújo e BENVINDO, Juliano Zaiden. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade. Artigo digital, disponível em:

<[http://www.ufjf.br/siddharta\\_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf](http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf)>. Acesso em: 13/05/2016, p. 68.

<sup>232</sup> COSTA, Alexandre Araújo e BENVINDO, Juliano Zaiden. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade. Artigo digital, disponível em:

<[http://www.ufjf.br/siddharta\\_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf](http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf)>. Acesso em: 13/05/2016, p. 74.

<sup>233</sup> COSTA, Alexandre Araújo e BENVINDO, Juliano Zaiden. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade. Artigo digital, disponível em:

<[http://www.ufjf.br/siddharta\\_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf](http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf)>. Acesso em: 13/05/2016, p. 76.

as decisões majoritariamente ligam-se à proteção de interesses corporativos ou institucionais das entidades legitimadas, principalmente no âmbito federal.<sup>234</sup> Isto pode ocorrer em razão da combinação do perfil político dos legitimados com a jurisprudência restritiva do STF em termos de legitimidade, que teria conduzido a este modelo de controle concentrado, que, na prática, privilegia aqueles interesses, apesar do discurso normalmente se ater à necessidade de oferecer proteção adequada aos direitos dos cidadãos. Quando, de fato, o interesse público recebe essa atenção, por meio de decisões baseadas nos direitos fundamentais, em regra, o que ocorre é a anulação de benefícios indevidamente concedidos, e não a garantia de direitos individuais, coletivos e difusos.<sup>235</sup>

Portanto, sobressai-se a necessidade de repensar a narrativa comum que enaltece a Constituição de 1988 pela ampliação substancial do rol de legitimados a atuar no controle concentrado, pois os novos integrantes atuam geralmente na defesa dos seus próprios interesses<sup>236</sup> e a atuação voltada ao interesse público continua sendo feita fundamentalmente pela Procuradoria Geral da República, como à época da Constituição de 1967<sup>237</sup>, e pode-se dizer que “o sistema de controle concentrado de constitucionalidade vigente no Brasil possui uma predominância jurisprudencial de argumentos formais ou de organização do Estado, cumulada com uma atuação ligada a direitos fundamentais cuja maior parte é ligada à garantia de interesses corporativos. [...] Com isso, não realizam o objetivo final do controle de constitucionalidade que seria o de servir como uma via

---

<sup>234</sup> COSTA, Alexandre Araújo e BENVINDO, Juliano Zaiden. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade. Artigo digital, disponível em:

<[http://www.ufjf.br/siddharta\\_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf](http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf)>. Acesso em: 13/05/2016, p. 72-77. Comenta sobre as decisões que privilegiam os interesses corporativos: “Um dado também relevante é o de que as entidades patronais têm uma atuação mais ativa que as dos trabalhadores [a única decisão obtida pelas últimas foi na defesa dos benefícios fiscais das próprias entidades, e não dos trabalhadores...] Em contraposição, tiveram uma participação constante e exitosa nas ADIs as entidades patronais e aquelas que defendem os interesses de servidores públicos, especialmente daqueles ligados ao sistema de justiça e à segurança pública [...]”

<sup>235</sup> COSTA, Alexandre Araújo e BENVINDO, Juliano Zaiden. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade. Artigo digital, disponível em:

<[http://www.ufjf.br/siddharta\\_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf](http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf)>. Acesso em: 13/05/2016, p. 77.

<sup>236</sup> COSTA, Alexandre Araújo e BENVINDO, Juliano Zaiden. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade. Artigo digital, disponível em:

<[http://www.ufjf.br/siddharta\\_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf](http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf)>. Acesso em: 13/05/2016, p. 78.

<sup>237</sup> COSTA, Alexandre Araújo e BENVINDO, Juliano Zaiden. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade. Artigo digital, disponível em:

<[http://www.ufjf.br/siddharta\\_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf](http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf)>. Acesso em: 13/05/2016, p. 79.

concentrada e rápida para a solução de questões constitucionais mais amplas, especialmente para a defesa dos direitos fundamentais.”<sup>238</sup>

As conclusões obtidas apontam para “um severo descompasso entre a prática jurisdicional e a teoria de que a Constituição de 1988, ao ampliar os legitimados, teria construído um ‘sistema de defesa da Constituição tão completo e tão bem estruturado que, no particular, nada fica a dever aos mais avançados ordenamentos jurídicos da atualidade’”.<sup>239</sup> Parece que, de forma contrária, tanto a Constituição quanto os “movimentos legais e jurisprudenciais” subsequentes teriam instaurado um processo gradual de exclusão ou mitigação de outras vias de controle, como o difuso, na defesa dos direitos e garantias fundamentais.<sup>240</sup> Além disso, questiona-se a forte seletividade com que são definidos os interesses a tutelar pela via do controle concentrado: “Atualmente, há uma forte seletividade em termos de agentes legitimados (que fortalece o controle federativo e o corporativo), combinado com uma seletividade nas decisões judiciais (que privilegiam o controle formal e o material baseado em regras de estruturas administrativa, e não na eficácia dos direitos fundamentais).”<sup>241</sup>

Dessa forma, o problema central não seria nem a eficiência nem a celeridade, e sim “um comprometimento estrutural do sistema com redes de seletividade que contribuem para um esvaziamento das ADIs como forma de efetivação de direitos fundamentais e de garantia do interesse público.” Assim, importaria pouco concentrar esforços legislativos, administrativos e jurisprudenciais em busca de maior eficácia, quando o principal

---

<sup>238</sup> COSTA, Alexandre Araújo e BENVINDO, Juliano Zaiden. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade. Artigo digital, disponível em:

<[http://www.ufjf.br/siddharta\\_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf](http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf)>. Acesso em: 13/05/2016, p. 77-78.

<sup>239</sup> COSTA, Alexandre Araújo e BENVINDO, Juliano Zaiden. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade. Artigo digital, disponível em:

<[http://www.ufjf.br/siddharta\\_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf](http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf)>. Acesso em: 13/05/2016, p. 79-80, citando: COELHO, Inocêncio Mártires. “Experiência Constitucional Brasileira: da Carta Imperial de 1824 à Constituição Democrática de 1988”; in: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 208.

<sup>240</sup> COSTA, Alexandre Araújo e BENVINDO, Juliano Zaiden. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade. Artigo digital, disponível em:

<[http://www.ufjf.br/siddharta\\_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf](http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf)>. Acesso em: 13/05/2016, p. 80.

<sup>241</sup> COSTA, Alexandre Araújo e BENVINDO, Juliano Zaiden. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade. Artigo digital, disponível em:

<[http://www.ufjf.br/siddharta\\_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf](http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf)>. Acesso em: 13/05/2016, p. 80.

problema do sistema de controle concentrado estaria “nas formas perversas de seletividade que ele engendra.”<sup>242</sup>

Passando-se a analisar a atividade do Supremo Tribunal Federal sob o ponto de vista da utilização do rito especial do art. 12 da Lei nº. 9.868/99, apresenta-se o estudo de Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz<sup>243</sup> no qual relata que o Tribunal recebeu 177 novas ações diretas de inconstitucionalidade em 2012, dentre as quais 167 continham pedido de “concessão de medida cautelar para sustar a eficácia do ato normativo impugnado”. Destes, apenas 7 teriam sido efetivamente apreciados. Em quase todas as outras ações, utilizou-se da faculdade conferida pelo art. 12 da referida lei, no sentido do julgamento definitivo de mérito.

Continua o estudo demonstrando que, no ano de 2013, o Tribunal recebeu 184 novas ADIs, das quais 169 continham pedido de medida cautelar, e que, novamente, o STF limitou-se a apreciar apenas uma quantidade insignificante de casos. Desta feita, deferiu apenas 4 pedidos: “dois foram analisados pelo plenário, um monocraticamente pelo Presidente e um pelo relator”. Nos demais casos, valeu-se o STF do rito supramencionado. Ou seja, proporcionalmente, naqueles dois anos, a nossa Suprema Corte teria postergado o julgamento do pedido liminar de aproximadamente 97% (noventa e sete por cento) das ações, utilizando-se principalmente da aplicação do rito abreviado criado pela Lei nº. 9.868/99. No primeiro ano, só 4% dos pedidos foi apreciado e, no ano seguinte, o número foi ainda menor, 2%. Por este motivo, comenta o autor que impressiona a quantidade de decisões de adoção do rito do art. 12 em somente dois anos, notadamente se for observado o fato de que o rito em questão intenta reduzir os prazos processuais para permitir um julgamento definitivo mais célere para as ações, prazo este que pode ser até menor que um mês, mas que todavia pouquíssimas ações foram efetivamente apreciadas definitivamente pelo Plenário.<sup>244</sup>

---

<sup>242</sup> COSTA, Alexandre Araújo e BENVINDO, Juliano Zaiden. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade. Artigo digital, disponível em: <[http://www.ufjf.br/siddharta\\_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf](http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Alexandra-Costa-e-Juliano-Zaiden-a-quem-interessa-o-controle.pdf)>. Acesso em: 13/05/2016, p. 80.

<sup>243</sup> Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz. A exceção que virou regra: a equivocada aplicação do art. 12 da lei nº 9.868/1999 e a necessidade de sua releitura, p. 528, in: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 528-529.

<sup>244</sup> Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz. A exceção que virou regra: a equivocada aplicação do art. 12 da lei nº 9.868/1999 e a necessidade de sua releitura, p. 528, in: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 529-530.

Essa constatação gera muitos questionamentos e a necessidade de uma reflexão mais detida sobre os motivos pelos quais o Supremo Tribunal Federal não tem analisado os pedidos de medida cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade; se age corretamente ao utilizar o rito em destaque em uma quantidade tão grande de ações; e se a prática em questão evidencia uma sobrecarga de trabalho do Tribunal, o que constitui o cerne do mencionado estudo de Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz.<sup>245</sup> Afirma que a “intenção é, apenas, demonstrar, objetivamente, que o rito do art. 12 da Lei n.º 9.868/1999 vem sendo aplicado de forma equivocada pelo STF. Com efeito, o rito especial não pode ser aplicado sem critério a toda e qualquer ação, sob pena de se subverterem as razões que levaram o legislador a estabelecer prazos menores de tramitação e criar uma situação de flagrante inconstitucionalidade” e que a “adoção do rito especial previsto naquele dispositivo exige, como será demonstrado adiante, o atendimento de pressupostos específicos, que devem ser rigorosamente observados pelo STF, até em razão das consequências que ele atrai. A incidência do art. 12 torna prioritários a tramitação e o julgamento das ações a ele submetidas, restringindo, por consequência, a discricionariedade que o presidente do STF tem de definir a agenda do Tribunal e de indicar quais casos serão julgados pelo Plenário. Isso impõe parcimônia em sua aplicação.”<sup>246</sup>

Gilmar Mendes e André Rufino do Vale<sup>247</sup> afirmam que a prática do Supremo Tribunal, no âmbito das ações diretas de inconstitucionalidade, tem demonstrado uma aplicação generalizada do art. 12 da lei n.º 9.868/1999, ou seja, em praticamente todos casos em que há pedido de liminar, o que acaba por constituir uma das causas da sua ineficácia, causas estas que, segundo eles, são variadas. A principal seria decorrente da condução do processo pelo relator, que tenderia a recorrer ao procedimento diferenciado em razão do crônico congestionamento da pauta do Supremo, associado ao fato de que o relator não pode indeferir o pedido monocraticamente, mesmo quando verifica que não

---

<sup>245</sup> Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz. A exceção que virou regra: a equivocada aplicação do art. 12 da lei n.º 9.868/1999 e a necessidade de sua releitura, p. 528, in: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 531.

<sup>246</sup> Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz. A exceção que virou regra: a equivocada aplicação do art. 12 da lei n.º 9.868/1999 e a necessidade de sua releitura, p. 528, in: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 533.

<sup>247</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. “Questões atuais sobre as medidas cautelares no controle abstrato de constitucionalidade”; in: *Consultor Jurídico*. Artigo em revista digital. Acesso: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/wp-content/uploads/661-2148-1-PB.pdf>> em 10/05/2016, p. 20.

há real urgência. De acordo com os autores, a concessão de medida liminar em ação direta de inconstitucionalidade estaria sujeita à reserva de plenário (art. 97 da Constituição), razão pela qual seria vedada aos Ministros do STF, em regra, a análise monocrática de pedidos liminares, de tal forma que a utilização do rito do art. 12 seria a maneira que os Ministros teriam elegido para evitar um duplo julgamento da questão constitucional, o que certamente agravaria o congestionamento da pauta, e ainda para permitir a compatibilização da sua atuação com o art. 97 da Constituição, que exige o pronunciamento da maioria absoluta do Tribunal para a declaração de inconstitucionalidade.

O argumento em questão, porém, é refutado parcialmente por Felipe Recondo, para quem a incontestada sobrecarga de trabalho do Tribunal explica apenas em parte a situação atual e os números supramencionados, pois este fator estaria sendo utilizado sobretudo para “mascarar escolhas estratégicas de seus Ministros, de decidir o que julgar e quando julgar”.<sup>248</sup>

---

<sup>248</sup> RECONDO, Felipe. “Como o STF decide o que e quando não julgar”; in: *Jota*. Artigo em revista digital. Acesso: <<http://jota.info/article8-como-o-stf-decide-o-que-e-quando-nao-julgar>> em 13/05/2016.

## 2. POSICIONAMENTO DA DOUTRINA SOBRE OS PROBLEMAS APRESENTADOS

### 2.1. Quais são as circunstâncias excepcionais, que justificam a atuação monocrática do relator ou do presidente fora dos parâmetros legais?

A possibilidade de concessão de medida cautelar em ação declaratória de inconstitucionalidade advém do art. 102, I, “p”, da Constituição Federal de 1988 e do art. 10 da Lei da ADI (lei nº. 9.868/99). Conforme determina este último dispositivo, a medida cautelar deve ser concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal. Contudo, prevê uma única exceção, nestas palavras: “salvo no período de recesso”.

Segundo a doutrina<sup>249</sup> e o art. 13, VIII, do Regimento Interno do STF<sup>250</sup>, esta expressão deve ser compreendida como “períodos de recesso ou de férias”, mesmo porque a diferenciação entre recesso e férias seria realizada no Regimento Interno do STF apenas para fins administrativos internos, e nestes momentos o Presidente do Tribunal exerce competência excepcional, podendo tomar decisão monocrática sobre questões urgentes, tais como as constantes nos pedidos de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade.

Em seguida, e esse momento deve ser logo após o término do recesso ou das férias<sup>251</sup>, a decisão deve ser submetida ao referendo do colegiado, em consonância com a norma contida no art. 97 da Constituição Federal<sup>252</sup>, a chamada cláusula de reserva de plenário, bem como com o art. 10 da lei nº. 9.868/99 e com o art. 21, IV e V, RI-STF,

---

<sup>249</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. “Questões atuais sobre as medidas cautelares no controle abstrato de constitucionalidade”; in: *Consultor Jurídico*. Artigo em revista digital. Acesso: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/wp-content/uploads/661-2148-1-PB.pdf>> em 10/05/2016, p. 9.

<sup>250</sup> Art. 13, VIII, do RISTF:

Art. 13. São atribuições do Presidente:

[...]

VIII – decidir questões urgentes nos períodos de recesso ou de férias (Atualizado com a introdução da Emenda Regimental 26/2008); [...]

<sup>251</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. “Questões atuais sobre as medidas cautelares no controle abstrato de constitucionalidade”; in: *Consultor Jurídico*. Artigo em revista digital. Acesso: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/wp-content/uploads/661-2148-1-PB.pdf>> em 10/05/2016, p. 9.

<sup>252</sup> 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.

cabendo ao relator do processo (que será designado quando da distribuição da ação, findo o período de férias) levar ao referendo do Plenário a decisão proferida pela Presidência sobre a medida cautelar<sup>253</sup>, ou ao próprio Presidente, em situações ainda mais excepcionais<sup>254</sup>.

Todavia, a despeito da previsão legal ser essa, cresce o número de decisões monocráticas concessivas de cautelar por ministros do Tribunal – entenda-se: tanto do Presidente, como prevê o RISTF, quanto dos próprios relatores do processo –, especialmente desde 2009, quando a prática se tornou recorrente.<sup>255</sup> Estas decisões seriam proferidas geralmente nos dias antecedentes aos períodos de recesso e férias, tendo como justificativa ou solução, como já se disse, mas que nem sempre exposta na fundamentação da decisão, “o conhecido congestionamento da pauta de julgamentos do Plenário da Corte”<sup>256</sup>, seja nas sessões ordinárias seja nas extraordinárias.

