

FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DE CONSTITUCIONALIDADE E MEDIDA CAUTELAR*

Edilson Pereira Nobre Júnior**

RESUMO

A expansão da jurisdição constitucional tornou necessária a instituição de mecanismos de urgência destinados a evitar que a pronta execução da lei ou ato normativo inconstitucional venha a resultar na formação de irreversível realidade, razão pela qual os sistemas jurídicos vêm se preocupando com a disciplina de providências cautelares mesmo no âmbito da fiscalização abstrata. Tal é atualmente disciplinado pelas Leis 9.868/99 e 9.882/99, cabendo a interpretação e o desenvolvimento dos respectivos preceitos ao Supremo Tribunal Federal, o que é o nosso objeto de análise neste escrito.

PALAVRAS-CHAVE: CAUTELAR. FISCALIZAÇÃO. ABSTRATA. CONSTITUCIONALIDADE. STF.

1. FISCALIZAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE E FUNÇÃO JURISDICIONAL (À GUIA DE INTRODUÇÃO).

O período inaugurado com o término da Segunda Guerra Mundial não assinala apenas a vitória de coalizão liderada, no Ocidente, pelos Estados Unidos. Há uma expansão, no continente europeu, da convicção que propende à dessacralização da lei. Ao contrário da América do Norte, cujas razões da independência das treze colônias inglesas residiram justamente na resistência às medidas opressoras emanadas do Parlamento britânico¹, as revoluções que, desde o final do século XVII, mudaram o colorido político da Europa, embasaram-se no culto à superioridade da lei, seja a Gloriosa de 1688, com o dogma da

* Escrito que condensa, com pormenor, exposição realizada pelo do autor no curso Filosofia e Direito: modernidade, razão, decisão – Hans Kelsen, Norberto Bobbio, Hanna Arendt e o *new criticism*, patrocinado pela Escola de Magistratura Federal da 5ª Região - ESMAFE – Núcleo Seccional da Paraíba, a qual teve lugar no dia 15 de agosto de 2009.

** Professor da UFRN e da UNP. Mestre e doutor em direito público pela Faculdade de Direito do Recife – UFPE. Juiz Federal lotado perante a 4ª Vara da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte.

¹ Resumo analítico das medidas legislativas que o Parlamento inglês impôs às colônias norte-americanas na segunda metade do século XVIII consta de Cristiano Paixão e Renato Bigliuzzi (2008, p. 102-116).

supremacia do Parlamento², até pouco tempo inquebrantável, seja a Francesa de 1789, de alcance universalista³.

A lição haurida da barbárie nazista aponta para a direção de que o legislador, no exercício de sua tarefa, não está liberto da observância dos direitos fundamentais. A Constituição deverá, a exemplo do sucedido com o modelo norte-americano, ser o parâmetro para evitar algo que por si só é abusivo, qual seja a infalibilidade da lei, em cujo nome muitas violações dos direitos humanos foram praticadas.

Diferentemente dos Estados Unidos, e talvez pelo fato dos Estados europeus se constituírem sob feição parlamentarista, ou semi-parlamentarista, bem como estarem judicialmente estruturados por sistemas que adotam a dualidade ou pluralidade de jurisdições (administrativa e comum), preferiu-se o arquétipo de tribunal ou corte constitucional, o qual usufrui do monopólio de excluir do sistema jurídico norma que, formal ou materialmente, contrarie a Lei Fundamental.

Para Stefano Maria Cicconetti (2006, p. 9), atento à elaboração da Constituição italiana de 1947, os motivos para a recusa da adoção de padrão similar ao norte-americano foram de duas ordens: a) evitar incertezas e diferenças na aplicação do direito pelos juízes, decorrentes da não-consagração do princípio do *stare decisis* relacionado às decisões da Corte de Cassação; b) não desequilibrar as relações entre os poderes do Estado, as quais poderiam ser sensivelmente afetadas se os juízes, indistintamente, pudessem bloquear a aplicabilidade das leis, em cuja formação e revogação há manifestação de função atribuída primacialmente ao Legislativo.

Porém, o que caracteriza, fundamentalmente⁴, tal modalidade de controle da legitimidade das normas é a singularidade de que, mais uma vez em contraposição à originalidade do *Marbury versus Madison*, o exame da validade do ato estatal impugnado é dotado de autonomia processual, constituindo o fim do julgamento, ao invés de constituir

² Observa Maurizio Fioravanti (2001, p. 145-146.) que a célebre soberania do Parlamento da Inglaterra não decorria da primazia política e institucional dos representantes do povo, como sucedeu na Revolução Francesa, mas pela concepção de que aquele não emanava de um pacto fundamental precedente, mas porque representava o próprio poder constituinte originário.

³ Os textos de então constituem demonstração cabal da imensa importância da lei. Prova disto são os arts. 4º, 5º e 6º, primeira parte, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, bem assim os arts. 4º, 6º e 9º, da Constituição do Ano I, de 24 de junho de 1793.

⁴ O emprego do advérbio “fundamentalmente” é proposital, justamente para que não se olvide, quanto aos sistemas alemão e espanhol, o recurso constitucional e o de amparo, nos quais há a defesa de direito fundamental por parte daquele que foi diretamente lesado por ato estatal. Não obstante, há, na doutrina, posicionamentos, como o de Dieter Grimm (2006, p. 184), para quem não somente motivos de ordem subjetiva justificam a admissão de um recurso constitucional, mas, igualmente, de ordem objetiva, quando, por exemplo, tribunais especializados se mostram insensíveis com determinado direito fundamental, ou quanto a determinado aspecto do direito fundamental, ou ainda quando, no caso concreto, puder ser notada uma atitude leviana com o direito fundamental.

apenas uma fase deste, necessária para a aplicação ou não de um ato normativo para a solução duma controvérsia⁵.

Essa característica, ao contrário do que possa parecer num primeiro súbito de olhos, não descaracteriza a natureza jurisdicional de tal modalidade de controle.

Pablo Pérez Tremps (1985, p. 13), sem embargo de reconhecer um colorido político ao julgamento de constitucionalidade, deixa claro que

la actividad que desarrolla la justicia constitucional desde esta perspectiva es plenamente jurisdicional sin que ni siquiera su supuesto carácter objetivo puede llegar a diferenciarla radicalmente de la desarrollada por otros tribunales.

Por seu turno, vislumbra Vitalino Canas (1986, pp. 21-22) o Tribunal Constitucional lusitano como autêntico órgão judicial, pois na estruturação e funcionamento deste se manifestam os requisitos mínimos para a sua identificação como tal, a saber: a) idoneidade, tendo em vista que os seus integrantes devem reunir habilitação profissional que garanta um abalizado exercício de suas funções; b) independência, pois os seus membros têm sua atividade disciplinada por estatuto, o qual os isenta de dependências externas e internas; c) inamovibilidade, como forma de garantir sua independência; d) imparcialidade, em face da previsão legal de cautelas que orientam seus membros a não julgarem causas onde possuam a mínima aparência de interesse.

O mesmo ponto de vista é encontrado em Louis Favoreu (2004, p. 32), pois, ao afirmar a fiscalização abstrata como lídima jurisdição, salienta que as cortes constitucionais, além de decidirem com a autoridade de coisa julgada, suas decisões são capazes de invalidar atos normativos com efeitos *erga omnes*.

O caráter jurisdicional da fiscalização abstrata acarreta o remate de que o desenvolvimento de sua atividade se opera através do processo.

Nalguns sistemas de fiscalização da constitucionalidade, dentre os quais a referência é ao Conselho Constitucional francês, ao qual se aponta conotação de controle político⁶, a atuação

⁵ Com propriedade, acentua Bonavides (1993, p. 238): “Nesse caso, impugna-se perante determinado tribunal uma lei, que poderá perder sua validade constitucional e conseqüentemente ser anulada *erga omnes* (com relação a todos)”.

⁶ Afirma Mauro Cappelletti (1984, p. 27) que o país que oferece o mais típico exemplo de um controle político, não judicial, de constitucionalidade, é a França, mas, na atualidade, há quem, como é o caso de Louis Favoreu (2005) considere o Conselho Constitucional como um alto Tribunal Constitucional, integrante da família das cortes e dos tribunais constitucionais europeus criados na Europa a contar da Segunda Guerra Mundial, por apresentar as mesmas características da função, composição e recrutamento dos membros destes.

fiscalizadora é unicamente preventiva. A entrada em vigor do ato normativo fica condicionada ao seu exame pelo órgão controlador. Significa dizer que a sua vigência somente ocorre ao depois do teste de constitucionalidade, não mais existindo, grosso modo, margem posterior para a investigação de sua constitucionalidade.

Nessas situações, norma a que se possa acoirar de inconstitucional não chega a ser aplicada.

