

A aplicação de medidas cautelares no controle de constitucionalidade

Aline Maria da Rocha Lemos¹

1- Considerações introdutórias:

O controle de constitucionalidade é o juízo de conformidade incidente sobre a presunção relativa de validade das leis e dos atos normativos, tomando como parâmetro uma Constituição rígida². Caso exista controvérsia sobre a constitucionalidade de uma norma, o órgão ou os órgãos competentes realizam uma atividade de confronto, de modo que, constatada a inequívoca dissonância com a Constituição, a norma violadora é declarada inconstitucional e deixa de produzir efeitos, quer para o caso concreto, quer para todos.³

Há basicamente dois sistemas de controle de constitucionalidade no direito estrangeiro. O difuso, que surgiu em 1803, nos Estados Unidos, com o célebre *leading case* William Marbury v. James Madison, quando se fincou a idéia de que uma lei do Congresso, contrária à Constituição, carece de validade, e o concentrado, desenvolvido na Áustria, em 1920, por Hans Kelsen, utilizado de forma acentuada nos países europeus. Cada país incorpora a estrutura que se fundamenta mais adequada com a sua organização judiciária.⁴

¹ Professora da UNIFACS e advogada. Graduada em Administração de Empresas e Direito pela UFBA e UnP. Possui especializações em Processo Civil e Direito Público e Mestrado em Direito Constitucional pela UFRN. Foi assessora judiciária do Desembargador Dúbel Cosme – TJRN. Atuou prestando serviços de assessoria jurídica à Procuradoria Geral do Estado do RN. Foi auditora da Price WaterHouse Coopers Auditores Independentes.

² Alguns países da Europa, notadamente na Alemanha, França e Espanha, têm usado como parâmetro o chamado bloco de constitucionalidade, que traduz a idéia de uma ordem constitucional global, isto é, uma densidade de princípios, acima mesmo da Constituição do país. No Brasil, tal entendimento é ainda tímido. O STF adota efetivamente como parâmetro a Constituição. Cf. COELHO, Bernardo Leôncio Moura. O Bloco de Constitucionalidade e a Proteção à Criança". Revista de Informação Legislativa, vol. 123, pág. 259 e seguintes.

³ CUNHA JÚNIOR. Dirley da. Controle de Constitucionalidade teoria e prática. Salvador: JusPodium, 2006, p. 36.

⁴ A atividade de controle pode ser exercida também por órgãos políticos, podendo recair sobre o próprio Legislativo. Como exemplos, pode ser apontado o Conselho Constitucional da atual Constituição Francesa, o *Presidium* do Soviete Supremo da Constituição da extinta União das Repúblicas Socialistas Soviéticas de 07/10/1977 entre outros. Cf. NOBRE JÚNIOR. Edílson Pereira. Controle de Constitucionalidade: modelos brasileiro e italiano (breve análise comparativa). Rio de Janeiro: Revista de Direito. Administrativo. Nº 222: 143-178, 2000.

No Brasil, o controle de constitucionalidade é bem peculiar, pois utiliza o modelo concentrado-principal, de competência do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais de Justiça, bem como o difuso-incidental, o qual permite que todos os juízes e tribunais possam apreciar a constitucionalidade das leis nos casos concretos. Este foi implementado na Constituição de 1891, por influência da *judicial review* norte-americana, enquanto que aquele foi efetivamente incorporado por força da Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, formulada à Constituição de 1946.

Atualmente, são cinco as ações cabíveis no controle concentrado, quais sejam, ação direta de inconstitucionalidade (ADI), ação declaratória de constitucionalidade (ADC), argüição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADI por omissão) e ação direta de inconstitucionalidade interventiva (ADI interventiva).⁵ Tais ações têm natureza essencialmente objetiva.

Já o controle difuso, como afirmado, pode ser realizado no âmbito de qualquer ação. Momento em que a questão da inconstitucionalidade é argüida de forma incidental, desde que tenha conexão com o objeto da demanda e seja imprescindivelmente necessária ao objeto do pleito.⁶

Dessa feita, o magistrado limita-se a verificar a inconstitucionalidade do ato apenas como causa de pedir, por se afigurar verdadeira condição de possibilidade para o deslinde da controvérsia, e não como o próprio pedido. A decisão, em geral, tem eficácia *inter partes*, mas existe a possibilidade de se conferir efeito geral à decisão pela inconstitucionalidade mediante intervenção do Senado Federal (art. 52, inciso X da Constituição Federal).