Assim, a jurisprudência do Supremo tem sido construída no sentido de admitir outra exceção, com base no poder geral de cautela e por analogia ao art. 5º, §1º, da Lei 9.882/99

---

<sup>253</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. “Questões atuais sobre as medidas cautelares no controle abstrato de constitucionalidade”; in: *Consultor Jurídico*. Artigo em revista digital. Acesso: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/wp-content/uploads/661-2148-1-PB.pdf>> em 10/05/2016, p. 9-10.

<sup>254</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. “Questões atuais sobre as medidas cautelares no controle abstrato de constitucionalidade”; in: *Consultor Jurídico*. Artigo em revista digital. Acesso: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/wp-content/uploads/661-2148-1-PB.pdf>> em 10/05/2016, p. 10. Cf. exemplo citado pelos autores: “ADI 3.929-MC-QO, Rel. Min. Ellen Gracie (julgamento em 28-8-07, DJ de 11-10-07): Questão de ordem resolvida no sentido de autorizar a Presidência, excepcionalmente, a relatar o referendo da decisão cautelar monocrática proferida nos autos da presente ação direta”. ADI 3.929-MC-QO, Rel. Min. Ellen Gracie (julgamento em 28-8-07, DJ de 11-10-07).

<sup>255</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. “Questões atuais sobre as medidas cautelares no controle abstrato de constitucionalidade”; in: *Consultor Jurídico*. Artigo em revista digital. Acesso: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/wp-content/uploads/661-2148-1-PB.pdf>> em 10/05/2016, p. 14, e VALE, André Rufino do. “Cautelares em ADI, decididas monocraticamente, violam Constituição”; in: *Consultor Jurídico*. Artigo em revista digital. Acesso: <<<http://www.conjur.com.br/2015-jan-31/observatorio-constitucional-cautelares-adi-decididas-monocraticamente-violam-constituicao>>> em 28/04/2016. Cita ainda, em nota de rodapé, diversos exemplos: Em rápido levantamento (não exaustivo) realizado naquele artigo, após o advento da Lei 9.868/99, identificaram-se as seguintes decisões: ADI-MC 2.849, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 3.4.2003; ADI 3.273-MC, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 16-8-04, DJ de 23-8-04; ADI-MC 4.232, Rel. Min. Menezes Direito, DJe 25.5.2009; ADI 4.190-MC, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 1º-7-09, DJE de 4-8-09; ADI 4.307-MC, Rel. Min. Cármen Lúcia, decisão monocrática, julgamento em 2-10-09, DJE de 8-10-09; ADI-MC 4.451, Rel. Min. Carlos Britto, DJe 1.09.2010; ADI-MC 4.598, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 2.8.2011; ADI-MC 4.663, Rel. Min. Luiz Fux, decisão proferida em 15 de dezembro de 2011; ADI-MC 4.638, Rel. Min. Marco Aurélio, decisão proferida em 19 de dezembro de 2011; ADI 4.705, Rel. Min. Joaquim Barbosa, decisão proferida em 19 de dezembro de 2011.

<sup>256</sup> VALE, André Rufino do. “Cautelares em ADI, decididas monocraticamente, violam Constituição”; in: *Consultor Jurídico*. Artigo em revista digital. Acesso: <<<http://www.conjur.com.br/2015-jan-31/observatorio-constitucional-cautelares-adi-decididas-monocraticamente-violam-constituicao>>> em 28/04/2016.

(Lei da ADPF): quando a espera pela sessão plenária seguinte torne a medida sem qualquer utilidade. Mas esta construção é possível?

Em artigo escrito por Gilmar Mendes, com a participação de André Rufino do Vale, afirma-se a impossibilidade de a lei prever toda e qualquer hipótese de urgência que autorize a concessão de uma medida cautelar e que, assim, podem ocorrer casos em que “a espera pelo julgamento da Sessão Plenária seguinte ao pedido de medida cautelar leve à completa perda de sua utilidade”, pelo que é razoável considerar que o relator, munido do poder geral de cautela, possa e deva decidir monocraticamente sobre o pedido de medida cautelar na ação direta, inclusive por analogia ao art. 5º, §1º, da Lei nº. 9.882/99, que regula a ADPF e autoriza a cautelar por decisão monocrática nos casos de “extrema urgência ou perigo de lesão grave”<sup>257</sup>.

Ressalta, porém, que tais casos devem ser excepcionalíssimos, considerando que a própria lei da ADI/ADC traz em seu bojo mecanismo capaz de “evitar perecimento de direito e assegurar o futuro pronunciamento definitivo do Tribunal”: trata-se da modulação dos efeitos, em que se pode atribuir efeitos retroativos à medida cautelar deferida, para suspender a vigência da norma questionada desde a sua publicação. Acreditando que a referida técnica constitui um instrumento hábil para o que se propõe, conclui-se que “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 férias” e que se tornam praticamente eliminadas as hipóteses em que a atuação monocrática urgente do relator seja realmente necessária, restando apenas a hipótese “em que a suspensão da vigência da norma seja imprescindível para estancar imediatamente a produção de seus efeitos sobre os fatos e estados de coisas que, de outra forma, não poderiam ser revertidos”.<sup>258</sup>

André Rufino do Vale, por sua vez, ao escrever um artigo independente, afirma que a prática é ilegal, posto que fere o art. 10 da lei nº. 9.868/99, e inconstitucional, porque descumpre o art. 97 da Constituição, e considerando que não há uma “circunstância

---

<sup>257</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. “Questões atuais sobre as medidas cautelares no controle abstrato de constitucionalidade”; in: *Consultor Jurídico*. Artigo em revista digital. Acesso: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/wp-content/uploads/661-2148-1-PB.pdf>> em 10/05/2016, p. 10.

<sup>258</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. “Questões atuais sobre as medidas cautelares no controle abstrato de constitucionalidade”; in: *Consultor Jurídico*. Artigo em revista digital. Acesso: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/wp-content/uploads/661-2148-1-PB.pdf>> em 10/05/2016, p. 10-11.

**jurídica** muito excepcional” que autorize a suspensão da vigência de leis e atos normativos de tal forma.<sup>259</sup>

Ou seja, para o referido autor, os principais problemas advindos desta prática, e que a tornam gravíssima, residem no fato de: i) inexistir excepcional urgência que justifique a atuação monocrática na maioria das decisões fora dos períodos de recesso e férias do Tribunal; e que: ii) muitas delas elas não chegam efetivamente a ser submetidas à análise do Plenário, produzindo efeitos por meses, ou mesmo por anos, sem o necessário referendo.<sup>260</sup>

Sobre o primeiro item, comenta que a legislação não deixa margem para decisões monocráticas dos ministros nas ações diretas de inconstitucionalidade. Ao contrário, estabelece como única exceção a faculdade atribuída ao Presidente do Tribunal para apreciar o pedido cautelar nos períodos de recesso e de férias (artigo 10, *caput*), em razão da urgência da medida e considerando a impossibilidade de reunião dos membros do órgão colegiado. Contudo, acredita-se que ao longo do ano judiciário sempre haverá a realização periódica das sessões plenárias, tanto ordinárias quanto extraordinárias, oportunizando momento para o julgamento em plenário das medidas cautelares urgentes e necessárias.<sup>261</sup>

Assim, a única possibilidade em que se faria necessária a decisão liminar monocrática em ação direta durante as atividades ordinárias do Tribunal seria nos casos em que a espera pela data agendada para julgamento do Plenário ou a sessão plenária seguinte ao pedido da cautelar possa levar à perda de sua utilidade. A possibilidade em questão não decorreria diretamente da sistemática da lei n.º. 9.868/99, mas do poder geral de cautela do Relator, a fim de evitar a concretização de situações irreparáveis ou de difícil reparação, bem como salvaguardar o resultado útil do processo. Verifica-se a possibilidade de aplicar por analogia o artigo 5º, §1º, da lei n.º. 9.882/99, que disciplina a

---

<sup>259</sup> VALE, André Rufino do. “Cautelares em ADI, decididas monocraticamente, violam Constituição”; in: *Consultor Jurídico*. Artigo em revista digital. Acesso: <<<http://www.conjur.com.br/2015-jan-31/observatorio-constitucional-cautelares-adi-decididas-monocraticamente-violam-constituicao>>> em 28/04/2016.

<sup>260</sup> VALE, André Rufino do. “Cautelares em ADI, decididas monocraticamente, violam Constituição”; in: *Consultor Jurídico*. Artigo em revista digital. Acesso: <<<http://www.conjur.com.br/2015-jan-31/observatorio-constitucional-cautelares-adi-decididas-monocraticamente-violam-constituicao>>> em 28/04/2016.

<sup>261</sup> VALE, André Rufino do. “Cautelares em ADI, decididas monocraticamente, violam Constituição”; in: *Consultor Jurídico*. Artigo em revista digital. Acesso: <<<http://www.conjur.com.br/2015-jan-31/observatorio-constitucional-cautelares-adi-decididas-monocraticamente-violam-constituicao>>> em 28/04/2016.

arguição de descumprimento de preceito fundamental, que autoriza a cautelar monocrática “em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave”.<sup>262</sup>

Porém, apesar de vislumbrar essas hipóteses, ressalta-se que a medida deve ser sempre excepcional, já que a própria lei antevê um mecanismo para evitar que o direito se perca e garantir a efetividade do posterior pronunciamento definitivo do Tribunal, qual seja a possibilidade de atribuição de efeitos *ex tunc* à decisão concessiva da medida liminar, suspendendo a vigência da norma impugnada desde a data da publicação. Ou seja, a utilização pelo colegiado da técnica da modulação dos efeitos da decisão cautelar, praticamente elimina a necessidade de atuação monocrática urgente do relator. As outras hipóteses seriam mínimas, por exemplo a situação em que “a imediata suspensão da vigência da norma impugnada seja impreterível em razão da necessidade de se paralisar, antes mesmo da próxima reunião colegiada, a produção de eventuais efeitos irreversíveis.”<sup>263</sup>

Quanto ao segundo problema na concessão monocrática das cautelares em ação direta destaca-se que, em muitos casos, elas não chegam de fato a ser submetidas à confirmação pelo órgão colegiado. Haveriam várias razões para isso, tais como o crônico congestionamento da pauta de julgamentos, uma eventual falta de organização e planejamento dos trabalhos internos de gabinetes, dentre outros, mas, independentemente disso, identifica-se diversas medidas cautelares em ação direta de inconstitucionalidade concedidas monocraticamente a produzir efeitos há anos, sem qualquer apreciação pelo Plenário.<sup>264</sup>

Lenio Streck, traz o exemplo da ação direta de inconstitucionalidade nº. 4.917/RJ, conhecida como ADI dos Royalties, que obteve o deferimento monocrático de medida cautelar no dia 18/03/2013<sup>265</sup> e que produz efeitos até hoje, portanto, há cerca de quatro

---

<sup>262</sup> VALE, André Rufino do. “Cautelares em ADI, decididas monocraticamente, violam Constituição”; in: *Consultor Jurídico*. Artigo em revista digital. Acesso: <<<http://www.conjur.com.br/2015-jan-31/observatorio-constitucional-cautelares-adi-decididas-monocraticamente-violam-constituicao>>> em 28/04/2016.

<sup>263</sup> VALE, André Rufino do. “Cautelares em ADI, decididas monocraticamente, violam Constituição”; in: *Consultor Jurídico*. Artigo em revista digital. Acesso: <<<http://www.conjur.com.br/2015-jan-31/observatorio-constitucional-cautelares-adi-decididas-monocraticamente-violam-constituicao>>> em 28/04/2016.

<sup>264</sup> VALE, André Rufino do. “Cautelares em ADI, decididas monocraticamente, violam Constituição”; in: *Consultor Jurídico*. Artigo em revista digital. Acesso: <<<http://www.conjur.com.br/2015-jan-31/observatorio-constitucional-cautelares-adi-decididas-monocraticamente-violam-constituicao>>> em 28/04/2016.

<sup>265</sup> Min. Cármen Lúcia, nestes termos: “(...) Pelo exposto, na esteira dos precedentes, em face da urgência qualificada comprovada no caso, dos riscos objetivamente demonstrados da eficácia dos

anos, sem confirmação pelo plenário.<sup>266</sup> André Rufino do Vale destaca também a medida cautelar concedida monocraticamente na ADI 4.598, que trata da Resolução CNJ nº. 130, de 2011 e que se encontra na mesma situação da anterior, com liminar deferida<sup>267</sup> em 01/07/2011, reavaliada diversas vezes pelo próprio relator em momentos posteriores, como em 27/06/2013<sup>268</sup>, 27/05/2014<sup>269</sup>, 22/05/2015<sup>270</sup> e 10/06/2016<sup>271</sup>, mas ainda

---

dispositivos e dos seus efeitos, de difícil desfazimento, defiro a medida cautelar para suspender os efeitos dos arts. 42-B; 42-C; 48, II; 49, II; 49-A; 49-B; 49-C; § 2º do art. 50; 50-A; 50-B; 50-C; 50-D; e 50-E da Lei Federal n. 9.478/97, com as alterações promovidas pela Lei n. 12.734/2012, ad referendum do Plenário deste Supremo Tribunal, até o julgamento final da presente ação. Publique-se."

<sup>266</sup> Lenio Luiz Streck. A decisão de um ministro do STF pode valer como medida provisória? Artigo digital publicado em 4/12/2014, disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-04/senso-incomum-decisao-ministro-stf-valer-medida-provisoria#author>>. Consulta em 28/09/2016.

<sup>267</sup> Min. Luiz Fux: "(...) Ab initio, admito a Federação Nacional dos Trabalhadores do Poder Judiciário e Ministério Público da União - FENAJUFE como amicus curiae (...) DEFIRO a medida cautelar pleiteada, a fim de determinar, ad referendum do Plenário, a suspensão dos efeitos da Resolução nº 130 do Conselho Nacional de Justiça até o julgamento definitivo da presente ação direta de inconstitucionalidade. (...) Decorrido o prazo de 15 dias mencionado na decisão proferida em 02/06/2011, e considerando que o CNJ já prestou suas informações (doc. 134), abra-se, de imediato, vista sucessiva ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral da República, para que se manifestem, cada qual, no prazo de 5 (cinco) dias. Sem prejuízo, à Secretaria para que solicite inclusão em pauta do Plenário para o julgamento do referendo à presente medida liminar. Publique-se. Registre-se. Intimem-se as partes e a amicus curiae (FENAJUFE)."

<sup>268</sup> Min. Luiz Fux: "(...) Assim, os tribunais brasileiros devem manter, até decisão definitiva desta Corte, o horário de atendimento ao público que já está sendo adotado nos seus respectivos âmbitos, sob pena de eventual prejuízo aos usuários do serviço público da justiça, em particular para a classe dos advogados. Ex positis, e em razão especificamente do que ocorrido no âmbito do Tribunal de Justiça de Pernambuco, defiro o pedido formulado pelo Conselho Federal da OAB – CFOAB, a fim de determinar que seja mantido, sem qualquer redução, o horário de atendimento ao público em vigor nos Tribunais. Com o escopo de que não haja dúvidas quanto ao alcance desta decisão, cumpre salientar que ela se destina a, precipuamente, alcançar tribunais que reduziram o horário de atendimento ao público neste corrente ano de 2013, a fim de que retornem ao estado anterior, ou, ainda, os que estejam em vias de implementar eventual redução de horário, de maneira que não a façam. Publique-se. Intime-se. Oficie-se à Presidência de todos os tribunais brasileiros para ciência desta decisão. Dê-se ciência ao MPF."

<sup>269</sup> Min. Luiz Fux: "(...) defiro o pedido formulado pelo Conselho Federal da OAB – CFOAB, a fim de determinar que seja mantido, sem qualquer redução ou alteração, o horário de atendimento ao público em vigor no Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. Publique-se. Intimem-se. Oficie-se com urgência à Presidência do Tribunal de Justiça da Paraíba para ciência desta decisão."