Nos sistemas que adotam uma fiscalização posterior ou sucessiva, o fenômeno é distinto. A lei, ou ato normativo, passa desde logo a produzir efeitos, criando relações jurídicas as mais variadas, independentemente do seu conteúdo ser ou não conforme com a Lei Básica.

Desse modo, a violação à Constituição, perpetrada sob o pálio da presunção de constitucionalidade das leis, poderá produzir prejuízos de monta aos destinatários das relações jurídicas regidas pelo ato normativo ilegítimo, como, por exemplo, a criação de ônus financeiro ao erário, ou a instituição de tributo inválido em detrimento de grande número de contribuintes.

Isso sem contar que, sobrevindo declaração de inconstitucionalidade, esta poderá atingir situações cujo desfazimento, por não se haver oportunamente impedido a sua formação, afigure-se traumático, remetendo o tribunal à excepcional providência da outorga de efeitos declaratórios para o futuro. Significa, nestes casos, reconhecer a consumação irreversível de ofensa à ordem constitucional.

Empregando para denominar o fenômeno a expressão realidade inconstitucional, Konrad Hesse (1998, p. 52) ensina:

Isso não significa que na vida da coletividade não possa haver realidade que esteja em contradição com a Constituição ou que tal realidade deva ser considerada como insignificante. O importante é, antes, exatamente dirigir a atenção para ela e fazer aquilo que é necessário para impedir o nascimento da realidade inconstitucional ou para pôr a realidade novamente em concordância com a Constituição (HESSE, 1998).

Com vistas a evitar danos irreparáveis (ou o alastramento nocivo dos seus efeitos) em desfavor dos atingidos pelos comandos inconstitucionais, sejam os entes públicos na cura dos interesses da coletividade, sejam os cidadãos, forçosa a instituição, como existente no desenlace das controvérsias tradicionais, envolvendo disputa acerca de direitos subjetivos, de tutela cautelar para a suspensão dos atos normativos impugnados.

O seu exame constituirá o objeto desta exposição, para cujo desenvolvimento é impossível não enveredar, antecipadamente, por breve comentário acerca da experiência

estrangeira e da evolução que o instituto passou entre nós até sua previsão nas Leis 9.868/99 e 9.882/99.

2. A MEDIDA CAUTELAR NA EXPERIÊNCIA ESTRANGEIRA.

Há sistemas jurídicos nos quais o requerimento da fiscalização abstrata da constitucionalidade não suspende a eficácia das normas impugnadas, desprovendo-se o tribunal competente do atributo de deferir medidas cautelares.

É o caso de Portugal, de modo que, em havendo posterior pronúncia de inconstitucionalidade, tocará ao Tribunal Constitucional dispor sobre os efeitos que as normas hajam produzido. Assim se percebe pela leitura do art. 282º, n.ºs 3º e 4º, da Constituição de 1976.

Já noutros sistemas existem mecanismos que conferem ao órgão incumbido do julgamento da questão constitucional com eficácia geral adotar providências de conteúdo acautelatório.

Um exemplo reside no sistema germânico, cuja Lei do Tribunal Constitucional Federal, de 12 de março de 1951⁷, no seu §32, alude à possibilidade, permitindo ao Tribunal Constitucional regular uma situação provisoriamente por meio de medida cautelar, para o fim de rechaçar graves prejuízos, ou para impedir violência iminente, ou ainda em virtude de fundamento importante para o bem comum, podendo a decisão ser proferida, conforme o caso, sem procedimento oral⁸. Igualmente, por ocasião de urgência especial, poderá ser dispensada oportunidade para manifestação das partes no procedimento principal, dos legitimados à intervenção ou dos legitimados à declaração.

Caso a medida venha a ser deferida, ou negada, através de resolução, ou seja, sem procedimento oral, pode ser deduzida objeção, salvo se o interessado for o promovente do recurso constitucional previsto no §90. A objeção, cuja deliberação dar-se-á mediante procedimento oral, a ser concluído dentro de duas semanas, contadas da apresentação de seus fundamentos, não tem efeito suspensivo. Isto não impede que o Tribunal Constitucional suspenda a execução da medida cautelar.

Permite-se que o Tribunal Constitucional, ao comunicar às partes a concessão de medida cautelar, ou de objeção, labore sem encaminhar sua motivação, a qual deverá ser remetida às partes em separado.

⁷ A análise de tal diploma sucedeu com base em texto vertido para o português por Luís Afonso Heck (2003, pp. 231-257).

⁸ O procedimento oral, conforme se vê do §25, é a regra perante o Tribunal Constitucional Federal, somente podendo ser dispensado se as partes a ele renunciarem.

O prazo de vigência temporal da cautelar é de seis meses, passado o qual poderá ter seu restabelecimento por maioria de dois terços dos votos.

A competência para sua apreciação é de cada um dos Senados⁹, nos quais se divide o Tribunal Constitucional, com composição de oito juízes cada. É exigível, nos termos do §16, *quorum* de, no mínimo, seis juízes presentes. Em caso de exame de medida cautelar, existindo urgência especial, pode o pedido ser deferido por decisão unânime de três juízes, com prazo de vigência de um mês. Vindo o correspondente Senado a ratificá-la, o prazo de vigência prorrogar-se-á até seis meses.

Outro sistema jurídico onde a medida cautelar é prevista, embora de forma mais restrita, é o italiano. A restrição se dá porque há omissão no particular da fiscalização incidental a que se refere o art. 134 da Constituição de 1947, havendo previsão unicamente para o controle por via principal a que se refere o art. 127 do mesmo diploma e que versa sobre invasão de competência legislativa entre o Estado e uma Região, ou entre Regiões.

Cuida-se do disposto no art. 40 da *Legge* 87, de 11 de março de 1953, que disciplina o funcionamento da Corte Constitucional, ao proclamar:

A execução dos atos que deram lugar ao conflito de atribuições entre Estado e Região, ou entre Regiões, pode ser, durante a pendência do julgamento, suspensa pela Corte por graves razões, com ordenança motivada¹⁰.

O preceito legal não faz referência à observância do princípio dispositivo, ao tornar indispensável requerimento do promovente do conflito, o que parece conduzir à possibilidade de atuação da Corte Constitucional *sponte propria*. Há, contudo, opinião em contrário por parte de Gustavo Zagrebelsky (1977, p. 222) e Roberto Bin & Giovanni Pitruzzella (2002, p. 435), para quem tal deliberação pressupõe pedido do ente que instaura o conflito.

O legislador é expresso ao afirmar que a suspensão do ato normativo impugnado, a qual é tomada sob a forma de *ordinanza*¹¹, pressupõe a existência de graves razões, mostrando-se a Corte Constitucional ciosa na demonstração motivada de tal requisito¹².

⁹ Fazendo uma comparação com a estrutura dos tribunais pátrios, recai melhor a tradução por Seção ao invés de Senado. Quanto às Câmaras, que são divisões dos Senados (§15a.), a versão correta é a de Turma ou Câmara, conforme se proceda à analogia diante de tribunais regionais federais ou de justiça, respectivamente. Para uma compreensão da estrutura e organização do Tribunal Constitucional Federal alemão se recomenda leitura de introdução elaborada por Leonardo Martins a escrito de Jürgen Schwabe (2005).

¹⁰ “Art. 40. L’esecuzione degli atti che hanno dato luogo al conflitto di attribuzione fra Stato e Regione ovvero tra Regioni può essere, in pendenza del giudizio, sospesa per gravi ragioni, con ordinanza motivata, dalla Corte”. Disponível em: www.cortecostituzionale.it. Acesso em: 06-07-2009.

A menção a graves razões, interpretada num primeiro súbito de olhos, aparenta-se com a plausibilidade da arguição acrescida da possibilidade de danos graves e de difícil reparação.

Ainda no sistema italiano, uma particularidade há de ser ressaltada. Muito embora não haja previsão legal de medida cautelar nas questões de legitimidade constitucional, difusamente suscitadas à Corte nos termos do art. 134 da Constituição, combinado com o art. 23 da *Legge* 87/1953, vem se concebendo que o juiz suscitante, enquanto aguarda o pronunciamento da Corte Constitucional, em havendo necessidade de providência de urgência, suspenda a incidência, no caso concreto, do ato impugnado, enfrentando questionamento de constitucionalidade tanto em face de normas processuais quanto materiais.

Trata-se, segundo expõe Augusto Cerri (2001, p. 139-141)¹³, o qual cita vários precedentes, de poder decisório autônomo e de incisivo relevo, visando a impedir que o fim da tutela jurisdicional reste em vão durante a expectativa do juízo de constitucionalidade. É de se averbar que tal prerrogativa não autoriza o juiz da causa à solução definitiva da tutela de urgência, devendo, assim, aguardar que a Corte Constitucional se pronuncie sobre a questão que lhe foi submetida¹⁴.