Ademais, o controle incidental é provocado pelas ações constitucionais de garantia, chamadas de remédios constitucionais. A ação popular, o mandado de segurança, a ação

⁵ Desde a Constituição Federal de 1891, o instituto da intervenção já estava presente no ordenamento jurídico brasileiro. Já a ação direta interventiva, tendo sido a primeira hipótese de controle concentrado existente no Brasil, surgiu com a Constituição de 1934. Na Constituição de 1937 foi suprimida e posteriormente prevista pela Constituição de 1946, e pela Carta de 1967-69, que lhes deram o mesmo perfil que conserva até hoje. Neste sentido, Lewandowski, Enrique Ricardo. Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 59-86.

⁶ VELOSO, Zeno. Controle Jurisdicional de constitucionalidade. Belo Horizonte, Del Rey, 2000, p. 44.

civil pública e o mandado de injunção figuram como vias mais utilizadas no controle incidental, especialmente na fiscalização das omissões do poder público.⁷

De acordo com a sistemática em vigor, as medidas cautelares são importantes instrumentos que podem ser adotados liminarmente em algumas ações do controle concentrado e difuso.⁸ O pedido é apreciado pelo Poder Judiciário diante da alegação, feita pelo autor da ação, da presença dos pressupostos *fumus boni juris* (plausibilidade jurídica dos fundamentos invocados) e *periculum in mora* (possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação decorrente da demora da decisão final). A sua finalidade, portanto, é imprimir efetividade às decisões realizadas no controle de constitucionalidade, afastando os riscos e danos da dilação das decisões finais.

Não obstante isso, não se pode olvidar a existência de dois pressupostos, que geralmente são opostos, especialmente no controle de constitucionalidade: o da segurança jurídica, que exige um lapso temporal razoável para a maturação dos *decisus*, e o da efetividade, reclamando que o momento da decisão final não se procrastine mais do que o necessário.⁹ Mas, é por meio do equilíbrio destes dois regramentos (segurança/celeridade), que emergirão as melhores condições para a adequada realização do controle de constitucionalidade.

As cautelares, por essa razão, são medidas curiais ao controle de constitucionalidade, quando compatíveis com o tipo de inconstitucionalidade que se pretende afirmar. Assim, faz-se necessário discorrer sobre o fenômeno das inconstitucionalidades, seja por ação ou omissão,¹⁰ que se declara por meio da jurisdição constitucional no controle difuso e concentrado,¹¹ verificando a pertinência e instrumentalidade da medida cautelar.

⁷ CUNHA JÚNIOR. Op. cit. p. 102.

⁸ Costuma-se confundir o termo liminar com medida de urgência e, às vezes, chega-se a afirmar que a liminar não é mais que uma medida cautelar, a exemplo observa-se as liminares em mandados de segurança, em ação popular, ação civil pública e outras. Mas, na linguagem jurídica, a expressão liminar identifica qualquer medida ou provimento, não apenas cautelar, tomado no início do processo.

⁹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Tempo e Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 66.

¹⁰ A Constituição de 1988 reconhece duas formas de inconstitucionalidades, quais sejam, por ação (atuação) e por omissão (art. 102, inciso I, alínea a, inciso III, alíneas a, b e c, art 103 §§ 1º e 3º. 47). A classificação de inconstitucionalidade formal e material, feita pela doutrina, é em verdade uma subclassificação da inconstitucionalidade por ação. Esta se manifesta sob o aspecto formal (quando tais normas são formadas por autoridades incompetentes ou em desacordo com procedimentos estabelecidos na constituição) e material

2- Medidas cautelares no controle difuso

O controle difuso pode ser provocado na fase de cognição, seja através do rito ordinário ou sumário, pouco importando se se trata de ação constitutiva, declaratória ou condenatória, na execução, seja como fase ou por processo autônomo, e mesmo no processo cautelar. A questão constitucional pode ser argüida pelo autor na inicial de uma ação de qualquer natureza (civil, trabalhista, eleitoral), pelo réu por ocasião da resposta (contestação, reconvenção, exceção), ou ainda por aquele que na qualidade de terceiro integra a relação processual.¹²

Podem provocar a jurisdição constitucional, em sede de controle difuso, todos aqueles que integram a relação processual, assim como o órgão do Ministério Público, quando officie no feito, como também pode reconhece-la o juiz ou tribunal, de ofício, nas causas submetidas à sua apreciação.¹³ A exceção só ocorre em sede de recurso extraordinário, porquanto o STF entende que é indispensável o prequestionamento e a repercussão geral das questões constitucionais, suscitados pelas partes, para se declarar a inconstitucionalidade da lei aplicada.

