

APONTAMENTOS SOBRE A MEDIDA CAUTELAR EM SEDE DE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Rodolfo Cunha Salles
Promotor de Justiça MPDFT

1. INTRODUÇÃO

O controle de constitucionalidade das leis é tema que tem suscitado a atenção de diversos estudiosos do Direito, em razão da necessidade de se conferir caráter científico ao seu conhecimento.

A unidade do ordenamento jurídico preconizada por Hans Kelsen — que resulta, na sua concepção, do fato da validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra norma superior, até se atingir a norma fundamental¹ —, induz à necessidade da ausência de conflitos ou oposição entre as diversas normas, de diferentes níveis, ou, ao menos, da existência de um mecanismo para o seu controle.

No que tange à ordem jurídica estatal, afirma o Mestre de Viena que uma lei somente pode ser válida se tiver fundamento na Constituição, que representa o escalão de Direito positivo mais elevado².

O estudo do controle de constitucionalidade das leis demonstra que ele se realiza, em regra, por duas maneiras.

A primeira, pelo controle difuso, cuja origem histórica repousa na decisão da Corte Suprema dos Estados Unidos da América do Norte, proferida no célebre caso *William Marbury versus James Madison*, em 1803, pelo Juiz John Marshal³.

1 KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 247.

2 Ob. cit., p. 300.

3 Cf. *Decisões constitucionais de Marshall*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. p. 1-29.

A segunda, pelo controle concentrado, que encontra suporte na teoria de Kelsen e foi positivada na Constituição austríaca de 1º de outubro de 1920, que criou um órgão jurisdicional com competência para analisar toda matéria concernente à constitucionalidade das leis.

Nesse aspecto, sustenta Mauro Cappelletti que o fundamento do sistema difuso de controle de constitucionalidade das leis reside no plano da interpretação e consequente aplicação ou não-aplicação da lei, enquanto que o sistema de controle concentrado está baseado na doutrina da supremacia da lei e/ou da nítida separação dos Poderes do Estado.⁴

No que tange ao controle concentrado, afirma Paulo Bonavides que ele se caracteriza por seu teor sumamente energético, pela sua agressividade e radicalismo, pela natureza fulminante da ação direta e pela eficácia *erga omnes* da decisão proferida.⁵

Ambos os mecanismos são rígidos e disciplinados por regras próprias.

Destarte, considerada a importância e abrangência da matéria, o objetivo do presente estudo é o de examinar um dos seus aspectos, qual seja, a possibilidade de concessão de medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade, examinando o cabimento, requisitos e eficácia da medida, e, por fim, tecer breves comentários sobre a admissibilidade da medida cautelar em outros instrumentos de controle concentrado de constitucionalidade das leis.

A importância do tema reside no fato de que a decisão concessiva da liminar em ação direta de inconstitucionalidade produz uma significativa alteração na ordem jurídica, provocando sérias consequências para todo o sistema jurídico, consoante sustenta Gilmar Ferreira Mendes.⁶

Ademais, é oportuno salientar que, no âmbito do Direito positivo, o advento da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999⁷ que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal —, trouxe novos contornos normativos para o tema, que também serão analisados.

4 CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1992. p. 84.

5 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 277.

6 MENDES, Gilmar Ferreira. “A eficácia *erga omnes* da decisão concessiva de liminar em ação direta de inconstitucionalidade”. *Repertório IOB de Jurisprudência*, nº 24/98. Caderno 1. p. 634.

7 *Diário Oficial* de 11-11-1999, Seção 1. p. 1.

2. DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO

O estudo da admissibilidade da concessão de medida cautelar está jungido intrinsecamente ao desenvolvimento histórico do controle concentrado de constitucionalidade no Direito pátrio.

Logo, faz-se necessária uma breve exposição cronológica do tema.

2.1 CONSTITUIÇÃO DE 1824

A Constituição Imperial de 1824 não previu sistema de controle de constitucionalidade que tivesse semelhança ao ora existente.

Afirma Carlos Alberto Lúcio Bittencourt que, no regime da Constituição de 1824, não foi conferida ao Poder Judiciário a faculdade de recusar a aplicação de atos do Parlamento eivados de inconstitucionalidade.⁸

Com supedâneo na doutrina francesa, foi atribuído ao Poder Legislativo a função de “fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las” e de “velar na guarda da Constituição” (art. 15, n.ºs 8º e 9º).

Ao Poder Moderador, considerado como a chave de toda a organização política, foi incumbido o mister de velar sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos demais poderes políticos (art. 98).