<sup>270</sup> Min. Luiz Fux: "(...) os tribunais brasileiros devem manter, até decisão definitiva desta Corte, o horário de atendimento ao público que já está sendo adotado nos seus respectivos âmbitos, sob pena de eventual prejuízo aos usuários do serviço público da justiça, em particular para a classe dos advogados. Ex positis, e em razão especificamente do requerimento recentemente protocolizado nos autos, defiro o pedido formulado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB, a fim de determinar que seja restabelecido, sem qualquer redução ou alteração, o horário de atendimento ao público que vigorava no Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região até a edição da Portaria GP nº 1272/2014, em 30.12.2014. Saliente-se que a Portaria impugnada já vem produzindo efeitos ao longo de 04 meses (em vigor desde 14.01.2015), sendo razoável o estabelecimento de período de readaptação da administração judiciária do TRT/16. Desse modo, asseguro ao Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região o prazo para pleno cumprimento deste decisum até 20 de junho de 2015. Publique-se. Intimem-se. (...)".

<sup>271</sup> Min. Luiz Fux: "(...) Ex positis, defiro o primeiro pedido formulado, a fim de determinar que, em caráter preventivo, seja mantido o expediente forense/horário de atendimento, sem qualquer redução ou alteração, no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região e, também do Tribunal Regional

pendente de confirmação pelo Plenário até hoje, portanto, há quase seis anos.<sup>272</sup> No mais, e que pode ser ainda mais grave, verifica-se haver uma emenda constitucional suspensa desde 18/07/2013, ou seja, há quase quatro anos, pela decisão de um único ministro, à época, o Presidente Joaquim Barbosa.<sup>273</sup>

Não parece razoável que, ao longo de um – ou mais – ano judiciário, continuem a descumprir as expressas orientações legal e constitucional sob a alegação de congestionamento da pauta de julgamento do plenário. O próprio STF deveria ser o maior interessado em resolver a situação, por compreender as consequências advindas da suspensão de um ato normativo – ou vários – há tanto tempo e pela “decisão judicial de apenas um indivíduo”.<sup>274</sup> A manutenção de um “estado de coisas inconstitucional” é preocupante e fere não somente a lei e a constituição, mas “todo o sistema de divisão funcional de poderes e, enfim, à própria democracia representativa”, pois em um Estado de Direito Democrático deveria ser imperativa a impossibilidade de haver tantos poderes centrados nas mãos de um único juiz.<sup>275</sup>

Assim, entende André Rufino do Vale que a solução requer a estipulação pelo Tribunal de duas metas, uma de curto prazo e outra de médio, respectivamente. Propõe que, de forma prioritária e urgente, o Tribunal proceda a um “levantamento exaustivo de

---

do Trabalho da 22ª Região. (...) Quanto ao segundo pedido cautelar, de natureza preventivo (em razão especificamente do requerimento recentemente protocolizado nos autos pela Petição 29.132/2016), concedo o pedido cautelar incidental para que seja determinado a todos os demais Tribunais brasileiros que se abstenham de promover quaisquer alterações no expediente forense/horário de atendimento ao público, enquanto não julgado, definitivamente, o mérito da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI). Com o objetivo de manter o saneamento processual regular dos presentes autos, reitero o estrito cumprimento dos prazos e providências fixadas pela decisão monocrática, de minha lavra e datada de de 04 de maio de 2016 (DJe 92, divulgado em 06 de maio de 2016). Publique-se. Intimem-se."

<sup>272</sup> VALE, André Rufino do. “Cautelares em ADI, decididas monocraticamente, violam Constituição”; in: *Consultor Jurídico*. Artigo em revista digital. Acesso: <<<http://www.conjur.com.br/2015-jan-31/observatorio-constitucional-cautelares-adi-decididas-monocraticamente-violam-constituicao>>> em 28/04/2016.

<sup>273</sup> Trata-se da Emenda Constitucional 73, de 06/06/2013, que constitui o objeto da ADI 5.017. Inclusive, na decisão do dia 08/08/2013, entendeu-se pela necessidade de adotar o rito especial do art. 12 da Lei 9.868/99. O processo, que se encontra instruído e pronto para julgamento desde 27/03/2014, aguarda decisão de mérito.

<sup>274</sup> VALE, André Rufino do. “Cautelares em ADI, decididas monocraticamente, violam Constituição”; in: *Consultor Jurídico*. Artigo em revista digital. Acesso: <<<http://www.conjur.com.br/2015-jan-31/observatorio-constitucional-cautelares-adi-decididas-monocraticamente-violam-constituicao>>> em 28/04/2016.

<sup>275</sup> VALE, André Rufino do. “Cautelares em ADI, decididas monocraticamente, violam Constituição”; in: *Consultor Jurídico*. Artigo em revista digital. Acesso: <<<http://www.conjur.com.br/2015-jan-31/observatorio-constitucional-cautelares-adi-decididas-monocraticamente-violam-constituicao>>> em 28/04/2016.

todas as medidas cautelares decididas monocraticamente nas ações diretas de inconstitucionalidade, que ainda estão pendentes do referendo do Plenário da Corte, para que sejam incluídas, o mais rápido possível, no calendário das sessões ordinárias e extraordinárias de julgamento deste primeiro semestre”. Segundo, que fosse proporcionado um espaço para debater sobre a necessidade de regulamentar o uso do chamado poder geral de cautela do relator nas ações diretas, de forma que as “hipóteses excepcionálíssimas pudessem ser bem delimitadas e definidas no Regimento Interno do Tribunal”.<sup>276</sup>

### **2.1.1. Pode o STF criar jurisprudencialmente outras exceções, que não as previstas em lei?**

Como já se ressaltou, a lei prevê apenas uma única exceção à cláusula de reserva de plenário.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou em momentos anteriores tanto pela admissibilidade quanto pela inadmissibilidade de tal construção. Veja-se a decisão cautelar proferida em 16/08/2004 pelo Ministro Carlos Britto, relator da ADI 3.273<sup>277</sup>. A referida decisão foi rapidamente suspensa pelo Presidente do Tribunal, à época, o Ministro Nelson Jobim, no MS 25.024, por considerar que a decisão monocrática havia violado a cláusula de reserva de plenário. Assim se manifestou este último ministro: “A lei abre uma única exceção à regra... Em nenhum momento, salvo o recesso, a lei autoriza a decisão de cautelar pelo relator. Mesmo nos casos de ‘excepcional urgência’, a lei mantém a competência da decisão com o Tribunal. Autoriza que tal decisão possa ser tomada ‘sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei...’ Possibilita, ainda, a lei que o Tribunal afaste a regra geral do efeito *ex nunc* da cautelar e a conceda com ‘eficácia retroativa’ (Lei 9.868/99, art. 11, §1º). Com esta última regra

---

<sup>276</sup> VALE, André Rufino do. “Cautelares em ADI, decididas monocraticamente, violam Constituição”; in: *Consultor Jurídico*. Artigo em revista digital. Acesso: <<<http://www.conjur.com.br/2015-jan-31/observatorio-constitucional-cautelares-adi-decididas-monocraticamente-violam-constituicao>>> em 28/04/2016.

<sup>277</sup> ADI 3.273-MC, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 16-8-04, DJ de 23-8-04.

completa-se o tratamento legal da excepcionalidade. Em momento algum, ‘salvo no período de recesso’, é possível decisão monocrática.’<sup>278</sup>

Em outro caso, a decisão tomada pela Ministra Cármen Lúcia na ADI 4.307<sup>279</sup>, em 02/10/09, foi regularmente referendada pelo Plenário. Tratava-se então da Emenda Constitucional n. 58, de 23/09/09. A concessão da liminar baseava-se na necessidade urgente de impedir a imediata recomposição das Câmaras Municipais dos municípios brasileiros, com a diplomação e posse de inúmeros vereadores, e inclusive a alteração dos cálculos eleitorais de votação com efeitos retroativos ao período eleitoral anterior, antes mesmo da realização da Sessão Plenária do STF seguinte à publicação da Emenda Constitucional, havendo ainda risco iminente de que os novos vereadores produzissem leis municipais, o que geraria grave dano à segurança jurídica.<sup>280</sup>

Afirma Gilmar Mendes<sup>281</sup> que “a decisão cautelar monocrática em ação direta, fora dos períodos de recesso e férias, é fato raro no Supremo Tribunal Federal, o que atesta ainda mais a sua excepcionalidade”. E, ao fazer um “rápido levantamento (não exaustivo)”, relata ter verificado que “na maioria das vezes a decisão monocrática era dispensável, seja em virtude da proximidade da realização de Sessão Plenária, do longo tempo de vigência da norma impugnada, seja em razão da sempre possível modulação dos efeitos da medida liminar”, e que a maioria foi proferida na véspera dos períodos de recesso ou de férias do Tribunal.<sup>282</sup>

Reforça-se também que, das dez decisões encontradas, oito foram após o ano 2009, o que atesta um crescente aumento de liminares proferidas monocraticamente em sede de controle abstrato de constitucionalidade, sendo “muitas delas cabalmente descabidas”, o

---

<sup>278</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. “Questões atuais sobre as medidas cautelares no controle abstrato de constitucionalidade”; in: *Consultor Jurídico*. Artigo em revista digital. Acesso: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/wp-content/uploads/661-2148-1-PB.pdf>> em 10/05/2016, p. 10-11, inclusive nota de rodapé.

<sup>279</sup> ADI 4.307-MC, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 2-10-09, DJe de 8-10-09.

<sup>280</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. “Questões atuais sobre as medidas cautelares no controle abstrato de constitucionalidade”; in: *Consultor Jurídico*. Artigo em revista digital. Acesso: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/wp-content/uploads/661-2148-1-PB.pdf>> em 10/05/2016, p. 12.

<sup>281</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. “Questões atuais sobre as medidas cautelares no controle abstrato de constitucionalidade”; in: *Consultor Jurídico*. Artigo em revista digital. Acesso: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/wp-content/uploads/661-2148-1-PB.pdf>> em 10/05/2016, p. 11-14.

<sup>282</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. “Questões atuais sobre as medidas cautelares no controle abstrato de constitucionalidade”; in: *Consultor Jurídico*. Artigo em revista digital. Acesso: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/wp-content/uploads/661-2148-1-PB.pdf>> em 10/05/2016, p. 14.

que, por si só “demonstra a necessidade de regras regimentais mais claras e incisivas sobre o tema”. Ou seja, a conclusão lógica deve ser a de que a concessão de medidas cautelares deve se dar pelo Plenário do STF, e, quando ocorrer por decisão monocrática, será, em regra, ilegal e inconstitucional, por violação ao art. 10 da Lei ADI e ao art. 97 da CF/88. Todavia, as hipóteses excepcionalíssimas que podem ser aceitas precisam ser “bem delimitadas e definidas no Regimento Interno do Tribunal. O quadro atual assim o exige e, dessa forma, é preciso regulamentar o uso do poder geral de cautela pelo Relator nas ações do controle abstrato de constitucionalidade.”<sup>283</sup>

## **2.2. Existe imposição do art. 97 da Constituição para que os pedidos de medida cautelar só possam ser analisados pelo pleno, mesmo os manifestamente improcedentes?**

Sobre este importante dispositivo constitucional, interessa fazer uma breve retrospectiva histórica. A jurisprudência norte americana do século XIX criou a regra chamada de *full bench*, *full court* ou *en banc*, para dar mais prudência e autocontrole às decisões dos tribunais sobre questões constitucionais.<sup>284</sup> A jurisprudência surgiu, a princípio, muito mais como uma orientação do que como uma obrigação constitucional, devido à prática da *judicial review* dos tribunais americanos, diante da possibilidade real de serem criados precedentes com quórum mínimo, sendo estes posteriormente revistos quando estivessem presentes os outros membros do Tribunal, “assim como a dificuldade que decisões assim tomadas tinham para formar *stare decisis*”.<sup>285</sup>

Quando o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade é implementado, baseado no sistema difuso americano, a princípio, não adota a referida regra ou semelhante, ou pelo menos, não a nível constitucional, que geraria uma obrigação de observância, sendo a Constituição de 1934 a primeira a tornar obrigatória a observância dos tribunais à regra do *full bench*, em seu art. 179: “Só por maioria absoluta de votos da

---

<sup>283</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. “Questões atuais sobre as medidas cautelares no controle abstrato de constitucionalidade”; in: *Consultor Jurídico*. Artigo em revista digital. Acesso: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/wp-content/uploads/661-2148-1-PB.pdf>> em 10/05/2016, p. 14.

<sup>284</sup> Comentários à Constituição do Brasil – Comentário ao art. 97 – Cláusula de Reserva de Plenário, por Gilmar Ferreira Mendes e Lenio Luiz Streck, p. 1333.

<sup>285</sup> Comentários à Constituição do Brasil – Comentário ao art. 97 – Cláusula de Reserva de Plenário, por Gilmar Ferreira Mendes e Lenio Luiz Streck, p. 1333.

totalidade dos seus Juízes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público”.<sup>286</sup>

A Constituição seguinte, de 1937, manteve a regra, enquanto a de 1946 relativizou-a: “Art. 200. Só pelo voto da maioria absoluta dos seus membros poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público”, passando a exigir a maioria absoluta dos votos do órgão julgador, e não mais do total de membros do tribunal. A Constituição de 1967 (mesmo após a “reforma” de 1969) manteve a nova regra. Por meio da Emenda Constitucional nº. 7, de 1977, autorizou-se a criação de *órgão especial* capaz de exercer as funções do órgão plenário, “em razão das dificuldades, em muitos tribunais de composição mais numerosa (superior a 25 magistrados), de reunião de todos os membros.”<sup>287</sup>

O atual comando constitucional – Constituição de 1988 – que impõe a chamada cláusula de reserva de plenário no direito brasileiro tem o seguinte texto: “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”.

Esclarece-se, a esse propósito, o que se entende por maioria absoluta: “a quantidade de votos igual ou superior ao número inteiro acima da metade da totalidade dos membros do tribunal. Na hipótese de ausência ocasional de membros, por vacância temporária ou por motivos de suspeição ou impedimento, tem-se admitido a convocação excepcional de magistrados de outros órgãos como, por exemplo, prevê o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal em seu art. 40.”<sup>288</sup>

Ficou mantida a possibilidade de criação de órgãos especiais com competências do órgão plenário, conforme se lê no art. 93, XI, cuja redação atual foi atribuída pela EC nº. 45/2004: “nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência

---

<sup>286</sup> Comentários à Constituição do Brasil – Comentário ao art. 97 – Cláusula de Reserva de Plenário, por Gilmar Ferreira Mendes e Lenio Luiz Streck, p. 1333.

<sup>287</sup> Comentários à Constituição do Brasil – Comentário ao art. 97 – Cláusula de Reserva de Plenário, por Gilmar Ferreira Mendes e Lenio Luiz Streck, p. 1333.

<sup>288</sup> Comentários à Constituição do Brasil – Comentário ao art. 97 – Cláusula de Reserva de Plenário, por Gilmar Ferreira Mendes e Lenio Luiz Streck, p. 1334.

do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por antiguidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno”.<sup>289</sup>

Assim, a regra também chamada de cláusula de reserva de plenário obriga o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, em qualquer modalidade: “A também denominada *cláusula de reserva de plenário* é obrigatória para o controle difuso (art. 97 da CF/88 c/c art. 480 do CPC) e para o controle concentrado de constitucionalidade (art. 97 da CF/88 c/c art. 23 da Lei nº. 9.868/99)”. Ressalta-se ainda que a regra em questão é “o ponto de ligação entre as duas modalidades de controle exercidas pelos Tribunais.”<sup>290</sup> Assim, a vinculação do controle difuso de constitucionalidade pela cláusula é regulada pelo Código de Processo Civil<sup>291</sup>, enquanto o controle concentrado possui legislação específica.

Para dimensionar melhor o alcance da referida norma, destaca-se que “a questão constitucional não pode ser contornada ou desviada”, ou mesmo “afastada a aplicação da norma impugnada, pela sua inconstitucionalidade” pelo órgão julgador, inclusive a orientação foi consagrada pela Súmula Vinculante nº. 10 do Supremo Tribunal Federal: “viola a cláusula de reserva de plenário a decisão de órgão fracionário de tribunal que,

---

<sup>289</sup> Comentários à Constituição do Brasil – Comentário ao art. 97 – Cláusula de Reserva de Plenário, por Gilmar Ferreira Mendes e Lenio Luiz Streck, p. 1334.