Mas, é preciso observar que o controle incidental segue ritos diferentes, que dependem de quem o realiza. Quando feito por um juiz, a declaração de inconstitucionalidade ocorrerá no curso de um processo, enquanto que no âmbito dos tribunais de segundo grau ou superiores deve ser suscitado um incidente de inconstitucionalidade,¹⁴ seguindo a cláusula de reserva de plenário (art. 97 da CF).

(quando o conteúdo das leis ou atos contraria a Constituição). Neste sentido, SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 47).

¹¹ Por jurisdição constitucional compartilho do entendimento sustentado por Lenio Luiz Streck, *in* Jurisdição constitucional e hermenêutica, p. 457, no sentido de que qualquer ato judicial é ato de jurisdição constitucional, pois é dever do magistrado, antes de qualquer coisa, examinar a compatibilidade do texto normativo infraconstitucional com a Constituição.

¹² CLÈVE, Clèmerson Merlin. A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 97.

¹³ Com este pensamento, CLÈVE, op. cit. p. 94; MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidades, São Paulo: Celso Bastos editor, 1999, p. 472.

¹⁴ O incidente de inconstitucionalidade aplicar-se-á tão somente à arguição perante órgão fracionário. As matérias de competência do plenário ou do órgão especial podem ser declaradas por estes, independentemente de qualquer procedimento específico, observado o quorum de maioria absoluta. Neste sentido, afirma Barroso, op. cit, p. 85, nota 22.

Só é prescindível o incidente de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento do plenário ou órgão especial do Tribunal ou do STF, é o que se observa na dicção do art. 481, parágrafo único, do Código de Processo Civil, bem como do art. 101 do RISTF.

Destarte, um juiz singular pode conceder uma medida cautelar, quando solicitada pelo autor, em uma ação ordinária, em mandado de segurança, ou em qualquer demanda proposta, analisando a inconstitucionalidade da norma como causa de pedir. Nestas situações, o magistrado limita-se a não aplicar a norma que entende ser inconstitucional.¹⁵

Com efeito, não há procedimento específico quando o controle incidental é no primeiro grau de jurisdição. A questão constitucional será resolvida como todas as demais questões prejudiciais de mérito, como fundamento de uma pretensão ou resistência à pretensão de outrem.¹⁶

Entretanto, nas demandas propostas perante tribunais, a inconstitucionalidade deve ser discutida à parte, suspendendo-se o processo até o julgamento do incidente pelo pleno ou órgão especial. Na análise deste, os tribunais manifestam-se por decisão colegiada e podem analisar inconstitucionalidades por ação ou omissão.

Este procedimento gera algumas implicações na análise das medidas cautelares em ações originárias dos tribunais. É que tais medidas cautelares, mesmo que tenha como causa de pedir a inconstitucionalidade de uma norma, são analisadas pelo próprio relator e não pelo órgão colegiado.

Neste passo, se a inconstitucionalidade de uma lei for suscitada como fundamento de um mandado de segurança, o relator só poderá reconhecê-la liminarmente caso já exista pronunciamento do plenário ou órgão especial do Tribunal ou do STF. Inexistindo o

¹⁵ STRECK, Lênio. Op. cit , p. 457.

¹⁶ CLÈVE, op. cit. p. 105.

pronunciamento, a medida cautelar não poderá ser concedida apenas pelo relator, sob pena de infringir a cláusula de reserva de plenário.¹⁷

As medidas cautelares são também invariavelmente aplicadas nas ações constitucionais de garantia, seja quando impetrados no juízo monocrático ou nos tribunais. Observa-se que o controle difuso de constitucionalidade pode ser feito em ação popular, em mandado de segurança e por meio de ação civil pública. Porém, o efeito *erga omnes* poderá ser atribuído apenas em ações que veiculem direitos individuais homogêneos.¹⁸

Efetivamente, ações coletivas não podem ser usadas como sucedâneo de ação direta de inconstitucionalidade. Uma decisão que veicule direitos coletivos ou difusos e afirme uma inconstitucionalidade com eficácia *erga omnes*, configurar-se-ia verdadeiro controle concentrado de constitucionalidade, usurpando a competência do STF ou dos Tribunais de Justiça dos Estados.¹⁹

É preciso ver com reservas a possibilidade de controle de constitucionalidade quando se veicula direitos difusos ou coletivos, pois, nestes casos, os sujeitos não são determináveis. Nesta situação, caso se defira uma medida liminar, em ação civil pública, tendo por fundamento a inconstitucionalidade de uma norma, estar-se-ia auferindo um resultado idêntico a uma ADI.