2.2 CONSTITUIÇÃO DE 1891

A Constituição de 1891, influenciada pelo Direito norte-americano, instituiu o modelo difuso de controle de constitucionalidade — que tinha sido previsto na chamada Constituição Provisória de 1890 (art. 58, § 1º, *a e b*) —, facultando a interposição de recurso, das sentenças das Justças dos Estados para o Supremo Tribunal Federal, quando se questionasse sobre a validade ou a aplicação de tratados e leis federais e a decisão do Tribunal fosse contra ela, ou quando se contestasse a validade de leis ou atos federais, em face da Constituição ou das leis federais, e a decisão do Tribunal considerasse válidos esses atos ou leis impugnadas (art. 59, § 1º, *a e b*).

A Lei nº 221, de 20-11-1894, disciplinando o controle difuso, consagrou que “os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar

8 BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. p. 27.

aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição” (art. 13, § 10).

2.3 CONSTITUIÇÃO DE 1934

A Constituição de 1934 manteve, em seu art. 76, III, *a e b*, o sistema de controle difuso estabelecido na Carta de 1891.

Acrescentou, todavia, que a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público somente poderia ser realizada pela maioria da totalidade dos membros dos tribunais (art. 179).

Estabeleceu a competência do Senado Federal para “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário” (arts. 91, IV, e 96), de maneira a conferir eficácia *erga omnes* à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Também instituiu a possibilidade de representação interventiva, a cargo do Procurador-Geral da República, nas hipóteses de ofensa aos princípios estabelecidos no seu art. 7º, I, *a a h*.

Assevera Gilmar Ferreira Mendes que a representação interventiva pode ser considerada a mais fecunda e inovadora alteração introduzida pela Constituição de 1934 e que se tratava de forma peculiar de composição judicial dos conflitos federativos, que condicionava a eficácia da lei interventiva, de iniciativa do Senado Federal (art. 41, 3º), à declaração de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal (art. 12, § 2º).⁹

Estabeleceu, ainda, a vedação de o Poder Judiciário conhecer das questões exclusivamente políticas (art. 68).

2.4 CONSTITUIÇÃO DE 1937

A Constituição de 1937 preservou o modelo difuso de controle, inclusive a necessidade de *quorum* especial para a declaração de inconstitucionalidade (arts. 101, III, *b e c*, e 96).

9 MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade — aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 176.

Entretanto, trouxe evidente retrocesso ao sistema de controle de constitucionalidade ao estabelecer peculiar modalidade de revisão constitucional,¹⁰ de maneira que, no caso de ter sido declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, era necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderia o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento e, se este viesse a confirmá-la por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficaria sem efeito a decisão do Tribunal (art. 96, parágrafo único).

A faculdade acima mencionada foi utilizada em 1939, quando o Presidente da República, Getúlio Vargas, editou o Decreto-Lei nº 1.564, confirmando textos de lei declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

Anota Gilmar Ferreira Mendes que a Constituição de 1937 não previu disposição sobre a competência do Senado Federal para suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, como também não cuidou da atribuição do Procurador-Geral da República para representar ao Supremo Tribunal Federal, na hipótese de violação aos princípios constitucionais sensíveis.¹¹

2.5 CONSTITUIÇÃO DE 1946

A Constituição de 1946 restaurou a tradição do controle de constitucionalidade do Direito pátrio, estabelecendo a competência do Supremo Tribunal Federal para o julgamento de recurso extraordinário (art. 101, III, *a a d*) e a necessidade de maioria absoluta dos membros do tribunal para validade da decisão que declarasse a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público (art. 200).

Manteve a atribuição do Senado Federal para suspender a execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (art. 64).

É importante assinalar que não reproduziu o parágrafo único do art. 96 da Constituição anterior.

Também conservou a representação de inconstitucionalidade para efeitos de intervenção federal, introduzindo novas características (arts. 7º, VII, e 8º, parágrafo único).

A Emenda Constitucional nº 16, de 26-11-1965, acrescentou à competência do Supremo Tribunal Federal a de processar e julgar a representação contra a inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República (art. 2º), de maneira a instituir o controle abstrato de normas no Direito pátrio.

10 Cf. BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 63.

11 Ob. cit., p. 181.

2.6 CONSTITUIÇÃO DE 1967 E EMENDA Nº1/69

A Constituição de 1967 e a posterior Emenda Constitucional nº 1, de 17-10-1969, não trouxeram alteração ao sistema existente, mantendo as normas concernentes ao cabimento do recurso extraordinário (art. 114, III, *a a c* — art. 118, III, *a a c*), ao *quorum* para a deliberação de inconstitucionalidade (art. 111 — art. 116) e a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 114, I, *l* — art. 118, I, *l*).

A Emenda Constitucional nº 1/69 disciplinou o controle de constitucionalidade estadual para finalidade de intervenção nos Municípios (art. 15, § 3º, *d*).

A Emenda Constitucional nº 7, de 13-4-1977, pôs termo à controvérsia então existente,¹² estabelecendo, expressamente, a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar pedido de medida cautelar nas representações de inconstitucionalidade oferecidas pelo Procurador-Geral da República (art. 119, I, *p*).