¹¹ Para um melhor esclarecimento, as decisões proferidas pela Corte Constitucional italiana assumem duas formas, a saber: a) *sentenza*, através das quais são emitidos os julgamentos definitivos sobre matéria de sua competência; b) *ordinanza*, as demais decisões. Neste particular, consultar o art. 18 da *Legge* 87/1953. A *ordinanza* deve ser motivada de forma concisa.

¹² Prova disso está nas *Ordinanze* 122/1975 e 115/1976, nas quais se rejeitou o pedido de suspensão. Inteiro teor disponível em: www.giurcost.org. Acesso em: 17-07-2009.

¹³ Expondo a visão da doutrina sobre o assunto, eis as palavras do autor (*loc. cit.*, p. 141): “A solução seguida pela Corte parece implicar um poder do juiz de desaplicar a lei (cfr., neste sentido, PACE, 1968 e BORRÈ), não obstante em via extremamente provisional; uma recente reconstrução diversa e perspicaz (M. ESPOSITO) considera que esta desaplicação da lei seja só aparente, porque derivaria, por via automática, da <<suspensão>> da aplicação daquela, conseqüente à introdução do juízo de constitucionalidade; não se trataria, portanto, de um poder particular do juiz, mas duma condição do ato fonte. É verdadeiro, porém, que suspender a aplicação não equivale a desaplicar, como de resto mostra a experiência tedesca em tema de *Unvereinbarkeit* (que, em hipóteses de institutos indefectíveis, não exclui diretamente a aplicação)” (La soluzine seguita dalla Corte sembra implicare un potere del giudice di disapplicare la legge (cfr., in questo senso, PACE, 1968 e BORRÈ), sai pure in via di estrema provvisorietà; una recente diversa ed acuta ricostruzione (M. ESPOSITO) ritiene che questa disapplicazione della legge sia solo apparente, perché discenderebbe in via automatica dalla <<sospensione>> dell’applicazione di essa, conseqüente all’introduzione del giudizio di costituzionalità; non, dunque, di un potere particolare del giudice si tratterebbe, ma di una condizione dell’atto fonte. È vero, però, che sospendere l’applicazione non equivale a disapplicare, come del resto mostra anche l’esperienza tedesca in tema di *Unvereinbarkeit* (che, in ipotesi di istituti indefettibili, non esclude addirittura l’applicazione)”. Particularmente ao autor, o fenômeno evidencia a tendência atual do juiz de formular a questão de legitimidade constitucional em termos de afirmativa censura e não mera dúvida para, em seguida, tornar iniludível a desaplicação da lei em via provisória.

¹⁴ Ver a *Sentenza* 249/1996, relativa à questão de legitimidade constitucional do art. 31 – bis, inciso 3, da *Legge* 109, de 11 de fevereiro de 1994, e do art. 1º, inciso 2, da *Legge* 216, de 02 de junho de 1995, na qual o Tribunal Administrativo da Lombardia, que atuou como um dos suscitantes, suspendeu temporariamente os preceitos impugnados, com expressa ressalva de reexame da medida ao depois da definição do tema. Disponível em: www.giurcost.org. Acesso em: 07-08-2009.

Similar ao itálico se apresenta o modelo hispânico. No que concerne à questão de constitucionalidade, a ser submetida pela jurisdição ordinária ao Tribunal Constitucional quando, nos casos concretos, considere uma norma, de relevância para o julgamento, como incompatível com a Constituição, o art. 163¹⁵ desta afastou o seu efeito suspensivo.

Sobre as possíveis interpretações que se têm imputado à parte final do referido preceito magno, assinala Ignacio Torres Muro¹⁶, que oscilam entre a não- suspensão da eficácia da lei e o não sobrestamento do processo do qual surgiu a questão de legitimidade constitucional.

Já num dos tipos de processo de sua competência, qual seja a deliberação sobre os conflitos de competência entre o Estado e as Comunidades Autônomas, há previsão de medida de urgência tendente à paralisação temporária da aplicação do ato impugnado.

Cuida-se do art. 161.2 da Constituição de 1978¹⁷, ao mencionar que o Governo poderá impugnar as disposições e resoluções adotadas pelos órgãos das Comunidades Autônomas. O só oferecimento da impugnação tem o condão de, só por só, acarretar a suspensão da disposição ou resolução. Tal efeito, todavia, ficará condicionado à sua ratificação no prazo de até cinco meses.

Vê-se que não é qualquer conflito que conduz à suspensão em causa, mas apenas quando o ato impugnado emanar das Comunidades Autônomas e, mesmo assim, caso aquele venha a ser provocado pelo Governo.

Ainda no âmbito dos tribunais constitucionais europeus, desperta atenção o exemplo da Corte de Arbitragem belga. A Lei Especial de 06 de janeiro de 1989, ao disciplinar, com detalhamentos, o recurso de anulação de lei, decreto, ou norma elaborada nos termos do art. 134 da Constituição (leis regionais)¹⁸, aborda, no seu Título I, Capítulo I, Seção III, o instituto da

¹⁵ Artículo 163. Cuando un organo judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos. Disponível em: www.tribunalconstitucional.es. Acesso em: 17-07-2009.

¹⁶ Trata-se de comentário ao art. 163 da Constituição da Espanha que se encontra disponível em: narros.congreso.es/constitucion. Acesso em: 14-07-2009.

¹⁷ Artículo 161.1 El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer: (...) 2. El Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autônomas. La impugnación producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida, pero el Tribunal, en su caso, deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses. Disponível em: www.tribunalconstitucional.es. Acesso em: 17-07-2009. Em sede legislativa, tal competência está prevista pelo art. 61.2 da Lei Orgânica 2, de 03 de outubro de 1979.

¹⁸ O exame do diploma legal foi realizado com versão em francês disponível em: www.const-court.be. Acesso em: 14-07-2009.

suspensão do ato inquinado de violar a Lei Maior, sendo de destacar que o seu art. 19 permite que a Corte profira decisão motivada, a instância do requerente¹⁹.

Limitando a competência da Corte, a fim de evitar o desprestígio da função legislativa, o art. 20 prescreve que a suspensão somente poderá ser deliberada em duas situações. A primeira delas corporifica os pressupostos do poder geral de cautela, estando representadas pela seriedade das razões invocadas e pelo fundado receio de que a execução da lei ou ato normativo provoque o risco de causar prejuízo grave e de difícil reparação.

A outra hipótese sucede quando o recurso de anulação é manifestado contra uma norma idêntica ou semelhante a que restou invalidada por decisão anterior da Corte de Arbitragem e, mesmo assim, foi adotada pelo mesmo órgão legislativo.

Assemelha-se, numa correlação com o sistema jurídico pátrio, a uma reclamação para fins de preservação da decisão vinculativa da Corte, à qual é aparelhada com a antecipação dos seus efeitos. O dispositivo é hábil para demonstrar que a deliberação vincula também o legislador, ao contrário do que aqui se tem entendido.

O pedido de suspensão, o qual poderá ser deduzido juntamente com o recurso de anulação, ou por petição distinta, deve conter os fatos que tornem plausível que a aplicação imediata da norma atacada possa causar um prejuízo dificilmente reparável. Promovida mediante pleito distinto, a petição deverá indicar a norma objeto do recurso de anulação.

O aresto que ordena a suspensão, o qual é estatuído motivadamente pela Corte sem demora, é redigido em francês, holandês e alemão, sendo, a requerimento do escrivão, publicado no *Moniteur belge*, na íntegra ou por extrato, no prazo de cinco dias de sua pronúncia. Passa a produzir efeito a partir de sua publicação.

Deliberado o pedido de suspensão, compete à Corte julgar o recurso de anulação, no intervalo improrrogável de três meses. Caso assim não ocorra, a suspensão cessará imediatamente sua eficácia.

Interessante é uma remissão ao sistema norte-americano. À primeira vista, é possível apontar para uma impropriedade, haja vista que este escrito tem por objeto abordagem da medida cautelar diante dos ordenamentos que, em sede de controle da conformidade dos atos dos poderes constituídos à obra do poder constituinte, adotam modelo abstrato, objetivo, no qual

¹⁹ Pelo art. 2º da Lei Especial de 06 de janeiro de 1989, estão legitimados para a interposição dos recursos o Conselho de Ministros, o Governo de região ou comunidade, toda pessoa física ou jurídica que apresente interesse justificado, ou ainda pelos presidentes das assembléias legislativas, a pedido de dois terços de seus membros.

a verificação se resume ao cotejo entre a Constituição e o ato estatal, sem relação com a solução de conflitos de interesses que venham surgir com a execução deste.

Ledo engano. Conforme vem observando a doutrina, o padrão norte-americano, com o passar do tempo, não mais guarda a pureza original do modelo concreto inaugurado em 1803. Tem avançado, nalgumas hipóteses, para uma visão abstrata, mediante o ataque autônomo à lei.