Teoricamente, é perfeito o entendimento de que é possível o controle de constitucionalidade difuso nas ações coletivas, quando a inconstitucionalidade for tratada como fundamento ou causa de pedir, sendo que a coisa julgada *erga omnes* se limita tão somente ao dispositivo da sentença.²⁰ Todavia, na prática, as conseqüências se afiguram obscuras, pois, ainda que se veja a inconstitucionalidade como fundamento, os efeitos do dispositivo numa ação coletiva geram as mesmas conseqüências práticas de uma ADI. Se

¹⁷ No controle abstrato, o art. 10 da Lei 9.869, de 10 de novembro de 1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ADI e da ADC perante o STF, afirma que a reserva de plenário alcança as decisões colegiadas proferidas em sede de medida cautelar.

¹⁸ Neste sentido, é o posicionamento do STF na Reclamação nº 554-MG. DJ 26.11.1997.

¹⁹ RCL n. 1733-SP, DJ 1.12.00 – Informativo 212/STF; STF - RCL 633-6/ SP, DJ 23.9.96

²⁰ Com este pensar, BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 241-242; CUNHA JÚNIOR. Op. cit. p. 108-109.

assim não for, o caráter essencialmente coletivo da ação civil pública, ação popular e mandado de segurança coletivo desaparece.

Com sabedoria, Gilmar Ferreira Mendes assinala que o controle judicial de constitucionalidade não está livre do perigo de converter uma vantagem democrática em eventual risco para a democracia, de modo que concebido para reforçar o desenvolvimento do processo democrático, ele pode bloquear o desenvolvimento constitucional do Estado. Esse paradoxo, consistente na ameaça à democracia por quem está incumbido de protegê-la, não pode ser solucionado com a extinção em desfavor do controle judicial de constitucionalidade. Deve-se, ao contrário, fazer um esforço no sentido de preservar o equilíbrio do sistema e evitar disfunções.²¹

Tendo por base essas lições, deve-se admitir que o controle de constitucionalidade incidental nas ações coletivas só é possível tratando-se de interesses ou direitos individuais homogêneos, uma vez que as partes podem ser identificadas e os efeitos ficariam restritos a elas.²²

Outra ação de destaque no controle de constitucionalidade incidental é o mandado de injunção. Este se originou na Inglaterra, no século XIV, como essencial remédio da *equity*, mas a sua direta influência foi o *writ of injunction* do Direito norte-americano,²³ foi concebido para o controle concreto, tendo por escopo tornar viável o exercício de direitos fundamentais. Difere-se da ADI por omissão, pois esta é instrumento e controle abstrato e presta-se para tornar efetiva uma norma constitucional de eficácia limitada.²⁴

²¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 504. Vale conferir, também, o argumento de Dieter Grimm que chama atenção para o risco democrático da justiça constitucional. Cf. Constituição e política. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 14/15.

²² É o posicionamento do STF na Reclamação nº 554-MG DJU 26.11.1997.

²³ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 448. Todavia, a doutrina diverge sobre a origem do instituto, posicionando-se favoravelmente à origem do mandado de injunção no direito Anglo-saxão: Diomar Ackel Filho, Aricê Moacyr Amaral Santos. O mandado de injunção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 14. Neste sentido, nota [2] constante da obra de STRECK, Lênio Luiz. O mandado de injunção no direito brasileiro: análise crítica e perspectivas jurídicas e políticas. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1991.