2.7 CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição de 1988 manteve o sistema de controle de constitucionalidade vigente, introduzindo novos institutos e características.

As inovações da Constituição de 1988 não são o objeto do presente estudo, contudo, pode-se afirmar, em breves linhas, que foi respeitada a competência do Supremo Tribunal Federal para processar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 102, I, *a*), bem como o pedido de medida cautelar (art. 102, I, *p*), o recurso extraordinário (art. 102, III, *a a c*) e a necessidade de *quorum* qualificado para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público (art. 97).

Foram estabelecidos os institutos do mandado de injunção (art. 102, I, *q*), a arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º) e a inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º).

A Emenda Constitucional nº 3, de 17-3-1993, por sua vez, instituiu a ação declaratória de constitucionalidade.

¹² Objeto de análise do item III.

3. CONTROVÉRSIA SOBRE A CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR

A questão concernente à possibilidade da concessão de medida cautelar em sede de controle de constitucionalidade era um tema controvertido, que suscitava diversas indagações.

Após ser instituída a representação de inconstitucionalidade pela Emenda Constitucional nº 16/65, a discussão acirrou-se em virtude da criação de um instrumento processual específico para o controle abstrato de normas federais e estaduais pelo Poder Judiciário, mais especificamente pelo Supremo Tribunal Federal.

Saliente-se que na década de 60, sob a vigência da Constituição de 1946, o Supremo Tribunal Federal já havia deferido liminar, em sede de representação para intervenção — em que a questão da inconstitucionalidade é incidental —, suspendendo a eficácia dos atos impugnados, nos termos das Representações nºs 466 e 467, relatadas, respectivamente, pelos Ministros Ari Franco e Victor Nunes, cujos despachos monocráticos foram mantidos pelo Plenário.¹³

Todavia, consoante assinala Galeno Lacerda,¹⁴ o autêntico *leading case*, em sede de controle abstrato de normas, surgiu com a Representação nº 933,¹⁵ em que o então Procurador-Geral da República, hoje o Exmo. Sr. Ministro Moreira Alves, requereu a suspensão liminar de dispositivos da Resolução nº 1/75 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, sob o fundamento de que sua aplicação poderia ensejar problemas sérios, de efeitos irreversíveis, em virtude da aparente inconstitucionalidade de normas relativas à situação funcional de magistrados, decorrente da fusão dos Estados da Guanabara e do Rio de Janeiro.

O debate entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal foi de grande profundidade. O Ministro Thompson Flores, relator do processo, acompanhado pelos Ministros Antônio Neder, Rodrigues Alckmin, Leitão de Abreu e Cordeiro Guerra, concedeu a cautela pretendida sob o fundamento de que existe um poder geral de acautelamento inerente ao próprio exercício da função jurisdicional, de maneira que nenhum juiz deve proferir uma sentença ou ser compelido a fazê-lo ciente de que ela não deva produzir os seus efeitos ou que dificilmente deverá produzi-los.

Os Ministros Eloy da Rocha, Bilac Pinto e Xavier de Albuquerque, por seu turno, afirmaram, com espreque no entendimento então vigente, a impossibilidade da conces-

13 RTJ23/1 e DJ 16-11-1962, ap. 209, p. 621 e ss.

14 LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. vol. VIII, t. I, p. 59.

15 Representação nº 933/RJ, RTJ 76. p. 342-353.

são da cautela, defendendo que a prestação jurisdicional, na ação direta de inconstitucionalidade, se finda com a declaração da constitucionalidade ou inconstitucionalidade, competindo ao Senado Federal a suspensão dos efeitos da norma. Logo, não se poderia antecipar o que não cabe na prestação jurisdicional, ou seja, a suspensão da norma.¹⁶

A ementa do julgamento teve o seguinte teor:

Representação provocada por magistrados para obter declaração de inconstitucionalidade de disposições da Resolução 1/75 do Tribunal de Justiça, as quais comprometem suas garantias, asseguradas pela Constituição.

II — Pedido de medida preventiva visando a garantir a eficácia de ulterior decisão da causa, concretizada na suspensão da execução das normas tidas como inconstitucionais.

III — Embora a suspensão da lei ou decreto, tidos como inconstitucionais, caiba ao Senado Federal, nada impede que, verificados os pressupostos a que se refere o art. 22, IV, c/c o art. 175 do RI do Supremo Tribunal Federal, expedidos com base na Constituição, art. 120, c, seja ela concedida. Razões que conspiram em prol dessa afirmação.

Precedentes do Supremo Tribunal Federal admitindo-a, em casos semelhantes, fundados no art. 4º da Lei nº 2.271/54, c/c o art. 7º, II, da Lei nº 1.533/51.