Em escrito pioneiramente publicado nestas plagas, George H. Jaffin (1941, p. 282 e 286-287) mostrou que, ao lado das tradicionais vias da exceção de constitucionalidade e da *injunction*, adveio o surgimento duma terceira, consistente na ação declaratória, a qual, inicialmente desenvolvida no âmbito das cortes estaduais, obteve, no âmbito do Judiciário Federal, regulamentação mediante lei do ano de 1934.

Ao contrário do majoritariamente afirmado pela doutrina, é admissível asseverar, como o faz Eduardo Vírgala Foruria (2001, p. 83), que, nos Estados Unidos da América, existe controle abstrato de normas, o qual é valioso componente formal da produção normativa em determinadas áreas, especialmente quanto à liberdade de expressão e o direito à intimidade.

No correspondente procedimento, o qual principia perante o juízo de primeiro grau que, na organização judiciária federal norte-americana, equivale ao Tribunal do Distrito, há a possibilidade, nas situações relacionadas com a Primeira Emenda à Constituição de 1787, de vir a lume provimento de suspensão da norma jurídica impugnada.

Tal se dá em duas fases. A primeira delas, de natureza preliminar (*preliminary injunction*), consiste em ordem restritiva temporal deferida pelo tribunal distrital, tendo em vista a aplicação da lei pelos agentes da Administração poder acarretar prejuízos de ordem irreparável. Ao depois, tal providência poderá ser ordenar, ou ratificada, quando o juiz se pronuncia sobre o mérito da controvérsia (*final injunctive relief*). Em ambas os casos, os interditos de suspensão desafiam recurso de apelação para os tribunais de circuito (28 US Code § 1292).

O autor, às páginas 79-82 do trabalho referido, brinda-nos com a narrativa seguinte: em 21 de outubro de 1998 foi promulgado o *Child Online Protection Act* (Lei de proteção à infância na Internet), conhecida pela sigla COPA, a qual modificou a Parte I, Título II, e acrescentou uma nova seção, de número 231, a *Communications Act* (Lei de comunicações) de 1934.

Em 22 de outubro de 1998, a *American Civil Liberties Union* (Associação Americana de Direitos Civis), juntamente com outras dezoito organizações, ajuizou demanda civil perante o Tribunal Federal do Distrito Leste da Pensilvânia contra o Fiscal Geral, postulando uma decisão

declarativa da inconstitucionalidade da seção 231 da COPA, juntamente com interdito de suspensão de sua aplicação.

Em 19 de novembro de 1998, um dia antes da entrada em vigor da lei impugnada, o Juiz Lowell A. Reed, após a ouvida da parte adversa, deferiu uma ordem restritiva temporal (*temporary restraining order*) e um interdito preliminar (*preliminary injunction*), para impedir o Fiscal Geral, ou qualquer outro funcionário público, de aplicar, nos limites territoriais de sua jurisdição, a nova seção 231, louvado na plausibilidade do pedido, na existência de dano irreparável e na ausência de ofensa ao interesse público. A suspensão foi confirmada quando da decisão de mérito, proferida em 01 de fevereiro de 1999, a qual foi mantida por ocasião do julgamento de apelo pelo Tribunal do Terceiro Circuito.

Vê-se daí que, sobre existir fiscalização abstrata da constitucionalidade nos Estados Unidos, não se descartou a possibilidade de medida cautelar, para o fim de evitar danos em face da reiterada aplicação da lei supostamente inconstitucional.

3 ANTECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO.

Examinados paradigmas alienígenas, mesmo superficialmente, segue-se importante o exame do direito pátrio. Principiamos pelos primeiros experimentos com o instituto.

O princípio de tudo se deu com a representação interventiva prevista no art. 8º, parágrafo único, da Constituição de 1946²⁰.

Isso porque, dentre as causas justificadoras da intervenção federal nos Estados, o art. 7º, VII, alíneas *a* a *g*, mencionava a não-observância, pelos poderes constituídos estaduais, dos princípios que enumerava²¹.

Em se verificando suposta ofensa a tais princípios, tocava ao Procurador-Geral da República submeter o ato ao exame do Supremo Tribunal Federal, o qual poderia declarar a sua inconstitucionalidade²². Declarada esta, se o poder estadual persistisse na manutenção do ato, a

²⁰ A previsão do art. 12, §2º, da Constituição de 1934, não pode ser invocada para o fim aqui sob exame. Demais da breve vigência de tal diploma, cuidava o dispositivo de representação destinada à aferição da constitucionalidade da lei que decretasse a intervenção. Penso que, na verdade, equivale ao antepassado mais remoto da atual ação declaratória de constitucionalidade.

²¹ Tais princípios, ditos sensíveis, consistiam na: a) forma republicana representativa; b) independência e harmonia dos poderes; c) temporariedade das funções eletivas, limitada a duração destas à das funções federais; d) proibição de reeleição de Governadores e Prefeitos, para o período imediato; e) autonomia municipal; f) prestação de contas da Administração; g) garantias do Poder Judiciário. Correspondem, com algumas diferenciações, aos princípios listados no art. 34, VII, da Constituição em vigor.

²² Ocupava-se a medida de impugnação abstrata do ato estadual frente aos princípios constitucionais do art. 7º, VII, alíneas *a* a *g*, da Lei Maior de 1946. Essa a impressão de Themístocles Brandão Cavalcanti (1966, p. 103): “Como se vê, a arguição é restrita a determinada matéria (art. 7º, VII, da Constituição) e só se pode referir à finalidade da intervenção, ou melhor, aos efeitos finais da intervenção, visando o

intervenção seria decretada mediante lei, podendo o Congresso Nacional limitar-se à sua suspensão, caso esta medida baste para o restabelecimento da normalidade no Estado.

Disciplinando o procedimento de referida ação, veio a lume a Lei 2.271, de 22-07-54, a qual, no seu art. 4º, previu aplicação, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, do rito do mandado de segurança.

Abstraídas suas críticas, a opção legislativa teve o mérito de permitir o exercício do poder geral de cautela nas representações interventivas. O *leading case* sucedeu com decisão monocrática do Min. Victor Nunes Leal nos autos da Representação 467²³, destinada à impugnação da Lei 2.152, de 20-11-57, do Estado do Rio Grande do Norte, a qual criava o respectivo tribunal de contas.

Ao depois de sustentar ser a suspensão liminar do ato impugnado peculiaridade do mandado de segurança, aludido magistrado acentuou sua pertinência na representação em causa, salientando que: a) para sua concessão se exigem a relevância do fundamento do pedido e o risco de ineficácia do provimento jurisdicional, caso não venha a ser deferida a liminar; b) na forma do art. 14 da Lei 1.533/51, bem assim da prática diuturna, a suspensão liminar no mandado de segurança compete ao relator quando se tratar de impetração perante tribunal²⁴.

A postura foi seguida por ocasião da Representação 466, destinada a impugnar o Ato Constitucional nº 1, de 29-12-1961, da Assembleia Legislativa da Guanabara, através de despacho do Min. Ari Franco, o qual, apesar de prejudicado o agravo regimental que o combatia, foi, à feição de *obter dictum*, reputado correto pela maioria do tribunal pleno²⁵. Não obstante, na assentada houve resistência esgrimida pelo Min. Luiz Gallotti, ao sustentar que, dentre os dispositivos regentes do procedimento do mandado de segurança que a Lei

respeito à Constituição e às normas fundamentais da Federação. Mas, na verdade, é uma arguição direta de inconstitucionalidade de ato de um dos poderes estaduais em face do art. 7º, VII, da Constituição Federal”.

²³ O decisório foi publicado no Diário da Justiça, edição de 30-01-61. Partes substanciais da referida decisão monocrática foram transcritas na RTJ 23/37-38.

²⁴ Interessante a transcrição de parcela do decisório, imediatamente seguinte à reprodução do art. 7º, nº II, da Lei 1.533: “Em face dessa norma, são bastantes dois requisitos para a suspensão: a relevância do fundamento do pedido e o risco da ineficácia da sua eventual concessão ulterior. O §2º do art. 324 do Código de Processo Civil, revogado pela legislação especial, exigia para a suspensão liminar que do ato impugnado pudesse resultar lesão grave ou irreparável ao direito do “requerente”. O texto atualmente em vigor que se contenta com o risco de ineficácia da medida, não tem, portanto, a menor incompatibilidade com os objetivos da representação prevista no art. 8º, parágrafo único, da Constituição. Por outro lado, na conformidade do art. 14, da Lei 1.533, e da prática diuturna, a suspensão liminar do mandado de segurança compete ao relator do processo, quando impetrado a algum tribunal” (RTJ 23/37-38).

²⁵ Fato pitoresco, por ocasião do processamento da Representação 466 – GB se deu com declaração bombástica do Governador Carlos Lacerda ao Jornal do Brasil, afirmando que o Min. Ary Franco demonstrara não conhecer a Constituição, pois a inconstitucionalidade dum lei somente poderia ser declarada por maioria absoluta.