<sup>290</sup> Comentários à Constituição do Brasil – Comentário ao art. 97 – Cláusula de Reserva de Plenário, por Gilmar Ferreira Mendes e Lenio Luiz Streck, p. 1334.

<sup>291</sup> No Código de Processo Civil de 1973, a declaração de inconstitucionalidade era regulada pelos artigos 480 a 482. No CPC vigente, trata-se do incidente de arguição de inconstitucionalidade nos artigos 948 a 950, de forma semelhante à da lei anterior:

Art. 948. Arguida, em controle difuso, a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, após ouvir o Ministério Público e as partes, submeterá a questão à turma ou à câmara à qual competir o conhecimento do processo.

Art. 949. Se a arguição for:

I - rejeitada, prosseguirá o julgamento;

II - acolhida, a questão será submetida ao plenário do tribunal ou ao seu órgão especial, onde houver.

Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário ou ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

Art. 950. Remetida cópia do acórdão a todos os juízes, o presidente do tribunal designará a sessão de julgamento.

§1º As pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade se assim o requererem, observados os prazos e as condições previstos no regimento interno do tribunal.

§2º A parte legitimada à propositura das ações previstas no art. 103 da Constituição Federal poderá manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação, no prazo previsto pelo regimento interno, sendo-lhe assegurado o direito de apresentar memoriais ou de requerer a juntada de documentos.

§3º Considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, o relator poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”. Observa-se apenas que a súmula não se aplica aos casos de mera interpretação “de um determinado dispositivo ou à delimitação de sua incidência a algumas hipóteses”, e conseqüentemente à técnica da interpretação conforme a Constituição.<sup>292</sup>

Segundo Gilmar Mendes e André Rufino do Vale<sup>293</sup>, a própria análise do pedido de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade é da competência exclusiva do Plenário do STF e que as decisões daí advindas estão submetidas à cláusula (de reserva de plenário) que decorre do art. 97 da Constituição Federal, do art. 10 da Lei 9.868/99 e do art. 5º, X, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal<sup>294</sup>. Destaca o autor que a submissão é tanto da decisão de mérito quanto da decisão cautelar, em razão do fato de que ambas produzem efeitos diretos sobre a vigência das normas.

Por esta razão, a Lei nº. 9.868/99 chega a autorizar o Tribunal a deferir a medida cautelar sem ouvir previamente os órgãos ou as autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado nos casos de “excepcional urgência” (art. 10, §3º), mas mantém a orientação da observância à reserva de plenário. O *caput* do art. 10 prevê, nesse sentido, apenas uma única exceção, como já se disse: “período de recesso e férias” do Tribunal. Sobre esta, comenta Gilmar Mendes que não decorre da “impossibilidade de reunião de todos os membros do Tribunal nos períodos de recesso” e não de um eventual caráter urgente da medida.<sup>295</sup> E, ressalte-se, mesmo diante dessa hipótese, a decisão deverá ser levada a referendo ao fim do referido período excepcional.

### **2.3. Considerando que as decisões cautelares precisem necessariamente ser submetidas ao referendo do pleno, em que medida a não submissão a referendo pelo órgão colegiado violaria a lei (art. 10) e a Constituição Federal (art. 97)?**

---

<sup>292</sup> Comentários à Constituição do Brasil – Comentário ao art. 97 – Cláusula de Reserva de Plenário, por Gilmar Ferreira Mendes e Lenio Luiz Streck, p. 1335.

<sup>293</sup> “Questões atuais sobre as medidas cautelares no controle abstrato de constitucionalidade”; in: *Consultor Jurídico*. Artigo em revista digital. Acesso: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/wp-content/uploads/661-2148-1-PB.pdf>> em 10/05/2016, p. 5-6.

<sup>294</sup> Art. 5º Compete ao Plenário processar e julgar originariamente:

X – o pedido de medida cautelar nas representações oferecidas pelo Pro- -curador-Geral da República

<sup>295</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. “Questões atuais sobre as medidas cautelares no controle abstrato de constitucionalidade”; in: *Consultor Jurídico*. Artigo em revista digital. Acesso: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/wp-content/uploads/661-2148-1-PB.pdf>> em 10/05/2016, p. 9.

Considera-se que, quando os juízes e tribunais proferem decisões, além de solucionar problemas concretos, igualmente desempenham um “importante papel no processo democrático” e que o fato ganha ainda maior importância quando esses tribunais são as Supremas Cortes e Cortes Constitucionais, responsáveis por dar a última palavra acerca da interpretação da Constituição.<sup>296</sup> Assim, importa estudar como esta tarefa é desempenhada pelo nosso Supremo Tribunal, analisando se são respeitadas as várias garantias do processo e da decisão judicial, de forma a evitar julgamentos arbitrários. Ou seja, dar especial atenção à atividade do STF no controle de constitucionalidade brasileiro não deve ser tido como questão de curiosidade ou de mero interesse acadêmico, pois o “controle sobre o conteúdo de suas decisões e de seu processo decisório passa a ser essencial para a democracia do país”.<sup>297</sup>

#### **2.4. Há autorização legal para prorrogação das liminares concedidas?**

Assim, tem-se afirmado e reafirmado que um pedido cautelar em ação direta somente pode ser deferido liminarmente por um ministro, nos termos do art. 10 da Lei 9.868, em tempos de recesso, ficando a decisão válida ao longo desse período. Lenio Luiz Streck faz uma alegoria jurídica e demonstra que se, “em períodos de *não recesso*”, a tutela cautelar concedida monocraticamente deve ser submetida de imediato ao referendo do plenário do STF, a medida concedida no período excepcional deve ser submetida à banca cheia do plenário (*full bench*) tão logo ele termine; e, por lógica, a decisão proferida neste momento só poderia valer durante esse período ou, no máximo, trinta dias, caso tenha sido deferida no primeiro dia do recesso. Este período de vigência é semelhante ao da medida provisória, o que o teria levado a construir uma alegoria entre a cautelar advinda de um período de recesso e a medida provisória.<sup>298</sup>

O autor utiliza tal figura para chamar a atenção para uma questão relevante: uma lei aprovada pelo Congresso Nacional e devidamente sancionada pelo Presidente da

---

<sup>296</sup> Pedro Luiz do Nascimento Filho: Medidas Cautelares em ADI, p. 3.

<sup>297</sup> Pedro Luiz do Nascimento Filho: Medidas Cautelares em ADI, p. 3.

<sup>298</sup> Lenio Luiz Streck. A decisão de um ministro do STF pode valer como medida provisória? Artigo digital publicado em 4/12/2014, disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-04/senso-incomum-decisao-ministro-stf-valer-medida-provisoria#author>>. Consulta em 28/09/2016.

República pode ter a sua validade suspensa por uma medida cautelar em sede de ação direta de inconstitucionalidade. Se for durante o recesso, logo após o seu término, deve ser submetida ao plenário. Mas é possível que isso não ocorra? E se a lei permanecer suspensa por tempo indefinido, sem confirmação do plenário? Nesse caso, aproximam-se os efeitos da decisão cautelar em ação direta aos de uma medida provisória, principalmente em razão de seu efeito ripristinatório, segundo o parágrafo segundo do artigo 10 da lei nº. 8.868, que prevê que “a concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário.” Ou seja, além de suspender a validade e a vigência de um ato normativo, inclusive de uma Emenda Constitucional, a medida cautelar pode trazer à vigência lei anteriormente revogada. O mais grave é que a medida provisória “tranca pauta” de votação e tem prazo máximo para ser apreciada e que a medida cautelar em ação direta (submissão ao *full bench*), por sua vez, não “tranca a pauta” do tribunal.<sup>299</sup>

Em seguida, o autor cita o caso da chamada ADI 4917-RJ, supramencionada, que impugna a lei nº. 12.734/12, na qual foi concedida medida cautelar monocrática e ainda aguarda referendo do plenário, há quase quatro anos, no sentido de invalidar de imediato a lei que fora vetada em momento anterior e cujo veto havia sido “derrubado” pelo Congresso Nacional. Refere que o que se deve ressaltar é que o próprio Supremo Tribunal Federal frequentemente descumpre a legislação pátria, no caso, a Lei 9.868/99, que trata justamente dos procedimentos aplicáveis às ações de sua competência, a ADI e a ADC: “No caso da ADI 4.917, há uma MC concedida não em período de recesso e que pende de apreciação em *full bench* há quase dois anos.” O autor relata que a referida medida, que suspendeu os efeitos de diversos artigos da lei até o julgamento final da ação, deveria ter sido levada à apreciação do Plenário em seguida (ou seja, em alguns dias), ou mais propriamente, “essa Medida Cautelar, por ter sido deferida em período normal (não recesso), sequer poderia ter sido deferida, porque a única exceção para a concessão de Medida Cautelar em ADI é estar a corte em período de recesso.”<sup>300</sup> Continuando com a alegoria, comenta: “Só para termos uma ideia daquilo que denomino, alegoricamente, de ‘efeitos similares aos de medida provisória’: o resultado da demora na decisão pelo STF

---

<sup>299</sup> Lenio Luiz Streck. A decisão de um ministro do STF pode valer como medida provisória? Artigo digital publicado em 4/12/2014, disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-04/senso-incomum-decisao-ministro-stf-valer-medida-provisoria#author>>. Consulta em 28/09/2016.

<sup>300</sup> Lenio Luiz Streck. A decisão de um ministro do STF pode valer como medida provisória? Artigo digital publicado em 4/12/2014, disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-04/senso-incomum-decisao-ministro-stf-valer-medida-provisoria#author>>. Consulta em 28/09/2016.

em modo *full bench* tem gerado um enorme prejuízo aos cofres públicos dos Estados. Com exceção de Rio de Janeiro e Espírito Santo, todos os demais estados vêm deixando de receber valores substanciais da distribuição dos royalties.”<sup>301</sup>

Sobre o mencionado descumprimento reiterado do art. 10 da Lei 9.868 e do art. 97 da Constituição Federal, caracteriza como um sério problema o relator de uma medida cautelar em ação direta não submeter a decisão proferida à confirmação do plenário e relaciona uma série de cautelares concedidas monocraticamente e que ainda encontram-se pendentes de apreciação pelo colegiado.<sup>302</sup> Atribui o fato ao conhecido problema da morosidade judicial e fala que, ao tentarem superá-lo, editam medidas cautelares, que se tornam “(in)satisfativas por vias oblíquas”, e não deixa de entrar na questão da “usurpação tácita de competência”, visto que a decisão de um único ministro se sobrepõe no tempo à do colegiado ou mesma à de outro Poder, retirando-se a vigência de uma lei por mero juízo de aparência.<sup>303</sup>

Reflete, em seguida, sobre as liminares concedidas pelo Supremo Tribunal Federal, de uma forma geral, em ações que atingem milhares de pessoas, como a MC na AO 1.773, referente ao auxílio moradia. Mesmo a ação em questão não sendo regida pela lei nº. 9.868, a decisão gera efeitos similares aos de uma medida cautelar em ação direta, além de grande relevância jurídica, pelo que destaca a “dependência pessoal em que muitas vezes se encontram os *cases* na Suprema Corte”, apesar da conhecida necessidade de pronunciamento do órgão colegiado, como forma de garantir um melhor julgamento às causas complexas.<sup>304</sup>

---

<sup>301</sup> Lenio Luiz Streck. A decisão de um ministro do STF pode valer como medida provisória? Artigo digital publicado em 4/12/2014, disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-04/senso-incomum-decisao-ministro-stf-valer-medida-provisoria#author>>. Consulta em 28/09/2016. Sobre a referida ação, comenta: “No específico, em face do exemplo privilegiado da ADI dos royalties, não quero, nem de longe, incrementar uma guerra entre os estados pelo recebimento dos royalties. Poderia registrar, por exemplo, o valor que o Piauí — talvez o que mais necessite dos aportes dos royalties — perdeu no período (mais de R\$ 300 milhões). Apenas trago o assunto à colação pelo amor ao debate e ao direito constitucional. Penso que isso é um dever cívico da doutrina de *terrae brasilis*.”

<sup>302</sup> Lenio Luiz Streck. A decisão de um ministro do STF pode valer como medida provisória? Artigo digital publicado em 4/12/2014, disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-04/senso-incomum-decisao-ministro-stf-valer-medida-provisoria#author>>. Consulta em 28/09/2016.

<sup>303</sup> Lenio Luiz Streck. A decisão de um ministro do STF pode valer como medida provisória? Artigo digital publicado em 4/12/2014, disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-04/senso-incomum-decisao-ministro-stf-valer-medida-provisoria#author>>. Consulta em 28/09/2016.

<sup>304</sup> Lenio Luiz Streck. A decisão de um ministro do STF pode valer como medida provisória? Artigo digital publicado em 4/12/2014, disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-04/senso-incomum-decisao-ministro-stf-valer-medida-provisoria#author>>. Consulta em 28/09/2016.

Lenio Streck faz diversas críticas aos abusos doutrinários e forenses, em apelo ao princípio da celeridade, mas não por entender que a prestação jurisdicional no Brasil seja célere ou por negligenciar o problema da morosidade judicial, e sim pela ideia que está implícita nesses discursos: a de que se pode recorrer a recursos autoritários quando necessário acelerar o trâmite processual, por mais que isto resulte na mitigação de direitos e garantias fundamentais estruturantes do ordenamento jurídico pátrio. Em resumo, “o sistema de justiça tem que ser pensado de modo sistêmico, jamais fora do marco democrático que conquistamos.”<sup>305</sup>

Interessa pensar que, por um lado, a morosidade não apresenta uma “falsa dicotomia entre efetividade judicial quantitativa e qualitativa”. Ou seja, deixa-se de oferecer uma resposta prática e definitiva à lide enquanto se mantém a decisão de apenas um indivíduo, em detrimento do atraso indevido da deliberação colegiada constitucionalmente garantida.<sup>306</sup>

Diz-se que a utilização da cautelar no controle concentrado de constitucionalidade apresenta-se como “uma adaptação darwiniana do sistema jurídico”, mas que não serve à substituição da decisão plenária e, por isso mesmo, precisa ficar adstrita à prescrição do artigo 10 da lei nº. 9.868/99 e do artigo 97 da Constituição Federal, do cabimento da decisão monocrática apenas em períodos excepcionais, de recesso e férias do Tribunal. Há, inclusive, diversos precedentes nesse sentido: ADI 1.898, 1.899, 4.307, 4.635, dentre outros.<sup>307</sup> A ementa da decisão que julgou o caso dos royalties, por exemplo, traz menção expressa à situação de excepcional urgência em que foi proferida e à necessidade de posterior referendo do plenário.<sup>308</sup>

Destaca Lenio Streck que a crítica realizada é sistêmica e que se preocupa sobretudo com a garantia dos direitos fundamentais dos jurisdicionados atingidos por aquela decisão

---

<sup>305</sup> Lenio Luiz Streck. A decisão de um ministro do STF pode valer como medida provisória? Artigo digital publicado em 4/12/2014, disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-04/senso-incomum-decisao-ministro-stf-valer-medida-provisoria#author>>. Consulta em 28/09/2016.

<sup>306</sup> Lenio Luiz Streck. A decisão de um ministro do STF pode valer como medida provisória? Artigo digital publicado em 4/12/2014, disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-04/senso-incomum-decisao-ministro-stf-valer-medida-provisoria#author>>. Consulta em 28/09/2016.

<sup>307</sup> Lenio Luiz Streck. A decisão de um ministro do STF pode valer como medida provisória? Artigo digital publicado em 4/12/2014, disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-04/senso-incomum-decisao-ministro-stf-valer-medida-provisoria#author>>. Consulta em 28/09/2016.