IV — Deferimento da medida. Votos vencidos.”

Destarte, foi fixado que é juridicamente possível a concessão de medida cautelar em sede de ação direta de inconstitucionalidade, conquanto tenha natureza de processo objetivo, em razão do poder cautelar inerente à função conferida pela Constituição Federal ao Supremo Tribunal Federal para o seu julgamento.

Essa posição veio a ser acolhida pela Emenda Constitucional nº 7/77 que, conforme acima mencionado, pacificou a questão, estabelecendo expressamente a competên-

16 É necessário esclarecer que a discussão sobre a eficácia da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade e a necessidade ou não da comunicação da decisão ao Senado Federal somente veio a ser pacificada por meio de Decisão Administrativa da Presidência do Supremo Tribunal Federal — publicada no *DJ* de 16-5-1977, p. 3.123 —, que teve por fundamento minucioso estudo elaborado pelo insigne Ministro Moreira Alves, que sustentou que: “Se referente à declaração de inconstitucionalidade em tese, não há que se falar em suspensão, pois, passando em julgado o acórdão (...), tem ele eficácia *erga omnes* e não há que se suspender lei ou ato normativo nulo com relação a todos”.

cia do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar pedido de medida cautelar nas representações de inconstitucionalidade oferecidas pelo Procurador-Geral da República.

4. MEDIDA CAUTELAR NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição Federal de 1988 prevê a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar e processar o pedido de medida cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade, nos termos do disposto no artigo 102, I, *p*.

A Lei nº 9.868, de 10-11-1999¹⁷ — que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal —, disciplina a matéria em seus arts. 10 a 12, seguindo a orientação jurisprudencial consolidada no Supremo Tribunal Federal.

4.1. TERMINOLOGIA

Os estudiosos de Direito Processual fazem distinção entre liminar e medida cautelar. O conhecimento da terminologia utilizada é de grande importância para a aferição da natureza dos institutos.

A palavra liminar é derivada do latim *liminaris*, que pertence à família do termo *limes*, *limitis*, e significa, consoante esclarece Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, o que é posto à entrada, à frente, o que antecede o assunto ou objeto principal.¹⁸

Nesse passo, afirma Rodolfo de Camargo Mancuso que as liminares consistem numa antecipação dos efeitos que seriam obtidos somente ao final da ação, com a prolação da sentença.¹⁹

17 *Diário Oficial* de 11-11-1999, Seção 1. p. 1.

18 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1995. p. 395.

19 Sustenta o autor: “As liminares, em qualquer tipo de processo, provocam uma antecipação, ainda que provisória, da tutela pretendida *principaliter*. Elas são como que uma retroprojeção da imagem que, possivelmente, será representada na sentença final; ou, ainda, antecipam para o momento cronológico em que são deferidas os feitos que seriam próprios do provimento de fundo. [...] Já, as cautelares, ao contrário do que possa parecer a muitos, nada têm de antecipação, na medida em que se constituem em um tipo de processo tão autônomo e definido como os de execução ou de conhecimento. Enquanto medidas cautelares, nominadas ou inominadas, elas exercem a função de tutela da segurança, por um lado; por outro, resguardando a situação de perigo, ou de urgência, propiciam que a ação dita principal seja oportunamente exercida de modo útil. Antecipação só haverá se ocorrer concessão de liminar: aí, então, a segurança que houvera de ser concedida na sentença cautelar é recuada no tempo, ainda que a título precário, atuando, então, *initio litis*.” (in “A Questão dos Limites no Poder Cautelar Geral”. *RT* nº 569. p. 21).

A medida cautelar, por seu turno, objetiva a prevenção contra o risco de dano imediato que possa afetar o interesse deduzido no processo, de maneira a comprometer a eventual eficácia da tutela definitiva a ser alcançada no processo de mérito, segundo esclarece Humberto Theodoro Júnior.²⁰

Assim, conclui Betina Rizzato Lara que, enquanto as liminares configuram sempre uma antecipação dos efeitos da sentença, as medidas cautelares podem ou não apresentar esse caráter antecipatório, haja vista que têm por finalidade precípua evitar uma lesão grave e de difícil reparação ao direito da parte, de modo a permitir a prestação da tutela jurisdicional de forma efetiva.²¹

No que tange à ação direta de inconstitucionalidade, o que se pede é a concessão de medida, de caráter urgente e provisório, que suspenda a norma impugnada até o julgamento final da ação. Logo, afirma-se que, conquanto o texto constitucional mencione o pedido de medida cautelar, trata-se, em verdade, de medida liminar com natureza cautelar.²²

Por essa razão é que diversas decisões do Supremo Tribunal Federal mencionam expressamente o termo liminar.²³

Aliás, o Pretório Excelso já afirmou o não-cabimento de processo cautelar em ação direta de inconstitucionalidade, em razão de que ele tem por propósito, em regra, garantir a execução do provimento jurisdicional a ser concedido em ação futura ou em andamento, enquanto que a ação direta de inconstitucionalidade é vocacionada exclu-

20 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. vol. II, p. 358.