2.271/54 manda aplicar à representação para fins de intervenção federal, não se inclui o inerente à medida liminar, tendo em vista: a) a representação, ao invés do mandado de segurança, não configurar remédio de caráter urgente, em virtude do prazo para informações ser dilatado (45 dias); comportar o seu julgamento embargos com efeito suspensivo; e necessitar o seu julgamento de inclusão em pauta; b) o mandado de segurança, ainda quando sua decisão for declaratória, porta carga executória, o que não acontece com a representação, cuja decisão tem seus efeitos executórios dependentes da elaboração de lei federal.

Posteriormente, coube à Lei 4.337, de 01-06-64, regular o procedimento da representação interventiva, havendo silenciado sobre a possibilidade de concessão de medida cautelar. Talvez visando prescindir desta, dispôs, no seu art. 5º que, em compreendendo o relator que a decisão da espécie reclama urgência, em face de relevante interesse da ordem pública, poderá requerer, com ciência das partes, a imediata convocação do tribunal e, em este se achando esclarecido, poderá, suprimindo os prazos previstos no seu art. 3º, proferir julgamento sobre o mérito do pedido.

A matéria somente voltaria à baila sob a vigência da Constituição de 1967, a qual, além da representação interventiva, contemplava a representação de inconstitucionalidade para a impugnação de lei em tese²⁶, atualmente substituída pela ação direta de inconstitucionalidade.

Tratou-se da Representação 933 – RJ²⁷, ajuizada para a declaração de inconstitucionalidade de preceitos da Resolução 01, de 24-03-75, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a qual disciplinava provimentos no âmbito da magistratura. O Procurador-Geral da República requereu, com arrimo no art. 175 combinado com o art. 22, IV, ambos do então Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, bem assim à consideração de que os dispositivos impugnados versavam sobre acesso ao tribunal, promoções, remoções e permutas, a suspensão prévia daqueles, para garantir a eficácia da ulterior decisão da causa.

Submetido o requerimento ao Plenário, o relator, Min. Thompson Flores, mesmo considerando a natureza declaratória, ou constitutiva negativa, do édito judicial derivado da representação, de acordo com as lições de Buzaid e Pontes de Miranda, respectivamente, afirmou ser admissível, em tese, o adiantamento da prestação jurisdicional sob a forma de medida cautelar. Enumerou alguns argumentos, a saber: a) a não suscetibilidade de revisão da decisão declaratória da inconstitucionalidade, bem assim o caráter compulsório da atuação do Senado Federal quanto à sua suspensão, não justificaria que continuasse o preceito normativo

²⁶ Na verdade, tal instituto surgiu por acréscimo de nova redação à alínea *k* do art. 101 da Constituição de 1946, com a promulgação da EC 16, de 26-11-65.

²⁷ A íntegra do julgado se encontra na RTJ 76/342-353.

viciado a comportar execução; b) tal instituto não constituir novidade no direito brasileiro, pois, desde o advento da Lei 2.271/54, aplicou-a o Supremo Tribunal Federal nas Representações 467 e 466, mediante decisão monocrática, de modo que, atualmente, sendo apreciada pelo Plenário, não haveria o receio manifestado por alguns doutrinadores, dentre os quais Themístocles Brandão Cavalcanti²⁸; d) a Lei 5.778/72²⁹, a qual dispõe sobre a representação interventiva, para o fim da intervenção estadual nos municípios, expressamente, concebeu a possibilidade de cautelar, atribuindo sua análise ao relator, devendo-se notar que, embora tal remédio jurídico não tenha o alcance voltado para a hipótese dos autos, assemelha-se com esta.

O pronunciamento enfrentou vigorosa oposição do Min. Xavier de Albuquerque³⁰, cujo raciocínio se alicerçou no seguinte: a) ainda que se possa admitir que os dispositivos regimentais, ao permitirem ao relator submeter ao Plenário ou às Turmas, nos processos de sua competência, medidas preventivas necessárias à proteção de direitos suscetíveis de dano grave e de difícil reparação, ou garantir a eficácia de futura decisão, tal não seria aplicável à espécie, porque, uma vez declarada inconstitucional a norma combatida, não se haverá constituído direito de nenhuma espécie, pelo que a suspensão liminar, ou a ausência desta, em nada alterará a eficácia do julgado; b) a decisão do Supremo Tribunal Federal se limita à eventual declaração da inconstitucionalidade da lei, em processo de cognição abstrata, com alheamento dos direitos subjetivos envolvidos; c) sendo a suspensão da lei prerrogativa do Senado, de modo a que o Supremo Tribunal Federal não poderia antecipar prestação jurisdicional numa extensão não compreendida nos efeitos da correspondente decisão definitiva³¹.

Acudiu em defesa do posicionamento do relator o Min. Rodrigues Alckmin, ao ressaltar que o poder geral de cautelar é inerente à função jurisdicional e, mesmo que se tratasse de ação

²⁸ Eis a crítica lançada pelo referido doutrinador, ao comentar as decisões proferidas nas Representações 467 e 466: “O que parece, porém, desaconselhar a suspensão, já agora abolida pela lei vigente, é a concessão de poderes sobre matéria tão relevante a um único juiz do Tribunal, o que poderá produzir consequências jurídicas e políticas que deveriam ser estranhas à medida requerida, envolvendo politicamente o Tribunal” (op. cit., p. 131).

²⁹ Sob a vigência da Constituição anterior, adveio a Lei 5.778, de 16-05-72, disciplinando a representação a que fazia referência o seu art. 15, §3º, alínea *d*, relacionada à intervenção dos estados nos municípios, para assegurar a observância dos princípios indicados na Constituição estadual, bem como para prover à execução de lei ou de ordem ou decisão judiciária. No seu art. 2º, atribui-se ao relator o atributo de, a requerimento do Ministério Público estadual, suspender liminarmente o ato impugnado.

³⁰ Contou a divergência com a adesão dos Ministros Bilac Pinto e Eloy da Rocha.

³¹ Pode-se, mais adiante, vislumbrar que dessa maioria, reforçada aproximadamente dois anos após pelo Min. Moreira Alves, então requerente da medida em causa, resultou compreensão que desaguou na Emenda Regimental aprovada no Processo Administrativo 4.477 – 2 (DJU de 16-05-77, p. 3.124), no sentido de que a comunicação pelo Supremo Tribunal Federal ao Senado, para o exercício da competência de suspensão da norma declarada inconstitucional, referida no art. 42, VII, da Lei Maior pretérita, somente ocorreria nas hipóteses de fiscalização concreta, porquanto, na impugnação do ato normativo em tese, tal efeito decorreria, só por só, da decisão do tribunal.

direta de inconstitucionalidade³², haveria possibilidade de acautelamento, desde que a parte formal alegue sua necessidade para, ao final, a decisão não encontrar situação que torne impossível sua eficácia.

Promulgada a EC 07/77 à Constituição de 1967, incorporou-se ao rol de competências originárias do Supremo Tribunal Federal, previstas no art. 119, I, a alínea *p*, mencionando o pedido de medida cautelar nas representações oferecidas pelo Procurador-Geral da República. A sistemática foi ratificada pelo art. 102, I, alínea *p*, da Lei Fundamental vigente, com a distinção de que a nova ordem constitucional teve o inestimável mérito de haver ampliado a legitimidade para ativação da impugnação direta da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo perante o Pretório Excelso, outrora exclusividade do Procurador-Geral da República.

4 MEDIDA CAUTELAR: CABIMENTO, COMPETÊNCIA E REQUISITOS.

É nota assente a de que a fiscalização abstrata abarca, nestas plagas, quatro espécies de ações, quais sejam a ação direta de inconstitucionalidade por ação, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Apenas quanto à primeira há previsão explícita no texto constitucional de competência para o deferimento de medida cautelar³³.

A observação acima não é despida de relevo. A fiscalização abstrata da constitucionalidade tem como um dos seus naturais efeitos o expurgo da norma jurídica examinada do sistema jurídico, caso reste verificado o seu descompasso com os princípios e regras que àquele servem de suporte. Significa dizer que é idônea para invalidar o produto resultante da função legislativa, desenvolvida pelo Parlamento, cujos integrantes receberam tal encargo da manifestação de vontade dos cidadãos.

Em vista disso, segue-se que uma competência com tal magnitude precisa possuir respaldo expresso do texto constitucional. Assim se pronuncia Stefano Maria Cicconetti (2006, p. 6), ao dizer que a atribuição, em via de exclusividade, a um determinado órgão, da competência para o controle exclusivo da constitucionalidade de atos normativos demanda a existência duma norma que tal atribuição positivamente a estabeleça.

³² A expressão foi utilizada no referido pronunciamento (RTJ 76/349), precedendo, assim, a nomenclatura eleita pelo Constituinte de 1988 (art. 102, I, *a*).