<sup>308</sup> Lenio Luiz Streck. A decisão de um ministro do STF pode valer como medida provisória? Artigo digital publicado em 4/12/2014, disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-04/senso-incomum-decisao-ministro-stf-valer-medida-provisoria#author>>. Consulta em 28/09/2016.

cautelar, pois, segundo o autor, o cumprimento dos artigos 10 da lei nº. 9.868 e 97 da Constituição Federal constitui verdadeiro direito fundamental dos cidadãos.<sup>309</sup>

Resume a sua posição ressaltando mais uma vez que a decisão monocrática concessiva de liminar em ação direta trata-se de situação verdadeiramente excepcional e que só “faz sentido” quando imediatamente submetida ao referendo do plenário e, por tal razão, deveriam ser criados mecanismos capazes de impor sua inserção na pauta, pois não deve haver lugar para “ponderação”, mas apenas para o “dever de decidir”. Com estas elucubrações, entende concretizar a real tarefa da doutrina, trazendo “uma melhor prestação da jurisdição constitucional, na busca de uma melhor relação entre os Poderes da República.”<sup>310</sup>

## **2.5. Quais são os casos em que se pode aplicar o rito especial previsto pelo art. 12 da Lei da ADI?**

Na terceira sessão plenária seguida para julgamento do pedido de medida cautelar no âmbito da ADI 4.638<sup>311</sup>, levantou-se no órgão pleno do Supremo Tribunal Federal questão sobre a possibilidade de conversão do julgamento de medida cautelar em julgamento definitivo de mérito. Tratava a ação sobre a delimitação dos poderes disciplinar e correccional do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), e mais especificamente sobre a constitucionalidade ou não da Resolução nº. 135/2011, que “regulamenta os procedimentos administrativos disciplinares aplicáveis aos magistrados”.<sup>312</sup>

Comenta Gilmar Mendes que “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

---

<sup>309</sup> Lenio Luiz Streck. A decisão de um ministro do STF pode valer como medida provisória? Artigo digital publicado em 4/12/2014, disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-04/senso-incomum-decisao-ministro-stf-valer-medida-provisoria#author>>. Consulta em 28/09/2016.

<sup>310</sup> Lenio Luiz Streck. A decisão de um ministro do STF pode valer como medida provisória? Artigo digital publicado em 4/12/2014, disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-04/senso-incomum-decisao-ministro-stf-valer-medida-provisoria#author>>. Consulta em 28/09/2016.

<sup>311</sup> ADI 4.638: Rel. Min. Marco Aurélio, julgada em 8.2.2012.

<sup>312</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. “Questões atuais sobre as medidas cautelares no controle abstrato de constitucionalidade”; in: *Consultor Jurídico*. Artigo em revista digital. Acesso: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/wp-content/uploads/661-2148-1-PB.pdf>> em 10/05/2016, p. 14-15.

na ação. Ao final das longas horas de deliberação, a sensação de todos era de que o futuro julgamento definitivo de mérito pouco poderia acrescentar aos entendimentos ali assentados. Apesar de não realizar efetivamente a conversão do julgamento cautelar em definitivo de mérito, o Tribunal deixou ali evidenciada a necessidade da adoção desse procedimento em casos futuros.”<sup>313</sup>

Pouco tempo depois, a questão da “necessidade prática da conversão do julgamento cautelar em definitivo de mérito” foi suscitada novamente, quando do julgamento da medida cautelar na ADI 4.163<sup>314</sup>, em que se verificou que a ação, “apesar de ter tramitado pelo rito do art. 10, *caput*, da Lei 9.868/99, estava completamente instruído”, isto é, já estavam presentes nos autos as informações dos órgãos responsáveis pela criação da lei e a manifestação do AGU e do PGR, inclusive “voltadas para o julgamento da medida cautelar, mas com incursões sobre o mérito da ação direta”. Desta feita, o Tribunal resolveu converter o julgamento cautelar em definitivo de mérito, por considerar “suficientes, para tanto, os documentos, manifestações e pareceres presentes nos autos.”<sup>315</sup>

Afirma a doutrina que o mecanismo previsto pela lei para este efeito trata-se de “importante avanço quanto às técnicas de decisão e aos procedimentos próprios das ações do controle abstrato de constitucionalidade” e que, na presença de determinadas circunstâncias, “a conversão do julgamento torna-se praticamente inevitável”.<sup>316</sup>

Segundo Gilmar Mendes, algumas destas circunstâncias são evidentes, sendo a principal delas relativa à “amplitude e à profundidade da cognição das questões constitucionais suscitadas na ação”, pois quando as questões constitucionais em discussão constituem tema de grande relevância, o Tribunal se preocupa em realizar desde logo, mesmo que em julgamento preliminar, “a cognição ampla e exauriente das questões

---

<sup>313</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. “Questões atuais sobre as medidas cautelares no controle abstrato de constitucionalidade”; in: *Consultor Jurídico*. Artigo em revista digital. Acesso: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/wp-content/uploads/661-2148-1-PB.pdf>> em 10/05/2016, p. 15.

<sup>314</sup> ADI 4.163: Rel. Min. Cezar Peluso, julgada em 29.2.2012. Discute-se sobre a realização de convênios pela Defensoria Pública para a prestação adequada da assistência judiciária gratuita.

<sup>315</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. “Questões atuais sobre as medidas cautelares no controle abstrato de constitucionalidade”; in: *Consultor Jurídico*. Artigo em revista digital. Acesso: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/wp-content/uploads/661-2148-1-PB.pdf>> em 10/05/2016, p. 15.

<sup>316</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. “Questões atuais sobre as medidas cautelares no controle abstrato de constitucionalidade”; in: *Consultor Jurídico*. Artigo em revista digital. Acesso: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/wp-content/uploads/661-2148-1-PB.pdf>> em 10/05/2016, p. 15.

presentes no processo”, constituindo a conversão em julgamento definitivo uma medida útil e que se torna necessária para consolidar o entendimento ali firmado e inclusive evitar que ele seja modificado posteriormente (algumas vezes, rapidamente, outras, após longo período), indo de encontro à segurança jurídica.<sup>317</sup>

Assim, ao criar o rito especial do art. 12, a lei nº. 9.868/99 reduz os prazos estabelecidos pelos artigos 6º e 8º para o rito ordinário, para informações, manifestações e vista dos autos, e possibilita a resolução definitiva e célere de questões constitucionais claramente relevantes e com especial significado para a ordem social e a segurança jurídica.<sup>318</sup> O legislador, então, estabeleceu “um rito mais célere do que o de tipo

---

<sup>317</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. “Questões atuais sobre as medidas cautelares no controle abstrato de constitucionalidade”; in: *Consultor Jurídico*. Artigo em revista digital. Acesso: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/wp-content/uploads/661-2148-1-PB.pdf>> em 10/05/2016, p. 15-17. Exemplificam ainda os autores casos da jurisprudência da Corte demonstram essa tese: Julgamento da medida cautelar na ADI 1.354 na qual se discutiu sobre a denominada “cláusula de barreira” nas eleições proporcionais (art. 13 da Lei 9.096/95): “O pedido de medida liminar foi indeferido na Sessão Plenária de 7 de fevereiro de 1996 e, naquela ocasião, o Tribunal emitiu claro posicionamento a respeito da plena constitucionalidade da norma impugnada, com afirmações peremptórias no sentido de que tal norma ‘não ofende o princípio consagrado no artigo 17’ da Constituição e de que ela ‘não é atentatória ao princípio da igualdade’; em suma, um típico julgamento de mérito. As normas impugnadas permaneceram vigentes por mais de 10 anos e, em 7 de dezembro de 2006, por ocasião do julgamento de mérito, o Tribunal, com a composição substancialmente alterada (permaneceram no julgamento de mérito apenas três ministros – Sepúlveda Pertence, Celso de Mello e Marco Aurélio – que participaram do julgamento da medida cautelar), modificou-se radicalmente o entendimento anteriormente fixado e decidiu declarar a inconstitucionalidade das normas impugnadas. As circunstâncias especiais exigiram que o Tribunal determinasse a manutenção da vigência das normas inconstitucionais até que sobreviesse a atuação legislativa no sentido de alterá-las.” Outro caso mencionado é o da ADI 1.805 impugna a Emenda Constitucional n. 16/1997, na parte em que alterou o art.14, §5º, da Constituição, para permitir a reeleição dos Chefes do Poder Executivo para um único período subsequente: “A ação foi proposta em 18 de março de 1998 e, poucos dias depois, exatamente em 26 de março, o pedido de medida cautelar foi levado ao julgamento do Plenário pelo então Relator, Ministro Neri da Silveira, tendo em vista a proximidade das eleições gerais de 1998, na qual a nova norma constitucional seria aplicada pela primeira vez. Apesar de não haver instrução completa dos autos, e mesmo ante o curto espaço de tempo para a análise do pedido e de seus fundamentos, o Ministro Neri da Silveira fez um profundo estudo sobre as questões constitucionais suscitadas na ação, com considerações teóricas sobre condições de elegibilidade e causas de inelegibilidade que até hoje são referência tanto na jurisprudência como na doutrina especializada sobre o tema. Seu voto de 57 páginas foi amplamente debatido e finalmente acolhido pelo Plenário da Corte. Julgado o pedido de medida cautelar, o mérito da ação continua pendente de apreciação até os dias de hoje (ano de 2012). [...] Passados quatorze anos desde o julgamento da medida cautelar, realizadas quatro eleições gerais (1998, 2002, 2006, 2010) e três eleições municipais (2000, 2004, 2008) sob a égide da norma introduzida pela EC n. 16/1997, e, sobretudo, ante a profundidade e solidez das teses fixadas na decisão cautelar, parece praticamente impensável um julgamento de mérito que traga novos argumentos e modifique o resultado da medida cautelar, mesmo com a composição do Tribunal completamente modificada. Ante todo esse quadro, poder-se-ia dizer que o julgamento de mérito tornou-se praticamente desnecessário.”

<sup>318</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. “Questões atuais sobre as medidas cautelares no controle abstrato de constitucionalidade”; in: *Consultor Jurídico*. Artigo em revista digital. Acesso: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/wp-content/uploads/661-2148-1-PB.pdf>> em 10/05/2016, p. 18.

ordinário, porém mais alongado do que o de tipo eminentemente cautelar, fixando um denominador comum que conjuga a rapidez de trâmite processual com a possibilidade de cognição ampla e exauriente da matéria discutida na ação.”<sup>319</sup>

Como dito, o rito em questão foi criado para ser mais célere. Contudo, ele pode estar sendo ineficaz para aquilo que se propõe, por diversos motivos. Narra a doutrina que nem sempre a prática processual em sede de ações diretas estaria atenta à teleologia do rito especial e que muitas vezes carece desse “necessário empenho ou desse *fair trial* que deve nortear a conduta de todos aqueles que de alguma forma participam do processo”.<sup>320</sup>

Verifica-se que são diversas as causas da ineficácia do rito em questão, e que vão desde a condução do processo pelo próprio relator ao descumprimento dos prazos processuais estabelecidos pela lei pelos demais sujeitos que figuram no processo, ou aos quais é dada a oportunidade de serem ouvidos.<sup>321</sup> A primeira causa, e quiçá a principal, reside no fato de que tem sido recorrente a aplicação do rito a toda e qualquer matéria, bastando ter pedido de medida cautelar, mas sem necessariamente serem observados os requisitos legais. Gilmar Mendes oferece basicamente duas explicações ao fato: a) o “crônico congestionamento da pauta do Plenário, que torna muito difícil o julgamento célere de medidas cautelares pela via do rito do art. 10” e b) a impossibilidade de “indeferir o pedido de medida cautelar de forma monocrática”, em razão de uma “reserva absoluta de Plenário para indeferimento”, apesar de constatada a ausência da “especial urgência alegada pelo representante da ação”.<sup>322</sup>

---

<sup>319</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. “Questões atuais sobre as medidas cautelares no controle abstrato de constitucionalidade”; in: *Consultor Jurídico*. Artigo em revista digital. Acesso: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/wp-content/uploads/661-2148-1-PB.pdf>> em 10/05/2016, p. 20.

<sup>320</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. “Questões atuais sobre as medidas cautelares no controle abstrato de constitucionalidade”; in: *Consultor Jurídico*. Artigo em revista digital. Acesso: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/wp-content/uploads/661-2148-1-PB.pdf>> em 10/05/2016, p. 20.

<sup>321</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. “Questões atuais sobre as medidas cautelares no controle abstrato de constitucionalidade”; in: *Consultor Jurídico*. Artigo em revista digital. Acesso: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/wp-content/uploads/661-2148-1-PB.pdf>> em 10/05/2016, p. 20-21.

<sup>322</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. “Questões atuais sobre as medidas cautelares no controle abstrato de constitucionalidade”; in: *Consultor Jurídico*. Artigo em revista digital. Acesso: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/wp-content/uploads/661-2148-1-PB.pdf>> em 10/05/2016, p. 20.

Assim, o relator “encontra no art. 12 a solução para fazer a instrução completa do processo e levá-lo a julgamento definitivo de mérito”. E, considerando que atualmente praticamente todas as ações diretas possuem pedido de medida cautelar, chega a ser rara uma ADI que tramite pelo rito ordinário dos artigos 6º e 8º. Portanto, “a aplicação do art. 12 tem se firmado como a solução (enviesada) para se determinar o julgamento definitivo do mérito da ação, sem a necessidade de se pronunciar liminarmente sobre o pedido de medida cautelar.”<sup>323</sup>

Assim, os dois fatores mencionados tem contribuído para uma certa “ordinarização” do procedimento instituído pelo art. 12 da Lei da ADI, causando “um patente desvirtuamento de sua finalidade primordial”. Afirmar Gilmar Mendes também que medidas “devem ser adotadas para a correção desse indesejado quadro de ineficiência da norma. Tais medidas, porém, não passam, de nenhuma maneira, pela atuação legislativa no sentido de se modificar um dispositivo que se mostra fundamental para o controle abstrato da constitucionalidade das leis no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Elas devem se concretizar na prática processual em torno do art. 12, mediante, principalmente, o efetivo cumprimento dos prazos nele estabelecidos.”<sup>324</sup>

Uma possível solução também a este(s) problema(s) seria adotar sempre uma prática que visa à fungibilidade entre procedimentos cautelares nas ações do controle abstrato de constitucionalidade. O Supremo Tribunal Federal, já vem entendendo pela fungibilidade entre as próprias ações, inclusive já modificou seu entendimento anterior e decidiu que há fungibilidade entre a ação direta de inconstitucionalidade (ADI) e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO), já entende que há também entre ADI e ADC, em razão do seu “claro caráter dúplice ou ambivalente”, e entre a ADI e a ADPF, principalmente pela relação de subsidiariedade entre elas. Não se nega “a natureza distinta, o rito próprio e as especificidades de cada ação”, cada uma regulamentada por legislação específica, mas reconhece-se que “deve existir uma natural fungibilidade entre os diversos tipos de ação”, e que essa fungibilidade natural deveria constituir “um

---

<sup>323</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. “Questões atuais sobre as medidas cautelares no controle abstrato de constitucionalidade”; in: *Consultor Jurídico*. Artigo em revista digital. Acesso: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/wp-content/uploads/661-2148-1-PB.pdf>> em 10/05/2016, p. 20-21.

<sup>324</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. “Questões atuais sobre as medidas cautelares no controle abstrato de constitucionalidade”; in: *Consultor Jurídico*. Artigo em revista digital. Acesso: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/wp-content/uploads/661-2148-1-PB.pdf>> em 10/05/2016, p. 21.

importante fundamento para que, em circunstâncias específicas, se reconheça a fungibilidade entre os diversos tipos de procedimento”, inclusive no contexto “das medidas cautelares, essa fungibilidade de ritos procedimentais, ou mesmo de técnicas de decisão, é uma necessidade prática inegável”.<sup>325</sup>

E sabe-se mesmo que o Tribunal já se utiliza, por exemplo, “para a medida cautelar em ADPF que determine a suspensão de processos judiciais que envolvam a aplicação da lei impugnada, o prazo de 180 dias para o julgamento definitivo do mérito da ação, previsto para a ADC no art. 21, parágrafo único, da Lei 9.868/99”.<sup>326</sup>

Gilmar Mendes comenta ainda: “Aspecto relevante, nesse contexto, diz respeito à aplicação do procedimento do art. 12 da Lei 9.868/99, que rege a ADI, também à ADPF, a qual se submete ao rito estabelecido na Lei 9.882/99. Também na ADPF, surgida a necessidade prática de um célere julgamento definitivo de mérito (finalidade precípua da norma do art. 12), ante a urgência e a relevância da matéria, é possível aplicar, por analogia, o procedimento definido no art. 12 da Lei 9.868/99 para o julgamento da ADPF. E, ressalte-se que, na prática, os Ministros do Supremo Tribunal Federal já vêm realizando essa aplicação por analogia do art. 12 ao rito cautelar da ADPF.”<sup>327</sup>

Como já mencionado, a Lei nº. 9.868/99, que regula as ações diretas de inconstitucionalidade (além das ações declaratórias de constitucionalidade, que não mais serão aqui abordadas), estabeleceu dois ritos para o seu processamento, um ordinário e outro que pode ser considerado especial.<sup>328</sup> Pelo rito ordinário (arts. 6º e 8º), temos um prazo legal mínimo para julgamento definitivo da ação de 60 dias, que, na prática, acaba

---

<sup>325</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. “Questões atuais sobre as medidas cautelares no controle abstrato de constitucionalidade”; in: *Consultor Jurídico*. Artigo em revista digital. Acesso: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/wp-content/uploads/661-2148-1-PB.pdf>> em 10/05/2016, p. 21-22.