21 LARA, Betina Rizzato. *Liminares no processo civil*. 2. Ed. *Revista dos Tribunais*, São Paulo. 1994. p. 23-24.

22 Assevera Betina Rizzato Lara que: “Não obstante a lei mencionar o pedido de medida cautelar, só estaria configurada a presença desta medida se houvesse uma ação cautelar preparatória ou incidental à ação direta de inconstitucionalidade. Não é, porém, o que ocorre. Trata-se, isto sim, de uma medida requerida no bojo da ação de inconstitucionalidade, de caráter urgente e provisório, cuja função é suspender a vigência da lei ou de alguns de seus dispositivos, enquanto se julga a sua constitucionalidade. Esta medida é a liminar, que, neste caso, apresenta uma natureza cautelar. A natureza cautelar decorre do fato de que a liminar, neste tipo de ação, tem o objetivo de evitar a ineficácia da decisão final, ou seja, ela suspende a vigência da lei para evitar que, quando e se ela for julgada inconstitucional, já não tenha causado diversos danos, de incerta ou difícil reparação. Nesta ação, também ocorre uma coincidência entre o obtido com a liminar (suspensão provisória da vigência) e o pretendido com a sentença (‘suspensão definitiva’ da vigência). A liminar classifica-se, portanto, não só como cautelar, mas como cautelar-satisfativa”. (Ob. cit., p. 158).

23 Cf. JSTF 150/15, 153/17, 153/34, 154/70.

sivamente para o controle abstrato das leis, não comportando, por esta razão, qualquer espécie de execução.²⁴

Todavia, o termo medida cautelar encontra fundamento na origem e desenvolvimento histórico do instituto em tela, de forma que foi mantido na Constituição Federal de 1988 e na Lei nº 9.868/99.

4.2 ESCOPO

A finalidade perseguida com o pedido de medida cautelar em sede de ação direta de inconstitucionalidade é a de suspender, provisoriamente, a eficácia da lei ou ato normativo argüido como inconstitucional, que será excluído do ordenamento jurídico por oportunidade da decisão definitiva, caso venha a ser reconhecida a inconstitucionalidade.

Por essa razão, aduz Ives Gandra da Silva Martins que a liminar não tem o condão de desconstituir as relações jurídicas já constituídas e completadas, à luz de um direito então tido por constitucional, e que somente serão alcançadas pela decisão definitiva ou pela discussão em sede de controle difuso.²⁵

4.3 PRESSUPOSTOS

Os pressupostos para concessão da cautelar em sede de ação direta de inconstitucionalidade não são diversos daqueles exigidos em processos materialmente jurisdicionais.

Os pressupostos para a concessão da medida cautelar constituem, destarte, na plausibilidade jurídica do pedido, isto é, no *fumus boni iuris*, e no perigo decorrente da demora da decisão definitiva, no fundado temor da ocorrência de dano jurídico iminente, ou seja, no *periculum in mora*.

Expõe Rodrigo Lopes Lourenço que o Supremo Tribunal Federal, partindo do entendimento de que a concessão de liminar tem caráter excepcional, tem fixado rígidas balizas para reconhecer a ocorrência do *periculum in mora*,²⁶ de maneira que nega sua existência quando: a) decorreu grande período de tempo entre a edição da norma impugnada e o início da verificação abstrata de constitucionalidade;²⁷ b) as consequên-

24 AGRPET nº 1.326/CE. Rel. Min. Mauricio Correa. DJ 29-5-1998, p. 7.

25 MARTINS, Ives Gandra da Silva. “Os efeitos das liminares nas ações diretas de inconstitucionalidade”. *Repertório IOB de Jurisprudência*. n. 8/95. Caderno 1. p. 147.

26 LOURENÇO, Rodrigo Lopes. *Controle da constitucionalidade à luz da jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 84-85.