³³ Um breve comentário é comportável: embora a dicção constitucional (art. 102, I, *p*, CF) empregue o termo “cautelar”, assinala, com acerto, André Ramos Tavares (2001, p. 351) que o vocábulo não deve jamais ser compreendido nos moldes que a sua carga semântica é imposta pela doutrina e legislação processual, devendo haver certa gentileza interpretativa para que compreenda toda e qualquer medida urgente, inclusive os provimentos antecipatórios.

No particular da ação declaratória de constitucionalidade, a despeito do silêncio do constituinte derivado por ocasião da promulgação da EC 03/93, o Supremo Tribunal Federal superou o óbice, fazendo sob o argumento de que não seria sensato afastar-se o poder cautelar em hipótese na qual a eventual decisão de mérito, caso reconheça a constitucionalidade da norma analisada, venha portar não só efeito *erga omnes*, mas também vinculativo. Tal sucedeu na ADC 4-6³⁴, relacionada com o art. 1º da Lei 9.494/97, em cuja motivação também se invocou o precedente da Representação 933 – RJ.

Quanto à ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão, o Pretório Excelso excluiu, de forma preemptória, pode-se dizer, a possibilidade de medida cautelar por ocasião das ADI 361 – 5 – DF³⁵ e 267 – DF³⁶. A motivação para tanto consistiu na incompatibilidade do instituto com o poder geral de cautela, haja vista que os efeitos da decisão de mérito estariam circunscritos à mera comunicação ao Poder Legislativo³⁷.

Na província da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nenhuma controvérsia surgiu acerca do cabimento ou não da medida cautelar. A razão foi simples: muito embora a Constituição não seja expressa no ponto, o seu art. 102, §1º, conferiu ao legislador o apanágio de traçar a disciplina do instituto, tarefa implementada pela Lei 9.882/99, cujo art. 5º previu a possibilidade de deferimento de liminar.

A remissão ao legislador – asseverei em escrito anterior (NOBRE JÚNIOR, 2004, p. 117) – não se limita ao estabelecimento do rito para o processamento do pedido, devendo, por

³⁴ Pleno, mv, rel. Min. Sydney Sanches, DJU de 21-05-99. Destaco alguns trechos do raciocínio desenvolvido pelo relator: “(...) 6. Surge aqui a indagação: é razoável afastar-se o poder cautelar do Supremo Tribunal Federal justamente nas hipóteses em que suas eventuais decisões de mérito, pela procedência da ação, terão não só “*eficácia contra todos*” mas e principalmente “*efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo*”, como estabelece o §2º do art. 102?. Ou terá ocorrido mera inadvertência do legislador constituinte derivado, ao instituir a ação direta de constitucionalidade, sem cuidar do poder cautelar do Supremo Tribunal Federal, em processo dessa natureza? A falta de previsão expressa do poder cautelar significa, necessariamente, que ele inexistia? (...)”.

³⁵ Pleno, v.u., rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 05-10-90.

³⁶ Pleno, mv, rel. Min. Celso de Mello, DJU de 19-05-95.

³⁷ Não olvidar que, em sede de mandado de injeção (Questão de Ordem no MI 107 – 3 – DF, Pleno, v.u., rel. Min. Moreira Alves, DJU de 21-09-90), aventou-se a possibilidade de cautelar quando, tratando-se de direito fundamental a ser exercido contra o Estado, mas cujo exercício esteja inviabilizado por força da omissão inconstitucional, o que se materializaria, enquanto não colmatado o vácuo normativo, com suspensão dos respectivos processos judiciais e administrativos, para que não advenha insucesso ao interessado. O tema poderá voltar à baila, para repensar, diante das novas tendências do Supremo Tribunal Federal quanto aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade por omissão, conforme evidenciado no julgamento da ADI 3.682 – 3 – MT (Pleno, mv, rel. Min. Gilmar Mendes, DJU de 06-09-2007) e dos MI 721-7/DF (Pleno, v.u., rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 30-11-2001) e 712/PA (Pleno, mv, rel. Min. Eros Grau, DJE de 30-10-2008).

igual, referir-se às modalidades de decisões que competem ao Pretório Excelso, bem como aos seus efeitos.

Essa prática, no âmbito da jurisdição constitucional, vem granjeando prestígio, conforme se pode notar das Constituições alemã (art. 94.2)³⁸ e hispânica (art. 165)³⁹.

A competência em discussão foi exercida em várias oportunidades, destacando-se as ADPF 10 – AL⁴⁰, 33 – 5⁴¹, 47 – 5 - PA⁴², 54⁴³, 79⁴⁴ e 130 – 7 - DF⁴⁵.

Numa ligeira digressão, manifesto-me pela utilidade da medida cautelar nas ações inerentes à fiscalização abstrata. Possível argumento, fundado no art. 12 da Lei 9.868/99, segundo o qual, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e segurança jurídica, poderia o Pretório Excelso, quando do exame de medida cautelar, julgar de logo o pedido articulado em ação direta de inconstitucionalidade, não faz com que possa sugerir a abolição do instituto.

É que, muitas vezes, mesmo presentes tais situações, o exame da constitucionalidade ou não dum ato normativo não depende, unicamente, do cotejo da letra deste com a inscrita no Texto Magno. Determinadas matérias, por sua complexidade, fazem com que haja necessidade de uma instrução apurada, com o sopesar de informes colhidos por especialistas através de audiência pública, ou por outro meio⁴⁶.

³⁸ Observa-se que, não obstante a Lei Fundamental de Bonn remeter ao legislador disciplinar a organização, o funcionamento e os efeitos das decisões do Tribunal Constitucional Federal, admitiu-se que tal justifica a ampliação da sua competência (§13), tanto que o recurso constitucional, porventura a mais relevante de suas atribuições, foi criado pela Lei de 12 de março de 1951, somente passando ao texto sobranceiro em 29-01-69.

³⁹ Apesar de reportar-se do art. 165 da Constituição espanhola a que lei orgânica deva disciplinar o funcionamento do Tribunal Constitucional espanhol, o estatuto dos seus membros, o procedimento perante aquele, e as condições para o exercício das respectivas demandas, Ignacio Torres Muro (2009), ao comentar o mencionado preceito, deixa claro que, na prática, reservou-se ao legislador quase toda a regulação das competências do referido órgão.

⁴⁰ Em tal feito se chame atenção para o fato de que a liminar foi deferida por decisão do Min. Maurício Corrêa, publicada no DJU de 30-08-2001 e, até o momento, a deliberação singular não foi submetida ao crivo do Plenário, o que, em tese, evidencia abuso de poder.

⁴¹ Pleno, v.u., rel. Min. Gilmar Mendes, DJU de 06-08-2004. Tratou-se de ratificação de decisão monocrática do relator.

⁴² Pleno. V.u., rel. rel. Min. Eros Grau, DJU de 27-10-2006.

⁴³ Aqui a liminar foi deferida mediante decisão monocrática do Min. Marco Aurélio. Todavia, o Pleno a revogou em parte.

⁴⁴ Concedida durante as férias forenses mediante despacho do Min. Nelson Jobim, então presidente da Corte, teve sua eficácia restrita pelo provimento parcial de agravo regimental (mv, rel. Min. Cezar Peluso, DJU de 17-08-2007).

⁴⁵ Pleno, mv, rel. Min. Carlos Britto, DJU de 07-11-2008.

⁴⁶ Nesse particular, invocável lição de Gilmar Mendes (MENDES, COELHO, BRANCO, 2008, p. 1126), para quem a Lei 9.868/99, ao moldar o seu art. 9º, §1º, afastou-se do modelo hermenêutico clássico, o qual sugere que o controle de validade de normas seja feito mediante o puro contraste entre a norma

Nessas situações, como, por exemplo, é a vivenciada na ADPF 54, poderá existir necessidade de serem acauteladas algumas relações jurídicas enquanto se desenrole o trâmite processual do processo de controle abstrato.

Visando harmonizar-se com o regramento do art. 97 da Constituição, o art. 10, *caput*, da Lei 9.868/99, reclama decisão a ser tomada pela maioria absoluta dos seus integrantes para que possa ser deferida medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade, ressalvado no período de recesso, no qual poderá emergir deliberação mediante decisão singular.

Independente disso, o Supremo Tribunal Federal⁴⁷, mesmo fora do período de recesso, vem autorizando o relator a, monocraticamente, decidir o pedido cautelar, quando se patentear situação de manifesta urgência, de modo que pudesse a submissão do pedido ao Plenário, após a ouvida das autoridades responsáveis pela edição do ato impugnado, antecipar probabilidade de completa ineficácia da providência. Em assim ocorrendo, o relator, que se substituiu ao Pleno, deverá submeter a sua decisão ao referendo deste, na forma do art. 21, V, do Regimento Interno.