<sup>326</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. “Questões atuais sobre as medidas cautelares no controle abstrato de constitucionalidade”; in: *Consultor Jurídico*. Artigo em revista digital. Acesso: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/wp-content/uploads/661-2148-1-PB.pdf>> em 10/05/2016, p. 22.

<sup>327</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. “Questões atuais sobre as medidas cautelares no controle abstrato de constitucionalidade”; in: *Consultor Jurídico*. Artigo em revista digital. Acesso: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/wp-content/uploads/661-2148-1-PB.pdf>> em 10/05/2016, p. 23.

<sup>328</sup> Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz. A exceção que virou regra: a equivocada aplicação do art. 12 da lei n.º 9.868/1999 e a necessidade de sua releitura, p. 528, in: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 534.

sendo sempre superior, por diversos motivos.<sup>329</sup> O rito especial (art. 12), por sua vez, estabelece prazo mínimo de 20 dias, ou seja, um terço do rito ordinário. Porém, como já se asseverou, a necessária redução dos prazos deve ser tida como excepcional, pois reduz significativamente o tempo necessário à cognição definitiva e aumenta, em consequência, os riscos de erro e de um julgamento precipitado.<sup>330</sup>

Rafael Lorenzo-Fernandes Koatz<sup>331</sup> vislumbra basicamente duas razões para o ingresso de um rito como o instituído pelo art. 12 da lei da ADI no direito brasileiro: i) viabilizar uma solução célere para questões constitucionais relevantes; e ii) possibilitar a atribuição de efeitos *ex tunc*.

Sobre o primeiro item, comenta que o dispositivo foi criado para que o STF pudesse dar uma resposta rápida e definitiva a questões constitucionais importantes, sem passar por uma decisão provisória e sem assumir o risco de eternizá-la ou eternizar seus efeitos, já que pode ser revertida posteriormente, com a decisão final, privilegiando sobretudo a segurança jurídica e evitando os inconvenientes “da manutenção, por longos períodos, de decisões provisórias”.<sup>332</sup> Ou seja, a lei faculta ao Supremo a postergação da apreciação do pleito cautelar na expectativa de que o Tribunal julgue o mérito da ação definitivamente de forma célere. “O legislador não quis, ao que parece, conferir uma autorização para juízos de *non liquet*, embora, na prática, seja isso o que esteja ocorrendo, em razão da demora para o julgamento das ações submetidas ao rito especial.”<sup>333</sup>

A ideia de decidir questões relevantes ou qualquer “pendência sobre a constitucionalidade de um ato normativo” de forma rápida possui uma “importância que transcende à questão da segurança jurídica” e pode auxiliar a desobstruir o Poder

---

<sup>329</sup> Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz. A exceção que virou regra: a equivocada aplicação do art. 12 da lei n.º 9.868/1999 e a necessidade de sua releitura, p. 528, in: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 534-535.

<sup>330</sup> Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz. A exceção que virou regra: a equivocada aplicação do art. 12 da lei n.º 9.868/1999 e a necessidade de sua releitura, p. 528, in: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 535.

<sup>331</sup> Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz. A exceção que virou regra: a equivocada aplicação do art. 12 da lei n.º 9.868/1999 e a necessidade de sua releitura, p. 528, in: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 536.

<sup>332</sup> Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz. A exceção que virou regra: a equivocada aplicação do art. 12 da lei n.º 9.868/1999 e a necessidade de sua releitura, p. 528, in: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 536-537, citando ainda SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: RT, 2012, p. 938-939.

<sup>333</sup> Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz. A exceção que virou regra: a equivocada aplicação do art. 12 da lei n.º 9.868/1999 e a necessidade de sua releitura, p. 528, in: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 537.

Judiciário, ao passo que reduz o número de ações individuais (inclusive uma “enxurrada” de novas ações) que versem sobre aquele determinado tema<sup>334</sup>, o que torna a medida salutar para o funcionamento da própria ordem jurídica e para o funcionamento das instituições.

Sobre o segundo ponto (a possibilidade da adoção de efeitos retroativos), tem-se que, ao reduzir “o tempo necessário ao julgamento definitivo da questão constitucional levantada”, o legislador buscou reduzir também “o risco de consolidação de situações inconstitucionais.”<sup>335</sup> Além disso, a utilização deste rito constitui um relevante instrumento, capaz de preservar o nosso modelo de controle de constitucionalidade, baseado na declaração (no reconhecimento) da nulidade da norma inconstitucional.<sup>336</sup>

O Projeto de Lei do qual se originou a Lei nº. 9.868/99 ratifica os motivos apresentados e ainda ressalta, em sua exposição de motivos, que o objetivo do legislador com a instituição de um rito sumário teria sido a sua particular preocupação com o controle de constitucionalidade das chamadas medidas provisórias, e que a solução da questão constitucional pudesse ocorrer antes da sua conversão em lei.<sup>337</sup> Observa-se, por

---

<sup>334</sup> Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz. A exceção que virou regra: a equivocada aplicação do art. 12 da lei n.º 9.868/1999 e a necessidade de sua releitura, p. 528, in: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 537, citando ainda uma decisão do ex-Ministro Sepúlveda Pertence: “[...] a natureza e a relevância da matéria reclamam rápida e definitiva solução, a evitar que a pendência do processo – sejam quais forem as decisões cautelares liminarmente tomadas –, além de prorrogar o período de incerteza jurídica, possa vir a obstruir o andamento de outros processos objetivos ou subjetivos, quiçá urgentes. Valho-me, pois, da alternativa aberta pelo art. 12 da mesma Lei 9.868/1999 – este, não questionado – para pedir o parecer do Sr. Procurador-Geral da República, no prazo legal, de modo a propiciar o julgamento definitivo da ação.” (ADIn, 2.154, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão monocrática, DJ 02.10.2001.

<sup>335</sup> Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz. A exceção que virou regra: a equivocada aplicação do art. 12 da lei n.º 9.868/1999 e a necessidade de sua releitura, p. 528, in: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 538, citando ainda a decisão da Min. Ellen Gracie, comentada por SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: RT, 2012, p. 941-942: “[...] a abreviação do tempo ao julgamento definitivo tem o efeito de possibilitar a aplicação dos efeitos retroativos da decisão de inconstitucionalidade. Em decisão proferida na ADIn 3615, observou a Min. Ellen Gracie que nas recentes ações diretas que teriam tratado do tema que estavam sob julgamento, ‘normalmente propostas logo após a edição da lei impugnada’, fora aplicado o ‘rito célere do art. 12 da Lei 9.868/1999’, pelo que ‘o tempo necessário para o surgimento da decisão pela inconstitucionalidade’ dificilmente seria desarrazoado, possibilitando a regular aplicação dos efeitos *ex tunc*”.

<sup>336</sup> Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz. A exceção que virou regra: a equivocada aplicação do art. 12 da lei n.º 9.868/1999 e a necessidade de sua releitura, p. 528, in: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 538.

<sup>337</sup> Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz. A exceção que virou regra: a equivocada aplicação do art. 12 da lei n.º 9.868/1999 e a necessidade de sua releitura, p. 528, in: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 538-539. Cf. trecho da exposição de motivos: “Ainda no que se refere às medidas cautelares, deve-se observar que o presente anteprojeto contém disposição (art. 12) que autoriza o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado

oportuno, que, quando da aprovação da Lei da ADI, a redação do parágrafo único do art. 62 da Constituição Federal estabelecia que as medidas provisórias perderiam eficácia, desde a sua edição, caso não fossem convertidas em lei dentro do prazo de trinta dias, contados da sua publicação, cabendo ao Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes. Assim, é perceptível a tentativa do legislador de solucionar o quanto antes as dúvidas constitucionais que uma MP eventualmente pudesse levantar, de forma rápida e definitiva, antes da sua conversão em lei.<sup>338</sup>

Assim, a norma contida no art. 12 deve ser lida, interpretada e aplicada de forma ponderada e excepcional, e nunca como regra, sob pena de se subverter a sua lógica, e inviabilizar o julgamento efetivamente rápido dessas ações. Interessa ter sempre em mente que a adoção do rito diferenciado aumenta fortemente o risco da prolação de decisões equivocadas e, principalmente por isso, não deve ser banalizada pelo STF, como tem ocorrido.<sup>339</sup>

### **2.5.1. Quais são os requisitos para a aplicação do rito especial do art. 12?**

Conforme já referido, o rito especial foi “idealizado para viabilizar que uma ação direta seja julgada de forma mais célere (em um terço do tempo necessário ao julgamento de uma ADIn submetida ao rito ordinário)”, porém vem sendo aplicado em um número considerável de ações, pelo que se acredita ser um equívoco, ao se tornar corriqueiro algo

---

para a ordem social e a segurança jurídica, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação, após a prestação de informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias.

Essa providência, além de permitir uma decisão definitiva da controvérsia constitucional em curto espaço de tempo, permite que o Tribunal delibere, de forma igualmente definitiva, sobre a legitimidade de medidas provisórias, antes mesmo que se convertam em lei.” A exposição de motivos encontra-se disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD29ABR1997.pdf#page=25>>, p. 18023 e ss. Acesso em: 30 jun. 2014.

<sup>338</sup> Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz. A exceção que virou regra: a equivocada aplicação do art. 12 da lei n.º 9.868/1999 e a necessidade de sua releitura, p. 528, in: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 539.

<sup>339</sup> Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz. A exceção que virou regra: a equivocada aplicação do art. 12 da lei n.º 9.868/1999 e a necessidade de sua releitura, p. 528, in: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 539.

que deveria ter caráter excepcional, pois para cada rito há uma *ratio* a ele inerente e cabe aos juízes compreenderem-na e respeitá-la, e não desvirtuá-la.<sup>340</sup>

A lei nº. 9.868/99, no próprio artigo que estabelece o rito, já cita quais são os requisitos exigidos para a sua aplicação:

Art. 12. Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação.

Ou seja, conforme o dispositivo transcrito, “para que o Ministro relator postergue a apreciação da liminar e a Corte julgue diretamente o mérito, a matéria debatida deve ser: (i) relevante e (ii) ter especial significado para (ii.1) a ordem social e (ii.2) para a segurança jurídica.”<sup>341</sup>

Diferentemente do que defendem outros doutrinadores, Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz afirma que a formulação de um pedido de medida cautelar não constitui um requisito essencial para a aplicação do rito em questão, ao contrário do que “uma leitura apressada do dispositivo poderia sugerir à primeira vista”: “Com efeito, embora o texto pareça sugerir a necessidade de pedido de medida cautelar, e o dispositivo esteja inserido em seção da lei voltada à apreciação da medida cautelar, não há razão para restringir a sua aplicação apenas às ações em que se tenha formulado esse pedido.”<sup>342</sup> Realça ainda o fato de que não devem ser confundidos os requisitos para utilização do rito do art. 12 com os inerentes à concessão da própria medida cautelar: “O rito especial só pode ser aplicado – e pode ser aplicado inclusive de ofício – quando estiverem presentes seus requisitos, mesmo que o autor não tenha formulado pedido de liminar.”<sup>343</sup>

---

<sup>340</sup> Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz. A exceção que virou regra: a equivocada aplicação do art. 12 da lei nº 9.868/1999 e a necessidade de sua releitura, p. 528, in: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 534 e 539.

<sup>341</sup> Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz. A exceção que virou regra: a equivocada aplicação do art. 12 da lei nº 9.868/1999 e a necessidade de sua releitura, p. 528, in: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 540.

<sup>342</sup> Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz. A exceção que virou regra: a equivocada aplicação do art. 12 da lei nº 9.868/1999 e a necessidade de sua releitura, p. 528, in: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 540.

<sup>343</sup> Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz. A exceção que virou regra: a equivocada aplicação do art. 12 da lei nº 9.868/1999 e a necessidade de sua releitura, p. 528, in: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 540, citando ainda Zeno Veloso, para corroborar sua posição: “Achamos [...] que o art. 12, integrando a seção que regula a concessão de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade, está deslocado. Será que incidirá, apenas,

Assim, defende o autor em questão que a existência de pedido de medida cautelar, embora seja um “importante elemento a ser considerado”, não constitui efetivamente um requisito, uma “condição determinante nem necessária para a aplicação do rito especial”, pois “de fato, é bem mais provável que tais requisitos estejam presentes em uma ação direta na qual se tenha postulado a concessão de medida cautelar, do que na situação inversa.”<sup>344</sup>

Sobre o conteúdo desses requisitos trazidos pela lei, temos que a matéria sobre a qual versa a ação direta, para receber o tratamento diferenciado dado pelo rito do art. 12, precisa ser, cumulativamente<sup>345</sup>: “(i) relevante e (ii) tenha especial significado para (ii.1) a ordem social e (ii.2) para a segurança jurídica”. Contudo, como não poderia pretender fazê-lo, a lei não especifica quais seriam as matérias relevantes e com especial significado tanto para a ordem social quanto para a segurança jurídica, deixando essa aferição a cargo do intérprete. Adotou, para isso, “conceitos jurídicos indeterminados” e “transferiu ao aplicador do Direito o papel de densificar esses conceitos e identificar quando eles estariam presentes.”<sup>346</sup>

Deve-se destacar, todavia, que essa abertura, por sua vez, não chega a conferir ao Tribunal a discricionariedade para decidir como bem entender. “É preciso justificar, minimamente, como a matéria discutida atenderia a tais requisitos.”<sup>347</sup> Porém, não é o

---

havendo pedido de medida cautelar? E se o autor não tiver requerido a liminar e estiverem evidenciados os pressupostos referidos no art. 12? Apesar da relevância da matéria, de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica – que, afinal, são os fatos que justificam o preceito –, o relator estará inibido de submeter o processo diretamente ao Tribunal, para que a ação seja julgada definitivamente, só porque o impetrante não pediu a medida cautelar? Com certeza, isso não seria coerente, racional, e temos de afastar uma solução que se choca com o bom senso e a lógica. Desprezando uma análise exclusivamente literal ou gramática do art. 12, e conferindo ao mesmo uma interpretação teleológica, construtiva, somos levados a concluir que, mesmo no caso de não haver pedido de medida cautelar, se aqueles pressupostos, do maior interesse público estiverem evidenciados, o relator poderá tomar a providência que o citado artigo admite, com vistas a encerrar a questão.” Cfr. VELOSO, Zenó. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 104-105.

<sup>344</sup> Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz. A exceção que virou regra: a equivocada aplicação do art. 12 da lei n.º 9.868/1999 e a necessidade de sua releitura, p. 528, in: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 541.

<sup>345</sup> Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz. A exceção que virou regra: a equivocada aplicação do art. 12 da lei n.º 9.868/1999 e a necessidade de sua releitura, p. 528, in: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 541.

<sup>346</sup> Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz. A exceção que virou regra: a equivocada aplicação do art. 12 da lei n.º 9.868/1999 e a necessidade de sua releitura, p. 528, in: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 542.