27 RTJ140/405, 149/66 e 152/692.

cias da suspensão da norma impugnada, pela dificuldade ou incerteza da reparação, são tão graves quanto aquelas decorrentes do indeferimento da liminar;²⁸ c) a lei inquirida de inconstitucional é meramente autorizativa, isto é, não impõe qualquer obrigação, de maneira que o perigo somente surgirá quando o Poder ou órgão autorizado a agir exercite a competência em questão;²⁹ d) o ato impugnado consiste em norma de Constituição estadual de eficácia limitada, necessitando da mediação do legislador para conferir eficácia ao dispositivo questionado, de forma a eliminar o perigo decorrente da demora do julgamento final da ação.³⁰

Acrescenta, ainda, que, objetivando mitigar o entendimento esposado no item *a*, que, a rigor, impossibilitaria a suspensão da eficácia de diversas normas inconstitucionais e teratológicas, o Pretório Excelso passou a entender que o *periculum in mora* também consiste na conveniência da concessão da liminar, cuja justificativa ontológica reside no caráter político que reveste o controle de constitucionalidade.³¹

No atinente ao disposto no item *b*, Nagib Slaibi Filho aduz a existência do pressuposto do *periculum in mora* inverso, considerado como sucedâneo do princípio da proporcionalidade, segundo o qual não se afigura viável a concessão de medida cautelar quando for presente a probabilidade de que a medida a ser concedida possa ser mais gravosa que o dano jurídico decorrente da eficácia da norma impugnada.³²

4.4 LEGITIMIDADE E OPORTUNIDADE PROCESSUAL

Em regra, a concessão de medida cautelar é requerida no bojo da petição inicial apresentada por um dos legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, cujo rol é previsto no artigo 103 da Constituição da República. Contudo, o Supremo Tribunal Federal já admitiu a possibilidade de solicitação após o ajuizamento da inicial, no caso de as circunstâncias posteriores justificarem a necessidade da cautelar.³³

28 RTJ147/32.

29 RTJ 155/433.

30 RTJ 148/693, 150/490 e 153/457.

31 RTJ 145/775 e 154/779

32 SLAIBI FILHO, Nagib. *Ação declaratória de constitucionalidade*". 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 137.

33 RTJ 141/394 e 151/739.

Da mesma forma, o Pretório Excelso entendeu por cabível a renovação do pedido de medida cautelar, anteriormente negada, quando do surgimento de fato novo apto a demonstrar o requisito do *periculum in mora* ou da conveniência de sua concessão.³⁴

4.5 PROCEDIMENTO

A Lei nº 9.868/99 estabelece que a medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade será concedida por maioria absoluta dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, sendo necessária a presença de, no mínimo, 8 (oito) membros, salvo no período de recesso (art. 10). Prevê, ainda, a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão se pronunciar no prazo de 5 (cinco) dias.

O Relator poderá dispensar a oitiva do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República e, caso julgue indispensável, determinará a sua manifestação no prazo de 3 (três) dias.

Outrossim, foi estabelecida a possibilidade de, em casos excepcionais, o Tribunal deferir a medida cautelar sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado (art. 10, § 3º).

Também foi prevista a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, converter o julgamento da medida cautelar em julgamento definitivo da ação, após a prestação das informações e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República (art. 12).

4.6 EFICÁCIA

Quanto à eficácia da medida cautelar, deve ser observado que a ação direta de inconstitucionalidade possui natureza especial, decorrente do caráter objetivo dos processos de controle abstrato de normas, o que enseja repercussão na eficácia da decisão liminar e final proferida.

É necessário salientar que o Supremo Tribunal Federal, ao exercer, em abstrato, o controle concentrado de constitucionalidade, atua como verdadeiro legislador negativo, haja vista que a declaração de inconstitucionalidade em tese encerra um juízo de

34 ADIMC nº 504/DF. Rel. Min. Paulo Brossard. DJ 13-3-1992. p. 2.921.

exclusão, que consiste em remover do ordenamento jurídico a manifestação estatal inválida e desconforme ao modelo jurídico-normativo consubstanciado na Constituição Federal de 1988.³⁵

Ademais, a declaração de inconstitucionalidade opera seus efeitos apenas no plano normativo, haja vista que a ação direta de inconstitucionalidade possui a finalidade precípua de tutelar a ordem jurídica objetiva.³⁶

A discussão acerca dos efeitos remanescentes da decisão, verificados no mundo dos fatos, deverão ser suscitados por meio do controle difuso de constitucionalidade, em processos autônomos.³⁷

Assim, a medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade, que tem por escopo a antecipação dos efeitos da sentença definitiva a ser proferida, terá alguns dos seus atributos e nela encontrará os seus limites.

Por essa razão, é assente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que a decisão liminar tem eficácia *erga omnes*³⁸ e produzirá, em regra, efeitos *ex nunc*³⁹, ressalvada a possibilidade, em casos excepcionais, que lhe sejam conferidos efeitos *ex tunc*⁴⁰.

Esse entendimento foi consagrado na Lei nº 9.868/99 que estabelece expressamente, em seu art. 11, § 1º, que a medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeito *ex nunc*, salvo expressa manifestação em sentido contrário. Ademais, em razão dos seus efeitos alcançarem toda coletividade, prevê o art. 11, *caput*, a necessidade de publicação da parte dispositiva da decisão, no prazo de 10 (dez) dias, em seção especial do *Diário Oficial* e do *Diário de Justiça* da União.