Em estando a Corte em recesso, tal atribuição toca ao Presidente, na conformidade do art. 13, VIII, do Regimento Interno, devendo, transcorrido aquele, ser distribuído o feito ao relator, o qual, em caso de concessão da medida, deverá submetê-la ao Plenário. Não obstante, em situações de excepcionalidade, o Supremo Tribunal Federal⁴⁸ tem entendido ser possível a submissão ao Pleno advir da Presidência, sem que, antes, seja procedida a distribuição do processo ao relator.

examinada e a norma parâmetro, alargando-se para permitir uma investigação harmonizada entre os elementos fáticos e jurídicos. A preocupação – advirta-se – não é recente, já estando prevista pela doutrina americana no primeiro quartel da centúria passada, não sendo à toa que Benjamin Cardozo (2004, p. 41) advertiu que os tribunais, com constância, foram equivocadamente levados ao julgamento da validade duma lei não por falta de compreensão dos institutos jurídicos, mas pela incompreensão dos fatos, conforme sucedeu em Nova York que, em 1907, foi invalidada uma lei que proibia o trabalho noturno das mulheres, mas que, em 1915, com um conhecimento mais completo, proporcionado por estudos e informes conduzidos por assistentes sociais, lei semelhante foi tida como razoável e válida. Por isso, acentuou: “Los tribunales saben hoy que no se debe considerar a las leyes aisladamente o *in vacuo*, como pronunciamientos de principios abstractos para la guía de una comunidad ideal, sino en el contorno y la armazón de las condiciones actuales, tal como son reveladas por los trabajos de los economistas y estudiosos de las Ciencias Sociales en nuestro propio país y en el extranjero” (*loc. cit.*, p. 41-42).

⁴⁷ Cf.: Pleno, ADI 1.899 – 7 – DF (MC), mv, rel. Min. Carlos Velloso, DJU de 01-06-2001. Idem as decisões monocráticas proferidas nas ADI 2.849 – RN (rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 03-04-2003), 3.273 (rel. Min. Carlos Brito, DJU de 23-08-2004) e 3.376 (rel. Min. Eros Grau, DJU de 01-02-2005).

⁴⁸ Questão de Ordem em Medida Cautelar na ADI 3.929 – DF (Pleno, v.u., rel. Min. Ellen Gracie, DJU 11-10-2007).

Em compreendendo o relator, pelas características do caso, este não comportar a concessão do pedido, não há óbice a que indefira a medida em deliberação singular.

Já quanto à ação declaratória de constitucionalidade, o art. 21, *caput*, da Lei 9.868/99, reservou a competência para o deferimento da cautelar a decisão tomada pela maioria absoluta dos membros do Supremo Tribunal Federal. A cautela pertinente à fixação de quórum qualificado se justifica tendo em vista o efeito que aquela acarreta, consistente na suspensão, quanto à matéria enfocada, da atividade jurisdicional por parte dos demais juízos e tribunais.

Caso tal eficácia se resumisse à antecipação de juízo, afirmando a compatibilidade da lei federal à Lei Fundamental, seria desnecessário o estabelecimento da maioria qualificada, porquanto esta tem sua razão de ser na presunção de legitimidade que porta a norma questionada, decorrente do exercício regular da função legislativa.

No particular da arguição de descumprimento de preceito fundamental, o art. 5º, *caput*, da Lei 9.882/99, igualmente condicionou o deferimento da medida cautelar ao plácito da maioria absoluta dos membros do Supremo Tribunal Federal. Contudo, no §1º do referido dispositivo, conferiu-se ao relator, em caso de extrema urgência, ou de perigo de lesão grave, ou ainda durante o recesso, analisar a medida.

Particularmente quanto ao recesso, não se exigiu situação de gravidade, prorrogando-se apenas a competência jurisdicional do relator. Pode-se questionar a atuação isolada do relator nesta hipótese, por ofensa ao art. 97 da Constituição, tendo em vista ser-lhe possível a suspensão da vigência de lei anterior ao ordenamento constitucional vigente⁴⁹.

Penso que não há tal ofensa, pelo menos de forma generalizada. A reserva de plenário está limitada à declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, providência que não se acha compreendida na ADPF, porquanto, diante do seu caráter subsidiário, tal seria o caso de ação direta de inconstitucionalidade.

É certo ser possível o ajuizamento da ADPF para a declaração de inconstitucionalidade do direito pré-constitucional⁵⁰. No entanto, em tais casos, não há que se falar de reserva de plenário. O motivo para tanto emana da compreensão jurisprudencial dominante no sentido de

⁴⁹ André Ramos Tavares (2001, p. 351) afasta possível violação ao art. 97 da Lei Básica, ao fundamento de que não se aplica a qualquer decisão, mas apenas àquela de mérito.

⁵⁰ Não cogito aqui do ajuizamento da ADPF para impugnar dispositivo de lei orçamentária, por via de regra, lei apenas em sentido formal, porquanto acho incongruente em tais situações falar-se em reserva de plenário. A restrição do art. 97 da Constituição, numa aligeirada impressão, somente teria sentido quando o ato impugnado, por ser igualmente lei em sentido material, pudesse ter sua inconstitucionalidade declarada em ação direta de inconstitucionalidade.

que, em se tratando de lei ou norma anterior à Constituição, não haveria declaração de inconstitucionalidade, mas revogação⁵¹.

Ainda quanto à liminar na ADPF, nada impede, antes é recomendável, que se no recesso irromper situação de excepcional urgência, seja adotado o posicionamento recomendado na QO na ADI 3.929 – DF (MC), permitindo-se à Presidência apreciar o pedido, com fundamento no art. 13, VIII, do Regimento Interno.

A concessão de cautelar em ação direta de inconstitucionalidade dependerá do atendimento de requisito procedimental. Trata-se da necessidade de oportunizar prévio pronunciamento dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, os quais, para tanto, terão o prazo de cinco dias. A exigência somente poderá ser dispensada em caso de excepcional urgência.

Não há previsão do ritual quanto à ação declaratória de constitucionalidade e à ADPF, considerando-se, quanto a esta, que a Lei 9.868/99, no art. 5º, §1º, explicitou-o como faculdade do relator.

Indistintamente quanto à ação direta de inconstitucionalidade, à ação declaratória de constitucionalidade e à ADPF, a praxe tornou exigíveis dois requisitos de ordem substancial.

O primeiro deles é o de que a alegação de inconstitucionalidade, nos casos de ação direta de inconstitucionalidade ou de ADPF, ou a de compatibilidade vertical, em se cuidando de ação declaratória de constitucionalidade, apresente-se dotada de relevância. Procedendo-se à semelhança com o processo cautelar disciplinado pelo Livro III do CPC, é possível vislumbrar correspondência com a plausibilidade do direito invocado.

Faz-se preciso, portanto, que a arguição se lastreie, por exemplo, em sólida interpretação doutrinária do dispositivo da Lei Maior que serve de parâmetro à impugnação, ou em precedentes do Pretório Excelso sobre sua aplicação, ou ainda quando o confronto com aquele se mostrar evidente, por força de seu texto.

A verificação do requisito tem sido destacada pelo Supremo Tribunal Federal com assiduidade, podendo ser visualizada em alguns precedentes. Destaco, inicialmente, a ADPF 47 – 5 – PA, na qual foi considerado inquestionável o *fumus boni iuris*, por o ato atacado vincular a remuneração dos titulares de cargos e empregos do Departamento de Estradas e Rodagem do

⁵¹ Consultar: Pleno, RP 1.016 – SP, v.u., rel. Min. Moreira Alves, DJU de 26-10-79; Pleno, RE 95.751 – MG, rel. Min. Aldir Passarinho, DJU de 13-04-84; Pleno, Rp 1.334 – PR, v.u., rel. Min. Carlos Madeira, DJU de 29-05-87; ADI 21/600, mv., rel. Min. Paulo Brossard, DJU de 21-11-97.

Estado do Pará ao salário mínimo, evidenciando atrito com o disposto no art. 7º, IV, da Constituição.

Noutra situação, retratada pela ADI 1.610 – 5 – DF, restou suspensa resolução do Conselho de Administração do Superior Tribunal de Justiça, o qual limitou em 6% a contribuição dos seus servidores para o Plano de Seguridade Social, em virtude de manifesta usurpação de função legislativa⁵².

O segundo requisito é o perigo na demora, consistente na imperiosa necessidade da suspensão da vigência do ato impugnado, com vistas a evitar a consumação irreversível de realidades que se mostrem em evidente contrariedade aos princípios e regras consagrados constitucionalmente.

O Supremo Tribunal Federal tem se apresentado rígido na aferição do perigo na demora, bem assim para exigir a presença como indispensável à concessão da liminar, não sendo suficiente a relevância da suscitação de inconstitucionalidade, por mais evidente que se manifeste. Não poderia ser diferente diante do caráter excepcional da competência exercitada.