²⁴ Tomando por parâmetro a classificação de José Afonso da Silva, no tocante às normas constitucionais de eficácia limitada, que se dividem em: normas de princípio programático e de princípio institutivo, estas se subdividem, ainda, em impositivas ou facultativas. Desta feita, as normas constitucionais de eficácia limitada de princípio programático e as de eficácia limitada de princípio institutivo impositivas são o parâmetro para o controle abstrato. Afasta-se do controle, as normas de eficácia limitada de princípio institutivo facultativas,

Segundo Roque Carrazza, ambos são instrumentos processuais diante da falta de norma regulamentadora de natureza infraconstitucional, que daria plena efetividade à norma constitucional que consagra direitos e liberdades constitucionais, ou prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.²⁵

Canotilho esclarece que tais ações são sobreponíveis, nas hipóteses em que a omissão refira-se à ausência de medida para tornar efetiva norma constitucional definidora de direitos fundamentais.²⁶ Mas, a legitimidade ativa no provimento injuntivo difunde-se entre toda e qualquer pessoa que titulariza um direito que se pretende exercer, tendo os efeitos da decisão eficácia *inter partes*. Já na outra, está reservada exclusivamente aos entes, autoridades e órgãos arrolados taxativamente no art. 103, incisos I a IX, da Constituição Federal e os efeitos decisão judicial são *erga omnes*.²⁷

Importante assinalar que tanto Mandado de Injunção, quanto a ADI por omissão, não comportam a medida cautelar, conforme o entendimento assentado pelo STF.

De acordo com Supremo, não haveria qualquer utilidade no uso da medida cautelar em tais ações. Na ADI por omissão, já que sua função é apenas verificar que inexistente norma, não haveria sentido dar ciência antecipada às autoridades da inexistência de uma norma.²⁸ Se nem mesmo o provimento judicial último pode implicar o afastamento da omissão, o que se dirá quanto do exame preliminar.

Entretanto, no mandado de injunção já se visualiza utilidade de uma medida cautelar. Recentemente, o STF, ao analisar o mandado de injunção nº 670 e 712 a respeito do Direito de Greve dos Servidores Públicos, adotou a posição concretista individual, reconhecendo que enquanto não suprida a lacuna legislativa, fosse aplicada a Lei 7.783/89 para as partes envolvidas no processo.

pois se limitam a dar ao legislador ordinário a possibilidade de regular a situação nelas delineadas. Cf. Aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo: Malheiros, 2001.

²⁵ Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. São Paulo: Justitia, 1993, p. 43.

²⁶ Tomemos a sério o silêncio dos poderes públicos – O direito à emanção de normas jurídicas e a proteção judicial contra as omissões normativas. In Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.) As garantias do cidadão na Justiça. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 356.

²⁷ CUNHA JÚNIOR. Op. cit., p. 226.

²⁸ ADI-MC 361-5/DF.

Caso tal posicionamento venha a ser consolidado em futuros provimentos injuntivos, nada impede que medidas cautelares possam ser concedidas, com base no poder geral de cautela. Aliás, seriam de grande utilidade.

3- Cautelares no controle de constitucionalidade concentrado

Em sede de controle abstrato, dispõe o art. 103, inciso I, alínea p, da Constituição Federal que compete ao STF a guarda da Constituição, cabendo-lhe “*processar e julgar, originariamente, o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade*”.

No controle concentrado, as medidas cautelares são possíveis na ação direta de inconstitucionalidade, na ação declaratória de constitucionalidade e na arguição de descumprimento de preceito fundamental

A Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, disciplina o processamento e julgamento da ADI, bem como da Ação declaratória de constitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal, normatizando a concessão de medida cautelar.²⁹

No alerta de Luís Roberto Barroso, a suspensão liminar da eficácia da norma adquire maior significação. Em virtude do congestionamento da pauta do Supremo Tribunal Federal, o deferimento da medida, ainda que provisório por natureza, ganha, muitas vezes, contornos definitivos, pela prolongada vigência da medida liminar, já o seu indeferimento remete a apreciação da matéria para um futuro que pode ser incerto.³⁰

De fato, é inegável que o trâmite de uma medida cautelar é bem mais célere que a decisão final. Na realidade brasileira, devido às peculiaridades da estrutura do Judiciário, que não possui uma corte única para realizar o controle de constitucionalidade, a análise da medida cautelar possibilita um efeito significativo para o sistema jurídico, pois permite a resoluções de questões com maior brevidade.

²⁹ Ao disciplinar a competência do STF, a Constituição previu, explicitamente, o julgamento de pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade, propostas em face da Constituição Federal (art. 102, I, p). As regras destinadas à disciplina da ADI e ADC já estavam contidas no Regimento Interno e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, antes da promulgação da Lei 9.868/99, já deferia medidas de urgência em sede de controle de constitucionalidade.

³⁰ O Controle de Constitucionalidade no Direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 166.