No caso de a medida cautelar suspender a eficácia de norma legal que haja revogado outra, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal esclarece que, sempre que possível, voltará a ter vigência a norma anterior revogada, impedindo o surgimento do

35 ADIMC nº 267/DF. Rel. Min. Celso de Mello. *DJ* 19-5-1995. p. 13.990.

36 O Ministro Moreira Alves afirmou, por ocasião do julgamento da RP nº 971/RJ: “A meu ver, a ação direta de inconstitucionalidade existe para tutelar a ordem jurídica objetiva, por isso nela se julga a inconstitucionalidade da lei em tese. Ela tutela a ordem jurídica vigente, e não a ordem passada, a ordem histórica. Os efeitos concretos que dela nasceram e que permanecem devem ser atacados em ação própria, e não indiretamente, por meio excepcional, que só se criou para fazer respeitar, no terreno do direito objetivo, o princípio da hierarquia das leis” (RTJ 85/758).

37 Min. Celso de Mello. RDA 197/187.

38 ADIMC nº 1.573/SC. Rel. Min. Sydney Sanches. *DJ* 5-9-1997. p. 41.870.

39 RTJ 131/1.023

40 RTJ 138/86.

vazio legislativo.⁴¹ Se a eficácia da cautelar for *ex nunc*, a norma anterior voltará a vigorar a partir da data da medida. Se a eficácia for *ex tunc*, a vigência da norma revogada não sofrerá solução de continuidade.

É importante observar que não se trata de hipótese de repristinação, em razão de que o instituto em exame tem como pressuposto a revogação constitucional, ou seja, válida, de um preceito por outro e o retorno do revogado à vigência por força de uma terceira norma, expressa nesse sentido, conforme prevê o art. 2º, § 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro.

A Lei nº 9.868/99 também disciplinou essa matéria ao estatuir que a concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior, acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário (art. 11, § 2º).

Por outro lado, assinala Gilmar Ferreira Mendes que uma das consequências jurídicas da decisão concessiva da medida cautelar — que afeta provisoriamente a vigência da norma — é a de, na sua concepção, impedir a aplicação da lei em todos os casos pendentes de apreciação no âmbito administrativo ou judicial.⁴²

Nesse aspecto, salienta Ives Gandra da Silva Martins, por seu turno, que a suspensão da eficácia e vigência da norma impugnada, a partir da decisão concessiva da medida cautelar, isto é, com efeitos *ex nunc*, não tem o condão de desconstituir as situações definitivas, o que se dará somente com a decisão final. Todavia, impedirá a constituição das relações jurídicas ainda pendentes.⁴³

A esse respeito, sustenta o Ministro Neri da Silveira que não cabe no juízo sobre o pedido de medida cautelar, que possui eficácia provisória, se extraíam conclusões acerca dos reflexos da decisão adotada sobre relações jurídicas diversas ou situações individuais constituídas pela anterior incidência da norma suspensa ou mesmo sobre os fatos jurídicos que possam suceder em virtude do julgamento cautelar.⁴⁴

4.7 RECURSOS

O Supremo Tribunal Federal assentou que a decisão concessiva de medida cautelar em sede de ação direta de inconstitucionalidade comporta a oposição de embargos de declaração para afastar obscuridade ou contradição, bem como para suprir omissão

41 RTJ 120/64.

42 MENDES, Gilmar Ferreira. A eficácia *erga omnes* da decisão concessiva de liminar em ação direta de inconstitucionalidade. *Repertório IOB de Jurisprudência*, nº 24/98. Caderno 1. p. 632.

43 Ob. cit., p. 145-146

44 ADIMCE nº 773/RJ. Rel. Min. Neri da Silveira. *DJ* 8-4-1994. p. 7.224.

existente no julgado.⁴⁵ Contudo, afastou a possibilidade dos embargos para suscitar questão jurídica nova⁴⁶ ou para conferir caráter infringente ao julgado.⁴⁷

A Corte, da mesma forma, não admite a interposição de agravo regimental contra decisão do Presidente do Tribunal, que no exercício da competência prevista no art. 13, VII, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, examina pedido de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade no período de recesso ou férias, haja vista que ela está sujeita a referendo pelo Plenário (arts. 13, VIII, e 21, IV e V, do RISTF), a quem fica devolvido o conhecimento integral do pedido, independentemente do recurso.⁴⁸

O Pretório Excelso também já negou a possibilidade de impetração de mandado de segurança contra ato do Plenário que concedera medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade, por considerar inadmissível o mandado de segurança contra ato jurisdicional da Corte, competindo ao Ministro Relator a denegação do seu seguimento.⁴⁹