<sup>347</sup> Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz. A exceção que virou regra: a equivocada aplicação do art. 12 da lei n.º 9.868/1999 e a necessidade de sua releitura, p. 528, in: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 542.

que se verifica ocorrer na prática: “o Supremo Tribunal Federal tem se furtado a cumprir esse mister adequadamente. Com efeito, não se extrai das decisões monocráticas proferidas qualquer tentativa de densificação desses conceitos jurídicos. As decisões que determinam a aplicação do rito do art. 12, em geral, são vagas e não explicam por que se reconheceu que uma matéria era relevante e tinha especial significado para a ordem social e para a segurança jurídica. Tais questões não têm sido, igualmente, debatidas em colegiado, de modo que cada Ministro tem se valido de sua única e exclusiva compreensão sobre o sentido desses conceitos como norte para a aplicação do rito abreviado.”<sup>348</sup>

Assim, ao se furtar de justificar e fundamentar devidamente as suas decisões quanto a presença ou não dos requisitos que autorizam a aplicação do rito abreviado, o Supremo vem descumprindo sistematicamente a lei n.º 9.868/99, bem como violando o devido processo legal e o dever de fundamentação das decisões judiciais (arts. 5.º, LIV, e 93, IX, da CRFB).<sup>349</sup>

Nesse sentido, seria de fundamental importância que os membros do Tribunal resolvessem destinar algum momento do órgão colegiado para discutir sobre a aplicação do rito especial, chegando a um consenso sobre os parâmetros mínimos para a sua adoção.<sup>350</sup> Enquanto isso não ocorre, todavia, a doutrina faz sugestões para densificar os referidos conceitos abertos da lei. Segundo Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz<sup>351</sup>:

“(i) são relevantes matérias que envolvam a interpretação e aplicação dos princípios fundamentais da Constituição enunciados nos arts. 1.º a 4.º, os direitos e garantias fundamentais (individuais, coletivos, sociais e políticos – arts. 5.º, 6.º, 7.º, 14), os princípios constitucionais sensíveis (art. 34, VII), as cláusulas pétreas (art. 60, § 4.º, I a

---

<sup>348</sup> Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz. A exceção que virou regra: a equivocada aplicação do art. 12 da lei n.º 9.868/1999 e a necessidade de sua releitura, p. 528, in: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 542-543.

<sup>349</sup> Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz. A exceção que virou regra: a equivocada aplicação do art. 12 da lei n.º 9.868/1999 e a necessidade de sua releitura, p. 528, in: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 543.

<sup>350</sup> Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz. A exceção que virou regra: a equivocada aplicação do art. 12 da lei n.º 9.868/1999 e a necessidade de sua releitura, p. 528, in: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 543.

<sup>351</sup> Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz. A exceção que virou regra: a equivocada aplicação do art. 12 da lei n.º 9.868/1999 e a necessidade de sua releitura, p. 528, in: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 543.

IV), bem como as disposições que confirmam densidade normativa ou significado específico a esses princípios;”<sup>352 353</sup>

“(ii) têm especial significado para a ordem social as matérias que atinjam elevado número de destinatários, possam causar especial comoção ou abalo à normalidade, entre outras;”<sup>354</sup>

“(iii) têm especial significado para a segurança jurídica questões que suscitem grande controvérsia jurídica e venham sendo aplicadas em sentido diverso por Tribunais inferiores; questões que possam criar grave iniquidade entre pessoas sujeitas às mesmas disposições, caso se consolidem pelo decurso do tempo, entre outras.”<sup>355</sup>

Em relação aos impedimentos para a aplicação do rito especial, entende Gilmar Mendes que a utilização do rito “encontra limite em algumas situações”, em que a aplicação do relator do “rito do art. 10, *caput*, prenunciando o julgamento da medida cautelar e, dessa forma, separando-o do julgamento posterior do mérito da ação” seria um primeiro impedimento. Comenta que, devido à alta quantidade de processos na pauta do Plenário, a medida cautelar na ação direta que “tramita conforme o rito do art. 10” pode aguardar muito tempo (o que quantifica em meses ou até mais de um ano) para finalmente ser destacada para julgamento.<sup>356</sup> Na realidade, por considerar essa demora, até admite a possibilidade de o relator decidir pela “conversão de ritos”, mas comenta que esta decisão

---

<sup>352</sup> Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz. A exceção que virou regra: a equivocada aplicação do art. 12 da lei n.º 9.868/1999 e a necessidade de sua releitura, p. 528, in: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 543, citando, em nota de rodapé: “ADPF 33, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 29.03.2003, DJ 06.08.2004, p. 20.”

<sup>353</sup> Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz. A exceção que virou regra: a equivocada aplicação do art. 12 da lei n.º 9.868/1999 e a necessidade de sua releitura, p. 528, in: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 543, citando, em nota de rodapé: “Cf. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 222); TAVARES, André Ramos. *Tratado de arguição de descumprimento de preceito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 138 e ss.; VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 296; SARMENTO, Daniel. Apontamentos sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 91.”

<sup>354</sup> Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz. A exceção que virou regra: a equivocada aplicação do art. 12 da lei n.º 9.868/1999 e a necessidade de sua releitura, p. 528, in: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 543.

<sup>355</sup> Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz. A exceção que virou regra: a equivocada aplicação do art. 12 da lei n.º 9.868/1999 e a necessidade de sua releitura, p. 528, in: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 543.

<sup>356</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. “Questões atuais sobre as medidas cautelares no controle abstrato de constitucionalidade”; in: *Consultor Jurídico*. Artigo em revista digital. Acesso: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/wp-content/uploads/661-2148-1-PB.pdf>> em 10/05/2016, p. 18.

iria implicar nova colheita de informações e pareceres, o que teria “o indesejado efeito de atrasar ainda mais o julgamento de uma questão cuja urgência já fora atestada pelo Relator”, e relata que já ocorreram casos em que, realizada a conversão, em vez da abertura de novos prazos, “para a instrução completa do processo”, foram consideradas “suficientes as peças e documentos apresentados conforme o rito do art. 10, tornando possível o julgamento definitivo de mérito”.<sup>357</sup>

Diante dessa prática, afirma o autor supramencionado que se trata de uma solução possível para o “problema do julgamento tardio e muitas vezes ineficaz”, mas desnecessária, visto que a lei possibilita a conversão direta do julgamento da cautelar em definitivo, pelo próprio Plenário, por sugestão de qualquer de seus membros. Ou seja, sugere que “a solução da *conversão direta de julgamentos* (de cautelar em mérito) mostra-se mais adequada do que a *conversão de ritos* (do art. 10 em art. 12).”<sup>358</sup>

### **2.5.2. Quais são as consequências lógicas da adoção de um rito mais célere?**

Diante da questão de saber quais seriam as consequências lógicas da adoção do rito do art. 12, a doutrina comenta sobre dois problemas práticos: (i) recorribilidade ou não da decisão que determina a aplicação do rito sumário e (ii) possibilidade ou não da concessão de medida cautelar antes ou após a adoção do rito diferenciado.

Sobre o primeiro tópico, da recorribilidade ou não da decisão que determina a aplicação do rito do art. 12, comenta Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz que o lógico seria os autores das ações diretas requererem a adoção do rito sumário, demonstrando já na inicial o atendimento aos requisitos legais, ou mesmo se sentissem satisfeitos com a decisão que determina a aplicação do rito do art. 12, já que isto significaria uma considerável redução dos prazos legais e, conseqüentemente, do tempo necessário até o julgamento definitivo das ações. Não obstante, a supramencionada análise da atuação do

---

<sup>357</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. “Questões atuais sobre as medidas cautelares no controle abstrato de constitucionalidade”; in: *Consultor Jurídico*. Artigo em revista digital. Acesso: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/wp-content/uploads/661-2148-1-PB.pdf>> em 10/05/2016, p. 18.

<sup>358</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. “Questões atuais sobre as medidas cautelares no controle abstrato de constitucionalidade”; in: *Consultor Jurídico*. Artigo em revista digital. Acesso: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/wp-content/uploads/661-2148-1-PB.pdf>> em 10/05/2016, p. 19.

STF demonstra que o Tribunal vem aplicando o rito a quase todas as ações diretas que lhe chegam ao conhecimento e que possuem pedido de medida cautelar, o que faz gerar conclusão diversa para a premissa acima. Ou seja, os autores das ADIs geralmente não pugnam pela aplicação do rito do art. 12 e não querem que suas ações tramitem por este rito, pois sabem que o rito vem sendo desvirtuado e utilizado para “postergar, indefinidamente, a apreciação das liminares requeridas.”<sup>359</sup>

A doutrina comenta que os requerentes das ações diretas, na verdade, “tentam evitar a todo custo a adoção do rito especial, porque, com a sua aplicação, os Ministros se veem desobrigados de apreciar a liminar, sem a contrapartida de uma rápida e definitiva solução do litígio. Em outras palavras, para os demandantes, o rito especial tem representado verdadeira negativa na prestação jurisdicional.”<sup>360</sup>

Assim, surge a questão de saber se caberia recurso da decisão que determina a aplicação do rito diferenciado e qual seria ele. Parte da doutrina entende que a decisão não é sindicável, como Ives Gandra e Gilmar Mendes, e parte entende que a decisão é recorrível, como Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz.

Para os primeiros: “Da mesma forma que, no tocante às medidas provisórias, o Supremo Tribunal Federal tem considerado que a relevância e a urgência da matéria são critérios políticos, atinentes às razões de conveniência e oportunidade do Chefe do Executivo, não cabendo ao Judiciário sindicá-los, a não ser em hipóteses excepcionais, em que a ausência dessas condições reste demonstrada objetivamente – aqui também se deve entender que a determinação de relevância, a que faz menção o legislador, é deixada ao prudente critério do julgador. Nitidamente, o conceito de ‘relevância de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica’ depende, em grande parte, do julgamento subjetivo do relator, que poderá atribuir à questão relevância que os demais julgadores não venham a reconhecer. Como a decisão de propor o julgamento antecipado é, todavia, monocrática, isto é, do relator, cada um dos 10 ministros – [...] –, ao ser nomeado relator de determinado processo, terá a sua concepção pessoal do que seja relevante e do que tenha significado particular para a ordem social e a segurança jurídica.

---

<sup>359</sup> Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz. A exceção que virou regra: a equivocada aplicação do art. 12 da lei n.º 9.868/1999 e a necessidade de sua releitura, p. 528, in: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 544.

<sup>360</sup> Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz. A exceção que virou regra: a equivocada aplicação do art. 12 da lei n.º 9.868/1999 e a necessidade de sua releitura, p. 528, in: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 544.

Vale dizer, a aplicação do dispositivo em comento dependerá sempre da posição pessoal daquele que for indicado para a relatoria, embora cumpra ao autor demonstrar, com dados objetivos, a presença de tais requisitos. A medida parece-me salutar, visto que, hoje, mais da metade das ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas não foram definitivamente julgadas, aguardando parecer nos gabinetes da Procuradoria-Geral da República, assoberbada pelo excesso de trabalho e escassez de procuradores, o que torna, em verdade, demorada a tramitação do processo – hoje levando em torno de 3 a 4 anos (às vezes, mais) entre a apreciação da liminar e a decisão final. É, pois, de extrema pertinência e utilidade, para a preservação do sistema constitucional, que considerada a matéria relevante, em face da ordem social e da segurança jurídica, possa o relator abreviar o curso do processo para um julgamento definitivo. O que, entretanto, a lei não prevê é o cabimento de recurso da decisão do relator que deixe de dar à ação o procedimento previsto no art. 12, quando o autor entenda estarem presentes os requisitos que autorizam a antecipação do julgamento definitivo da ação.”<sup>361</sup>

Para o último, “A densificação dos conceitos jurídicos indeterminados previstos no art. 12 – relevância da matéria, especial significado para a ordem social e para a segurança jurídica – não é subjetiva e independe exclusivamente da compreensão que o relator tem da matéria. A existência de conceitos jurídicos indeterminados em uma lei não confere ao juiz poder discricionário de aplicá-la como bem entender.” Conclui ainda que, já que a lei não veda a possibilidade de recurso da decisão, diferentemente do que estabelece com relação a outras providências, como a inadmissão do *amicus curiae* no processo (art. 7.º, § 2.º, da lei n.º 9.868/99), denota-se que a regra na lei n.º 9.868/99 é a mesma do sistema processual brasileiro atual, como um todo, que é a do cabimento do recurso, sendo a sua impossibilidade a exceção, e se aplicando apenas se a lei o disser expressamente. Assim, “a conclusão é a de que tal decisão está, sim, sujeita a impugnação.”<sup>362</sup>

O doutrinador que defende a possibilidade de recurso explica ainda sob o ponto de vista de duas perspectivas, a ideal e a real. Segundo a primeira, o autor da ação não teria

---

<sup>361</sup> Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz. A exceção que virou regra: a equivocada aplicação do art. 12 da lei n.º 9.868/1999 e a necessidade de sua releitura, p. 528, in: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 544-545, citando: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: comentários à Lei n.º 9.868, de 10.11.1999*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 363-368.

<sup>362</sup> Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz. A exceção que virou regra: a equivocada aplicação do art. 12 da lei n.º 9.868/1999 e a necessidade de sua releitura, p. 528, in: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 545.

interesse, a princípio, em recorrer da decisão, visto que lhe seria benéfica, mas os demais atores do processo (órgãos ou autoridades de que emanou o ato normativo impugnado, Procurador-Geral da República e Advogado-Geral da União) poderiam ter interesse recursal, para pugnar que a ação tramitasse pelo procedimento padrão. Porém, a partir da perspectiva prática, em que o rito excepcional está sendo utilizado para adiar a análise do pedido cautelar do autor, sem efetivamente adiantar o julgamento definitivo da ação, não haveria dúvidas de que o requerente da ação direta possui interesse recursal, pois “a postergação da análise da liminar equivale ao seu indeferimento *tácito*, por ausência de *periculum in mora*”, e preceitua que a decisão deve ser passível de controle jurisdicional, por meio de agravo regimental ao colegiado.<sup>363</sup>

Passando à análise do problema sobre a possibilidade ou não de concessão da medida cautelar antes ou depois da adoção do rito do art. 12, ou vice-versa, a doutrina também diverge. A princípio, colocam-se duas questões: “(i) a prévia concessão da medida liminar (monocrática ou pelo colegiado) inviabiliza a posterior adoção do rito do art. 12? (ii) a aplicação do rito especial impede que o STF aprecie, posteriormente, o pedido de medida cautelar?”<sup>364</sup>

Ao respondê-las, Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz<sup>365</sup> sustenta que não haveria empecilhos para a concessão de uma liminar em uma ação que passou a tramitar pelo rito do art. 12, e nem para a aplicação do rito especial em uma ação cujo pedido de medida cautelar já tenha sido deferido: “Inexiste, a rigor, relação entre esses dois eventos. A

---

<sup>363</sup> Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz. A exceção que virou regra: a equivocada aplicação do art. 12 da lei n.º 9.868/1999 e a necessidade de sua releitura, p. 528, in: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 545-546.

<sup>364</sup> Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz. A exceção que virou regra: a equivocada aplicação do art. 12 da lei n.º 9.868/1999 e a necessidade de sua releitura, p. 528, in: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 546.

<sup>365</sup> Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz. A exceção que virou regra: a equivocada aplicação do art. 12 da lei n.º 9.868/1999 e a necessidade de sua releitura, p. 528, in: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 546. Cf., no mesmo sentido, MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: comentários à Lei nº. 9.868, de 10.11.1999*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 363-368: “[...] esse procedimento [art.12] tem a finalidade de propor ao Tribunal que antecipe o julgamento definitivo da ação. A decisão do relator de propor tal antecipação está condicionada: 1) à relevância da matéria; e 2) à relevância de seu significado para: a) a ordem social; e b) a segurança jurídica. [...] E, à evidência, se entender que os efeitos da lei mereçam estancamento imediato, poderá, primeiro, conceder monocraticamente a liminar e, em seguida, adotar os procedimentos necessários a abreviar a decisão final. No dispositivo não há menção a essa possibilidade, que, entretanto, decorre do espírito do artigo. Não teria sentido que matéria de relevância tal, que comporte concessão de medida liminar, não enseje, após a sua concessão, processo abreviatório de seu julgamento definitivo, quando evidenciado que a mera suspensão provisória dos efeitos do ato impugnado não seja suficiente para restaurar a ordem constitucional, tendo em vista os efeitos projetados na ordem social e a segurança jurídica.”

concessão de medida cautelar e a adoção do rito especial pressupõem, como demonstrado, requisitos diversos: o que justifica a concessão da medida liminar é a presença de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, e o que autoriza a adoção do rito especial é a relevância da matéria e seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica.”<sup>366</sup> Assim, defende que basta que estejam presentes os requisitos legais que devem ser tomadas as providências judiciais cabíveis, seja a concessão da cautelar seja a adoção do rito do art. 12, independentes um do outro. Afirma inclusive que é “bastante plausível imaginar que uma ação na qual tenha havido concessão de medida cautelar seja submetida ao rito especial, para que tenha um julgamento rápido e definitivo.”<sup>367</sup>

O autor esclarece ainda que a aplicação do rito sumário não deve inviabilizar a posterior concessão da medida cautelar requerida porque, se a ação demorar a ser julgada definitivamente, o interesse pela suspensão da eficácia do ato normativo questionado subsistirá. A demora por si só já justificaria a reapreciação da liminar e, além disso, também podem ser levantados fatos novos após a adoção do rito sumário que evidenciem a existência de perigo na demora e de impossibilidade de se aguardar o julgamento definitivo, o que não pode ser empecilho para a concessão da medida cautelar, apenas pelo fato de o feito tramitar por um procedimento diferenciado.<sup>368</sup>

Assim, considerando o que foi exposto até então, parece clara a necessidade de delimitar as consequências da adoção de um rito mais abreviado, o que constitui o tema principal deste tópico.