De acordo com a sistemática em vigor, o relator, ao receber a petição inicial, deverá ouvir a autoridade ou órgão responsável pela expedição do ato impugnado em cinco dias. Se entender indispensável, poderá ouvir o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República no prazo de três dias. Neste momento, as informações deverão versar apenas sobre a medida cautelar.³¹

Após o que, incluirá o pedido em pauta de julgamento, facultando a sustentação oral do requerente, do órgão ou autoridade que deu origem ao ato impugnado, e sendo necessário o *amicus curiae*.³²

A concessão da medida deverá ter assentimento de maioria absoluta dos membros do Tribunal (mínimo seis ministros), reunidos em sessão do Pleno com a presença de pelo menos oito Ministros. No período de recesso, é o Presidente do STF que profere decisão monocrática sobre a medida cautelar, sendo necessária a confirmação posterior do colegiado.

Já o art. 12 da referida lei, permite que o relator, desde que haja pedido de medida cautelar, em razão da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, submeta o processo diretamente ao Tribunal. Este terá a faculdade de julgar definitivamente a ação, 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.

Advirta-se, por oportuno, que a concessão da medida cautelar em ADI tem caráter de antecipação de tutela.³³ O Supremo Tribunal Federal e Tribunais de Justiça, quando

³¹ MARTINS, Ives Gandra da Silva, MENDES, Gilmar Ferreira. Controle concentrado de constitucionalidade. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 157.

³² Em que pese a expressa impossibilidade de intervenção de terceiros, o *amicus curiae* representa um importante papel para a resolução dos conflitos constitucionais. CF. BUENO, Cassio Scarpilella. *Amicus curiae* no processo civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2006.

³³ Neste sentido, é a lição de Teori Albino Zavascki ao afirmar expressamente que “as liminares deferidas nas ações de controle concentrado antecipam um, alguns ou todos os efeitos habilitados a operar reflexos no plano da realidade – ou seja, efeitos executivos – que podem decorrer da futura sentença de procedência. São, portanto, provimentos tipicamente antecipatórios.” *In* Ações de Controle Concentrado de Constitucionalidade, p. 60.

deferem a medida, estão a conceder a satisfação do provimento final, que é a suspensão da eficácia da norma. No tocante aos efeitos, serão *ex nunc*, em face de sua natureza preventiva, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa, e *erga omnes*, devendo a parte dispositiva ser publicada em seção especial do Diário Oficial, no prazo de dez dias a contar do julgamento.

Sendo assim, a concessão da chamada medida cautelar, a partir de sua publicação, obriga o cumprimento pelos destinatários, sem o que não se atingirá o seu escopo, qual seja, afastar danos advindos da produção dos efeitos da norma.

O STF analisa também a conveniência da medida que envolve a ponderação entre o proveito e o ônus da suspensão provisória, isto é, para a concessão da medida, os danos resultantes da continuidade da vigência da norma devem ser maiores que aqueles que adviriam de sua suspensão até o juízo definitivo.³⁴

Diante disso, a jurisprudência do pretório excelso vem admitindo a concessão de medida cautelar, em sede de ADI, mesmo nos casos em que o ato impugnado já esteja em vigor há algum tempo. Substituindo-se, nesta situação, o requisito do perigo da demora, pela demonstração de conveniência na concessão da medida para a administração da justiça, para a administração pública e para a ordem jurídica em geral.³⁵

Da mesma forma que a decisão final, a liminar torna aplicável o chamado efeito repristinatório da legislação anterior, que acaso existente volta a produzir efeitos, salvo expressa manifestação em sentido contrário, a teor do art. 11, §2º da referida Lei.

Na ação declaratória de constitucionalidade, por ser em verdade uma ADI com efeito contrário, é possível a concessão de medida cautelar.³⁶ Mas, a sua eficácia, por clara razão,

³⁴ STF, DJU, 2. 4. 1993, p. 5617, ADIMC 834-0-MT, rel. Min. Celso de Mello; STF, DJU, 18. 05. 2001, p. 430, ADIMC 1549-4/RJ, rel. Min. Francisco Rezek.

³⁵ ADI (MC) 568-AM, rel. Min. Celso de Mello, DJU 22.11.91; ADI (MC) 1087-RJ, rel. Min. Moreira Alves, DJU 07.04.95; ADI (MC) 1586-PA, rel. Min. Sydney Sanches, DJU 29.08.97.