5. AS MEDIDAS CAUTELARES EM OUTROS INSTRUMENTOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A necessidade do urgente restabelecimento, ainda que em caráter provisório, da integridade do ordenamento jurídico acarreta iguais consequências em outros instrumentos de controle de constitucionalidade, possibilitando a concessão de medida cautelar pelo Supremo Tribunal Federal.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 3, de 17-3-1993, que instituiu a ação declaratória de constitucionalidade — cuja decisão definitiva de mérito possui eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo —, foi retomada a discussão acerca da possibilidade ou não da concessão de medida cautelar, em razão da ausência de norma expressa que autorizasse o Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, o Pretório Excelso decidiu que, em ação dessa natureza, pode a Corte conceder medida cautelar que assegure, temporariamente, a mesma força e eficácia da

45 RPMCED nº 1.429/RN. Rel. Min. Aldir Passarinho. *DJ* 21-8-1987. p. 16.768.

46 ADIMCE nº 773/RJ. Rel. Min. Neri da Silveira. *DJ* 8-4-1994. p. 7.224

47 ADIMCE nº 1.030/SC. Rel. Min. Carlos Velloso. *DJ* 24-2-1995. p. 3.679

48 ADICRA nº 1.554/MA. Rel. Min. Sydney Sanches. *DJ* 8-5-1998. p. 1. e ADIMCA nº 548/DF. Rel. Min. Neri da Silveira. *DJ* 24-4-1992. p. 5.376.

49 AGRMS nº 21.734/DF. Rel. Min. Ilmar Galvão. *DJ* 15-10-1993. p. 21.623.

futura decisão de mérito, em razão de o poder de acautelar ser imanente ao de julgar, mesmo sem expressa previsão constitucional.⁵⁰

A Lei nº 9.868/99, ao disciplinar a matéria, dispõe, no art. 21, que o Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida cautelar na ação declaratória de inconstitucionalidade, consistente na determinação de que os juízes e Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo.

Entendimento contrário foi firmado quanto à ação de inconstitucionalidade por omissão.

O Supremo Tribunal Federal, considerando que a procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão enseja o reconhecimento judicial do estado de inércia do Poder Público, deixou assente que lhe compete, apenas, o poder de cientificar o legislador inadimplente para que adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional, assim como que é incabível a medida cautelar, haja vista que não se pode pretender que o mero provimento cautelar antecipe efeitos positivos inalcançáveis pela decisão final.⁵¹

A Lei nº 9.882, de 3-12-1999,⁵² que dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do art. 102, parágrafo único, da Constituição Federal — cabível quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição —, prevê a possibilidade da concessão de medida liminar pelo Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta dos seus membros, que poderá consistir na determinação de que juízes e Tribunais suspendam andamento de processos ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento, salvo se decorrentes da coisa julgada (arts. 1º e 5º).

6. CONCLUSÃO

Após a sucinta exposição sobre a medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade, sem o intuito de haver esgotado o tema, cuja complexidade e amplitude restou claramente demonstrada, pode-se concluir que a decisão concessiva da liminar

50 ADCMC nº 4/DF. Rel. Min. Sydney Sanches. DJ 21-5-1999. p. 2.

51 RTJ 133/569

52 *Diário Oficial* de 6-12-1999, Seção 1, p. 2-3.

acarreta uma profunda alteração no ordenamento jurídico, haja vista que promove a suspensão da eficácia e o afastamento da norma impugnada, em caráter provisório, bem como a restauração do direito anterior, que somente serão confirmados por oportunidade da decisão definitiva, se for reconhecida e declarada a inconstitucionalidade.

Portanto, em razão das consequências para o sistema normativo, sua concessão deve ser pautada por critérios rígidos, cujo exame tem sido realizado com inegável prudência pelo Supremo Tribunal Federal, conforme demonstram as decisões mencionadas.

7. BIBLIOGRAFIA

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1982.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1992.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1995.

FERRI, Regina Maria Macedo Nery. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade. *Revista dos Tribunais*. 4. ed. São Paulo, 1999.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. VIII, t. I, 1998.

LARA, Betina Rizzato. *Liminares no Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1994.

LOURENÇO, Rodrigo Lopes. *Controle da constitucionalidade à luz da jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A questão dos limites no poder cautelar geral. *RT*. nº 569. p. 13-30.

MARSHALL. John. *Decisões constitucionais de Marshall*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. p. 1-29.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Os efeitos das liminares nas ações diretas de inconstitucionalidade. *Repertório IOB de Jurisprudência*. nº 8/95. Caderno 1. p. 150-145

MENDES, Gilmar Ferreira. A eficácia *erga omnes* da decisão concessiva de liminar em ação direta de inconstitucionalidade. *Repertório IOB de Jurisprudência*. nº 24/98. Caderno 1. p. 634-632.

_____. *Controle de constitucionalidade — aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Ação declaratória de Constitucionalidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense. Vol. II, 1992.