Uma primeira consequência lógica parece ser a prioridade no trâmite e no julgamento das ações de controle concentrado que receberam a decisão de aplicação do rito do art. 12 em relação às demais ações objetivas.<sup>369</sup> “Com efeito, ao autorizar a adoção de um rito célere para as ações constitucionais mais relevantes, a lei determinou fosse

---

<sup>366</sup> Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz. A exceção que virou regra: a equivocada aplicação do art. 12 da lei n.º 9.868/1999 e a necessidade de sua releitura, p. 528, in: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 546.

<sup>367</sup> Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz. A exceção que virou regra: a equivocada aplicação do art. 12 da lei n.º 9.868/1999 e a necessidade de sua releitura, p. 528, in: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 546-547.

<sup>368</sup> Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz. A exceção que virou regra: a equivocada aplicação do art. 12 da lei n.º 9.868/1999 e a necessidade de sua releitura, p. 528, in: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 547.

<sup>369</sup> Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz. A exceção que virou regra: a equivocada aplicação do art. 12 da lei n.º 9.868/1999 e a necessidade de sua releitura, p. 528, in: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 547.

priorizado do seu julgamento,<sup>370</sup><sup>371</sup> pois só assim faz sentido, da perspectiva jurídico-constitucional, a criação de um rito destinado a ser mais célere que os demais já existentes.<sup>372</sup>

Segundo a doutrina, o reconhecimento de tal necessidade exige, por sua vez, a limitação da discricionariedade do Ministro Presidente do STF na elaboração da pauta de julgamento do Plenário.<sup>373</sup> Afirma-se que: “Não faz sentido um rito voltado à celeridade sem que haja reflexos na agenda da Corte. Também por isso, só em hipóteses excepcionais, o relator estará autorizado a adotar o rito do art. 12, tendo em vista que ele

---

<sup>370</sup> Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz. A exceção que virou regra: a equivocada aplicação do art. 12 da lei n.º 9.868/1999 e a necessidade de sua releitura, p. 528, in: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 548, citando, em nota de rodapé: “Não se pode dizer, com isso, que o art. 12 teria violado o princípio da separação de poderes (art. 2.º da CRFB). O art. 12 não representa interferência indevida de um poder na seara de outro, pois a aplicação do rito não foi imposta pelo legislador; ela é fruto de uma decisão do relator do processo que, ao enquadrar determinado processo no referido rito, concorda em priorizar a sua tramitação e julgamento em detrimento das demais.”

<sup>371</sup> Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz. A exceção que virou regra: a equivocada aplicação do art. 12 da lei n.º 9.868/1999 e a necessidade de sua releitura, p. 528, in: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 548, citando, em nota de rodapé: “Em algumas decisões monocráticas, os Ministros têm afirmado a prioridade de julgamento das ações submetidas ao rito do art. 12, embora isso não tenha se convertido, na prática, em efetiva celeridade de tramitação: “O objeto desta ação direta remete-se a duas importantes normas constitucionais: a do art. 7.º, IV, da Constituição da República, cuja relevância social e econômica é inquestionável, dispondo sobre a política nacional do salário mínimo, ou seja, a política para o estabelecimento de um mínimo financeiro indispensável para que todos possam ter acesso a bens constitucionalmente garantidos; a do art. 2.º da Constituição, da República e do Estado Democrático de Direito, a saber, o princípio da separação dos poderes. Essa relevância exige que o julgamento da ação seja definitiva e prioritária, pois seria temerário afastar ou manter no ordenamento jurídico a norma objeto desta ação direta de inconstitucionalidade por decisão precária e reversível. Estão presentes, portanto, a ‘relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica’, conforme o art. 12 da Lei n.º 9.868/1999, a justificar o julgamento do mérito da ação sem a prévia apreciação do pedido de medida cautelar” (ADIn 4568, Rel. Min. Cármen Lúcia, decisão monocrática, j. 05.04.2011, DJE 18.04.2011).”

<sup>372</sup> Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz. A exceção que virou regra: a equivocada aplicação do art. 12 da lei n.º 9.868/1999 e a necessidade de sua releitura, p. 528, in: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 548.

<sup>373</sup> Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz. A exceção que virou regra: a equivocada aplicação do art. 12 da lei n.º 9.868/1999 e a necessidade de sua releitura, p. 528, in: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 548, citando, em nota de rodapé: “Nada obstante isso, diante de duas ações da mesma classe, sujeitas ao mesmo rito, o presidente do STF pode, excepcionalmente, inverter a ordem do pregão para submeter ao plenário aquela que lhe pareça mais importante. Isso, no entanto, exige que o presidente, de forma republicana e transparente, explicita, sumária e oralmente, as razões que, em sua visão, justificam a inversão da ordem e a postergação do julgamento da ação mais antiga.”

restringe as atribuições do presidente do STF, de definir e indicar quais casos serão julgados pelo Plenário.”<sup>374</sup>

Uma sugestão apresentada pela doutrina para colocar em prática esse modelo define uma hierarquia de prioridade no julgamento das ações de controle concentrado, conforme transcrito a seguir:<sup>375</sup>

“(i) primeiro: as ações submetidas ao art. 12 e que tiveram liminar deferida. Dentre essas, deve-se observar a ordem crescente de autuação das ações, nos termos do art. 128 do RISTF<sup>376</sup>;

(ii) segundo: as ações às quais se aplicou o rito do art. 12, que não tiveram liminar deferida;

(iii) terceiro: as ações nas quais houve deferimento de liminar, sem aplicação do rito do art. 12; e

(iv) por fim: as demais ações de controle concentrado, sujeitas ao rito dos arts. 6.º e 8.º, nas quais não houve pedido de liminar, ou o pedido foi indeferido.”<sup>377</sup>

De toda forma, é preciso ter em mente a necessidade de “racionalizar a aplicação do rito previsto no art. 12”, visto que sua utilização gera a redução significativa dos prazos

---

<sup>374</sup> Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz. A exceção que virou regra: a equivocada aplicação do art. 12 da lei n.º 9.868/1999 e a necessidade de sua releitura, p. 528, in: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 548.

<sup>375</sup> Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz. A exceção que virou regra: a equivocada aplicação do art. 12 da lei n.º 9.868/1999 e a necessidade de sua releitura, p. 528, in: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 549.

<sup>376</sup> “Art. 128. Os julgamentos a que o Regimento não der prioridade realizar-se-ão, sempre que possível, de conformidade com a ordem crescente de numeração dos feitos em cada classe. [...]”

<sup>377</sup> Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz. A exceção que virou regra: a equivocada aplicação do art. 12 da lei n.º 9.868/1999 e a necessidade de sua releitura, p. 528, in: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 549. Comenta, ainda, em nota de rodapé: “A nosso sentir, as ações objetivas, de controle concentrado de constitucionalidade, têm prioridade em relação a todas as demais ações e recursos subjetivos, nos quais há controle difuso de constitucionalidade. Essa prioridade de tramitação decorre da própria redação do art. 102 da Constituição, que confere ao STF precipuamente, a guarda da Constituição. Se a atribuição primordial do STF envolve a guarda da Constituição, e a guarda da Constituição pressupõe, em nosso sistema jurídico, o exercício do controle de constitucionalidade, a conclusão é a de que os processos que envolvem a preservação da ordem jurídico-constitucional têm prioridade em relação aos demais. Essa prioridade também decorre do efeito vinculante e da eficácia *erga omnes* própria das ações objetivas. A transcendência dos efeitos da decisão sobre os processos individuais em curso justifica essa prioridade. Por essa razão, parece-nos premente a revisão do art. 145 do RISTF, o qual estabelece que: RISTF: “Art. 145. Terão prioridade, no julgamento do Plenário, observados os arts. 128 a 130 e 138: I – os *habeas corpus*; II – os pedidos de extradição; III – as causas criminais e, dentre estas, as de réu preso; IV – os conflitos de jurisdição; V – os recursos oriundos do Tribunal Superior Eleitoral; VI – os mandados de segurança; VII – as reclamações; VIII – as representações; IX – os pedidos de avocação e as causas avocadas”.”

de tramitação das ações diretas, o que reduz também o tempo de reflexão e maturação das questões constitucionais discutidas e, conseqüentemente, aumenta os riscos de erro e de julgamentos precipitados. Estes riscos devem ser excepcionais e tolerados apenas em circunstâncias indispensáveis à segurança jurídica, com uma rápida solução do litígio, em razão da relevância da matéria constitucional, e para desobstruir o Poder Judiciário de inúmeras ações individuais que versem sobre o tema, já que “discussões acerca da matéria pacificada pelo STF são mais raras do que aquelas pendentes de julgamento final”. Além disso, a possibilidade de atribuição de efeitos retroativos de forma rápida tem fundamento semelhante, relaciona-se igualmente à segurança jurídica e evita que situações de inconstitucionalidade sejam consolidadas. Todavia, sua aplicação corriqueira tem constituído verdadeira negativa da prestação jurisdicional.<sup>378</sup>

## **2.6. Há mecanismos que possam reduzir o âmbito de discricionariedade do Presidente ao organizar a pauta e impelir o Tribunal a julgar os casos urgentes com maior celeridade?**

Segundo Arthur Maximus Monteiro<sup>379</sup>, a edição da lei nº. 12.063/09, que alterou a lei nº. 9.868/99, para inserir o art. 12-F, prevendo a possibilidade de o STF deferir medida cautelar no caso de Adin por omissão<sup>380</sup>, causa estranheza: “De fato, a incompatibilidade da medida cautelar com o procedimento mesmo da ação direta de inconstitucionalidade por omissão já havia sido identificada pela doutrina<sup>381</sup>. Na medida em que, da procedência do pedido, decorre uma decisão meramente constitutivo-declaratória, no sentido de notificar o ente omissor para suprir a omissão inconstitucional, ‘*parece não haver lugar para a concessão de medida cautelar [rectius: antecipatória]*’<sup>382</sup>. Com efeito, se nem

---

<sup>378</sup> Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz. A exceção que virou regra: a equivocada aplicação do art. 12 da lei nº. 9.868/1999 e a necessidade de sua releitura, p. 528, in: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 549-551.

<sup>379</sup> Controle de Constitucionalidade das Omissões Legislativas, p. 154.

<sup>380</sup> Arthur Maximus Monteiro: Controle de Constitucionalidade das Omissões Legislativas, p. 156, citando ainda, em nota de rodapé: MENDES, Gilmar Ferreira. Controle abstrato de constitucionalidade – ADI, ADC e ADO, p. 413-414.

<sup>381</sup> Arthur Maximus Monteiro: Controle de Constitucionalidade das Omissões Legislativas, p. 156, citando: CUNHA JR., Dirley da, p. 208.

<sup>382</sup> Arthur Maximus Monteiro: Controle de Constitucionalidade das Omissões Legislativas, p. 156, citando: CLÈVE, Clemerson Merlin. A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro, p. 345.

sequer a decisão de mérito resulta no suprimento da omissão, como admitir ser possível tal hipótese em juízo de urgência? Nesse sentido, o STF já se manifestara em diversas oportunidades”.<sup>383</sup>

Todavia, apesar de ter sido superada a discussão sobre o cabimento de concessão de cautelar em Adin por omissão desde a edição da lei nº. 12.063/09<sup>384</sup>, a possibilidade continua a causar estranheza, notadamente pelos efeitos provenientes de uma decisão cautelar, conforme a previsão legal, de forma a tornar clara a incompatibilidade do instituto com a fiscalização omissiva<sup>385</sup>, conforme será demonstrado em momento oportuno.

Segundo o art. 12-F, §1º, são possíveis efeitos decorrentes da concessão da cautelar:

I) a suspensão da aplicação da lei ou do ato normativo questionado, no caso de omissão parcial;

II) a suspensão de processos judiciais ou de procedimentos administrativos, no caso de omissão absoluta; ou

III) qualquer outra providência a ser fixada pelo STF.

A incompatibilidade do primeiro inciso refere-se à própria natureza da providência: “Com efeito, os casos de omissão parcial reclamam sindicância por meio de inconstitucionalidade por ação. Sob essa ótica, não causaria maior espanto a aceitação de uma medida de natureza antecipatória, destinada a suspender a prolação de atos jurisdicionais que tivessem por objeto o ato impugnado.”<sup>386</sup> Já no segundo, a providência sugerida quanto às omissões absolutas causa estranheza porque “não se reconhece à jurisdição ordinária poderes para eliminá-la – e mesmo à jurisdição constitucional tal

---

<sup>383</sup> Arthur Maximus Monteiro: Controle de Constitucionalidade das Omissões Legislativas, p. 156, citando ainda: Cf. a Adin 361/DF, Relator Ministro Marco Aurélio, j. em 05.10.1990, publicada no DJU de 26.10.1990, a Adin 267/DF, Relator Ministro Celso de Mello, j. em 25.10.90, publicada no DJU de 31.10.1990, e a Adin 1.387/DF, Relator Ministro Carlos Velloso, j. em 06.03.1996, publicada no DJU de 13.03.96.

<sup>384</sup> Arthur Maximus Monteiro: Controle de Constitucionalidade das Omissões Legislativas, p. 156, citando ainda, em nota de rodapé: BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional, p. 575-576.

<sup>385</sup> Arthur Maximus Monteiro: Controle de Constitucionalidade das Omissões Legislativas, p. 156, citando ainda, em nota de rodapé: MENDES, Gilmar Ferreira. Controle abstrato de constitucionalidade – ADI, ADC e ADO, p. 413.

<sup>386</sup> Arthur Maximus Monteiro: Controle de Constitucionalidade das Omissões Legislativas, p. 157, citando ainda, em nota de rodapé: sobre as sentenças aditivas decorrentes de inconstitucionalidade por ação, cf. MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional, t. 6, p. 60; e SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição, p. 546.

hipótese é seriamente discutível.”<sup>387</sup> O terceiro, que possibilita ao Tribunal adotar *qualquer outra providência*, “demonstra de forma cabal a falta de exemplo concreto a comprovar a viabilidade da instituição da medida para a Adin por omissão. Relegou-se inteiramente ao Supremo Tribunal Federal a tarefa de encontrar alguma espécie de medida que venha no futuro a demonstrar a necessidade de medida cautelar nessa espécie processual.”<sup>388</sup>

Como adiantado, as medidas cautelares possuem caráter excepcional, principalmente em razão da presunção de validade dos atos estatais, inclusive os normativos. Todavia, na prática, a suspensão liminar da eficácia da norma impugnada acaba por assumir 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 cautelar.” O autor atribui tal dificuldade ao constante congestionamento da pauta do Supremo Tribunal Federal.<sup>389</sup>

---

<sup>387</sup> Arthur Maximus Monteiro: Controle de Constitucionalidade das Omissões Legislativas, p. 157, citando ainda, em nota de rodapé: MORAIS, Carlos Blanco de, As sentenças com efeitos aditivos, p. 87.

<sup>388</sup> Arthur Maximus Monteiro: Controle de Constitucionalidade das Omissões Legislativas, p. 157, citando ainda, em nota de rodapé: MENDES, Gilmar Ferreira, Controle abstrato de constitucionalidade – ADI, ADC e ADO, p. 414.

<sup>389</sup> Luís Roberto Barroso. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro, p. 230.

## CONCLUSÃO

As medidas cautelares possuem caráter excepcional, principalmente em razão da presunção de validade dos atos estatais, inclusive os normativos. Todavia, na prática, a suspensão liminar da eficácia da norma impugnada acaba por assumir 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 cautelar.” O autor atribui tal dificuldade ao constante congestionamento da pauta do Supremo Tribunal Federal.