³⁶ Em contrário, Lenio Luís Streck, *op. cit.*, p. 757, entende que o cabimento de liminar em ADC configura uma afronta ao texto da emenda Constitucional que introduziu a ADC, uma vez que o texto constitucional só trata de “decisões definitivas”, não podendo o legislador ordinário ir além. Afirma também que não há sinais de precedentes no direito comparado. Com o mesmo pensar, é o posicionamento do Ministro Marco Aurélio no julgamento da ADC nº 4.

não promove a suspensão da norma objeto da ação, visto que o pedido feito é justamente o reconhecimento da constitucionalidade da norma.

Conforme o art. 21 da Lei 9.868/99, o Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade. O efeito consiste na determinação de que juízes e os tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação, até o seu julgamento definitivo. Além disso, o STF deve realizar o julgamento da ação no prazo de cento e oitenta dias, sob pena de perda de sua eficácia.

Decisão que gerou bastante repercussão foi o julgamento da cautelar na ADC nº 4, que reconheceu a constitucionalidade do art. 1º da Lei 9.494/97, que limita a concessão da tutela antecipada contra a Fazenda Pública. Por tal razão, o descumprimento por parte dos juízes da referida lei ocasionava reclamação.

Na época, como ainda não existia a Lei para reger o procedimento da ADC, o STF concedeu medida cautelar reconhecendo a constitucionalidade do art. 5º da referida lei. Mas, com o advento da lei 9.868/99 esse entendimento não foi seguido. Hoje, não é possível reconhecer a constitucionalidade de uma norma com efeito vinculante por meio de cautelar em ADC.

Já a concessão de medida cautelar em ADPF segue o art. 5º, § 3º da Lei 9.868/99, que assim dispõe: *“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 argüição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrente da coisa julgada”*.

Neste passo, observa-se que não destoa aplicar para ADPF a disciplina prevista nos §§ 1º e 2º do art. 11 da Lei 9.868/99 para ADI, que dispõe sobre a eficácia suspensiva da medida liminar, que deve ocorrer, em regra, com efeitos *ex nunc*, salvo quando o tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa. Ademais, se a argüição se destinar a tutelar

preceito fundamental violado em decorrência de omissão do poder público, a medida liminar pode antecipar a própria providência supridora requestada.³⁷

Cabe ainda assinalar sobre a hipótese de controle concentrado feito pelos Tribunais de Justiça, que pode gerar a interposição de recurso extraordinário ao STF. Este, em via de regra, é um sistema de controle difuso, mas, na hipótese do art. 125, §2º da Constituição Federal, admite-se o recurso extraordinário no sistema de controle concentrado.

Destarte, a hipótese de controle concentrado, feito pelos Tribunais de Justiça em face de lei ou ato normativo Estadual ou Municipal, tendo como parâmetro norma de repetição obrigatória da Constituição Federal na Estadual, pode ocasionar a interposição e recurso extraordinário para o STF.³⁸

Da decisão dos Tribunais de Justiça caberá recurso extraordinário ao STF, que irá analisar a validade da lei ou ato normativo em face da Constituição Federal. Neste caso, a corte suprema admite a interposição de ação cautelar inominada, no próprio STF, desde que a presidência do Tribunal local já tenha lançado juízo positivo de admissibilidade do recurso extraordinário.³⁹

4- À guisa de conclusão

São múltiplas e consideráveis as medidas cautelares aplicadas no controle concentrado. Basta vislumbrar os últimos informativos do Supremo Tribunal Federal, bem como a jurisprudência dos diversos Tribunais de Justiça do país, que se detecta importantes decisões cautelares emitidas liminarmente.

³⁷ CUNHA JÚNIOR. Op. cit, p. 269.

³⁸ Segundo a orientação do STF, são normas de repetição obrigatória os princípios básicos do processo legislativo, as normas relativas ao Tribunal de Contas da União e os requisitos para criação da CPI. RE 199293, DJ 06-08-2004; RE 421256, DJ 24-11-2006.

³⁹ 1ª Turma, Pet. 1.381-8 AgRg-RS, rel. Min. Octavio Gallotti, v.u., DJU 03.04.1998, p. 11; 1ª Turma, AGPET 1189-MG, rel. Min. Moreira Alves, v.u., DJU 06.12.1996, p. 92; 1ª Turma, Pet. 721-2-SP, rel. Min. Celso de Mello, v.u., DJU 13.08.1993, p. 15).

É possível a concessão de medidas cautelares na ação direta de inconstitucionalidade, na ação declaratória de constitucionalidade e na arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Na ADI, a cautelar tem caráter de antecipação de tutela e torna aplicável o chamado efeito repristinatório da legislação anterior. A medida tem eficácia *erga omnes* e *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender, por maioria absoluta, que deva conceder-lhe eficácia retroativa.

Já a cautelar em ADC tem o condão de suspender o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo que tenham o mesmo objeto da ação.

Em igual, ocorre com as medidas cautelares em ADPF, que podem assegurar que juízes e tribunais suspendam o andamento de processos, ou de qualquer outra medida, que apresente relação com a matéria discutida na arguição.

A medida cautelar no controle de constitucionalidade concentrado é, sem dúvida, uma providência significativa para a efetividade do sistema e afirmação da supremacia constitucional.

O uso das cautelares não se restringe às determinações do STF ou Tribunais de Justiça. São também utilizadas no exercício do controle difuso, quando as inconstitucionalidades são declaradas incidentalmente, afastando-se normas para as situações concretas.

À vista do modelo difuso, o controle de constitucionalidade é realizado no curso de uma ação judicial por qualquer juiz ou pelos tribunais, sendo que estes devem observar a cláusula de reserva de plenário.

Críticas contundentes são feitas, especialmente quando proferidas liminarmente no controle difuso, tendo em vista a profusão de decisões diferentes para um só caso, em virtude do grande número de juízes e tribunais que realizam a atividade de controle.

Observa-se que a diversidade de decisões é uma característica do sistema difuso, não obstante muitos juízes estejam a seguir as decisões do STF. Assim, naturalmente, as

conclusões advindas da Corte Excelsa não sendo agregadas às decisões das instâncias inferiores.⁴⁰

Fala-se também na chamada “indústria das liminares”, como um ponto negativo do sistema. Mas, liminares sem pertinência podem ser atacadas por recurso ou por incidentes de suspensão de segurança, para o restabelecimento da ordem.

As decisões cautelares proferidas nas ações de garantia, a exemplo do mandado de segurança, ação popular e ação civil pública, são meios eficazes para assegurar, aos cidadãos, direitos e garantias constitucionais.

A única forma de se evitar decisões totalmente divergentes é entregá-las a um mesmo julgador. Todavia, não parece ser a melhor opção, uma vez que sistema difuso apresenta-se mais democrático e menos político que o controle concentrado.

O sucesso da jurisdição constitucional brasileira depende da adoção de fórmulas efetivas, e não fictícias, de afirmação da supremacia constitucional e superação do Estado de inércia do Poder Público. Sem dúvida, as medidas cautelares se afiguram como instrumento para tanto.

Referências:

ACKEL FILHO, Diomar. SANTOS, Aricê Moacyr. **O mandado de injunção no direito anglo-saxão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

BUENO, Cassio Scarpilella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 1996.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Tomemos a sério o silêncio dos poderes públicos – O direito à emanção de normas jurídicas e a proteção judicial contra as omissões normativas Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.) **As garantias do cidadão na Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993.

⁴⁰ MOTTA, Sylvio. Direito Constitucional. São Paulo: Campus, 2007, p. 657.

CARRAZZA, Roque. **Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. São Paulo: Justitia, 1993.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COELHO, Bernardo Leôncio Moura. **O bloco de constitucionalidade e a proteção à criança**. Revista de Informação Legislativa, vol. 123: 259- 272, 1994.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Tempo e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

CUNHA JÚNIOR. Dirley da. **Controle de constitucionalidade - teoria e prática**. Salvador: JusPodium, 2006.

GRIMM, Dieter. **Constituição e política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MARTINS, Ives Gandra da Silva, MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2001

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidades**. São Paulo: Celso Bastos editor, 1999.

MOTTA, Sylvio. **Direito Constitucional**. São Paulo: Campus, 2007.

NOBRE JÚNIOR. Edilson Pereira. **Controle de constitucionalidade: modelos brasileiro e italiano (breve análise comparativa)**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo. Nº 222: 143-178, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2001.

STRECK, Lênio Luiz. **O mandado de injunção no direito brasileiro: análise crítica e perspectivas jurídicas e políticas**. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1991.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica – uma nova crítica do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. Belo Horizonte, Del Rey, 2000.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Ações de Controle Concentrado de Constitucionalidade**. In: Didier Júnior, Fredie (coord.). **Procedimentos especiais cíveis**. São Paulo: Saraiva, 2003.