Por isso, embora fosse insuscetível de sonegação a incompatibilidade vertical de vários dispositivos da Constituição do Amazonas, os quais tratavam da remuneração de militares e professores, o Pretório Excelso, nos autos da ADI 120 – 5 – AM⁵³, indeferiu o pedido de liminar, por entender que os dispositivos impugnados, para sua operabilidade, dependiam da elaboração de legislação infraconstitucional e, em virtude disto, não haveria que se cogitar do *periculum in mora*.

Do mesmo modo, o Supremo Tribunal Federal corretamente vem considerando desnaturada a possibilidade de dano irreparável quando o ajuizamento da ação direta se dá quando passado considerável intervalo de tempo da vigência da norma impugnada⁵⁴.

De notar que, em tais demandas, por o interesse nelas versado ultrapassar os confins subjetivos das partes, para inserir no campo da indisponibilidade do interesse público, o

⁵² Confirma-se passagem da ementa: “(...) 6. Está, por conseguinte, satisfeito o requisito da plausibilidade jurídica da ação (“fumus boni iuris), pois havendo M.P., com eficácia de Lei, em vigor, não podia o Conselho Administrativo, baixar ato normativo em sentido contrário, reduzindo a alíquota de contribuição ao Plano de Seguridade Social” (Pleno, v.u., rel. Min. Sydney Sanches, DJU de 05-12-97).

⁵³ Pleno, v.u., rel. Min. Moreira Alves, DJU de 17-11-89.

⁵⁴ Foi o que restou deliberado na ADI 534 – 1 – DF (Pleno, mv, rel. Min. Celso de Mello, DJU de 08-04-94), destinada à impugnação de preceitos contidos na Lei 8.024/90, dentre os quais o que determinava o bloqueio dos cruzados. Eis parcela da ementa: “– O tardio ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade, quando já decorrido lapso temporal considerável desde a edição do ato normativo impugnado, desautoriza – não obstante o relevo da tese deduzida – o reconhecimento da situação configuradora do periculum in mora, o que inviabiliza a concessão da medida cautelar postulada”.

Supremo Tribunal Federal se manifesta pela não-possibilidade de desistência do pedido de cautelar, seja formulado integral ou parcialmente⁵⁵.

5 A MEDIDA CAUTELAR E A SUA EFICÁCIA.

De inegável importância consiste a matéria inerente aos efeitos que a concessão da medida cautelar é capaz de produzir na província da fiscalização abstrata.

A Lei 9.868/99 prescreve, nos seus arts. 11, *caput*, e 21, parágrafo único, que, concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar, no prazo de 10 dias, a parte dispositiva da decisão.

Disciplinando sua repercussão no tempo, o §1º do art. 11 da Lei 9.868/99, no particular da ação direta de inconstitucionalidade, dispõe que a decisão será concedida com efeito *ex nunc*. O termo inicial, consoante o Supremo Tribunal Federal⁵⁶, coincidirá com a publicação da parte dispositiva da decisão.

Essa é a regra. Porém, a parte final do §1º do art. 11 da Lei 9.868/99 contém ressalva, permitindo que o tribunal, se assim entender, conceda eficácia retroativa à decisão. É de advertir-se que a eficácia *ex tunc* venha sempre explicitada, por constituir exceção, e, além disso, amparada em razões que a justifiquem. É preciso que reste demonstrado que a retroatividade dos efeitos é imprescindível, na hipótese sob julgamento, para evitar que se vejam frustrados os objetivos do julgamento de mérito.

Não há previsão legal de *quorum* especial para tanto, ao contrário do previsto pelo art. 27 da Lei 9.868/99, e no art. 11 da Lei 9.882/99, para a modulação dos efeitos da decisão final, no qual é reclamada maioria de dois terços dos membros do tribunal.

Antes da promulgação das Leis 9.868/99 e 9.882/99, instante no qual o tema era alvo unicamente de tratamento pretoriano, situação interessante se deu com a ADI 596 – 1 – RJ⁵⁷, destinada à declaração de inconstitucionalidade do art. 5º da Emenda Constitucional 04/91 à Constituição do Estado do Rio de Janeiro, tornando sem eficácia decisões tomadas pelo Conselho de Contas dos Municípios, cuja atribuição para auxiliar o controle externo exercido pelas câmaras municipais foi considerado válido por ocasião da ADI 154.

⁵⁵ Pleno, ADI 892, rel. Min. Celso de Mello; Pleno, ADI 2.049 – RJ, mv., Rel. Min. Néri da Silveira, DJU de 31-08-2001.

⁵⁶ Pleno, ADI 1.434 – SP (MC), v.u., rel. Min. Celso de Mello, DJU de 22-11-96.

⁵⁷ Pleno, v.u., rel. Min. Moreira Alves, DJU de 22-11-91.

Considerando o Supremo Tribunal Federal que a norma questionada projetou seus efeitos para o passado, restaria inócua a liminar caso sua validade operasse *ex nunc*⁵⁸. Impunha-se, então, fosse igualmente retroativa a eficácia da liminar.

De acordo com a regra da suspensão da norma impugnada com eficácia *ex nunc* é preciso observar que, embora não haja uma retroação dos efeitos para atingir atos já perpetrados, há, de qualquer forma, aquilo que se pode denominar de retroatividade mínima⁵⁹. Melhor explicando: os efeitos futuros de atos passados não mais podem ter lugar. Por exemplo, suspensão a vigência de dispositivo legal que defere determinada vantagem a servidores públicos, em virtude da concessão de liminar em ação direta de inconstitucionalidade, a eficácia *ex nunc*, a despeito de deixar a salvo os pagamentos anteriores, impede a sua continuação, mesmo tendo sido anterior a decisão administrativa que determinou a aplicação da malsinada norma a um determinado conjunto de favorecidos.

Também secundando orientação jurisprudencial, o §2º do art. 11 da Lei 9.868/99 explicita que a concessão da medida cautelar torna aplicável legislação anterior porventura existente. Tratar-se-ia, como destacado em vários acórdãos⁶⁰, de repriminização, cuja justificativa emerge pela circunstância de que, em face de sua inconstitucionalidade, reconhecida num primeiro exame, o dispositivo suspenso não teria possuído condições de operar validamente a revogação da legislação antecedente. Porém, penso ser mais acertada opinião de Ivo Dantas (2007, p. 620), para quem o retorno da eficácia da legislação anterior se

⁵⁸ Digna de transcrição a motivação do voto do relator: “(...) 2. Sucede, porém, que, em face da jurisprudência desta Corte, a concessão de liminar que suspende a eficácia da norma impugnada como inconstitucional produz apenas efeito *ex nunc*, o que tornaria inócua o deferimento de cautelar com relação a normas – como a presente – cuja eficácia, por ser retroativa, se exaure logo após a sua entrada em vigor. É preciso, no entanto, convir que essa orientação jurisprudencial se firmou em casos em que a norma cuja eficácia foi liminarmente suspensa se destinava a produzir efeitos futuros, hipóteses em que se considerou que, além de se criarem situações altamente delicadas com relação aos efeitos já produzidos antes da concessão da liminar (assim, por exemplo, desconstituições provisórias de nomeações), o *periculum in mora* ou a conveniência, inclusive administrativa, que justificavam a concessão da liminar só diziam respeito aos atos a praticar e não aos fatos passados. Ora, em se tratando de normas cuja eficácia se exaure imediatamente após a sua entrada em vigor – como ocorre com a sob exame –, essa justificativa é incompatível com elas, e a solução que nela se funda impede a concessão da liminar, que é facultade atribuída constitucionalmente a esta Corte para garantir de modo mais eficaz o controle de constitucionalidade dos atos normativos em defesa da própria Constituição. Por isso, e atendendo ao fim que justifica a existência mesma desse excepcionalíssimo instrumento que é essa cautelar, não tenho dúvida de que, 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”.

⁵⁹ Discorrendo sobre os graus de retroatividade (máxima, média e mínima), recomenda-se a leitura de Jesús Delgado Echeverría (2006. v. I, p. 212-214).

⁶⁰ Um deles é a ADI 2.903 – 7 – PB (Pleno, v.u., rel. Min. Celso de Mello, DJU de 19-09-2008).

dá não por força de repristinação, mas porque a legislação revogadora teria sido reconhecida como inválida e, portanto, incapaz de produzir o efeito revogador.

Nesse ponto, o Pretório Excelso⁶¹ ainda consagra entendimento segundo o qual, em portando a norma anterior o mesmo vício de inconstitucionalidade da norma que lhe sucedeu, apresenta-se necessário, para que a ação direta possua trânsito, a impugnação de ambas as normas, anterior e posterior. Do contrário, a hipótese será de não-conhecimento da ação.

Com a devida licença, manifesto-me no sentido de que tal ponto de vista não mais guarda condições para preponderar. Uma das características da fiscalização abstrata, na qualidade de processo objetivo, recai justamente no afrouxamento do princípio dispositivo, de maneira a afastar a rigidez do pedido.

O próprio Supremo Tribunal Federal, capitulada resistência inicial⁶², assim vem se manifestando para conhecer, através do que, de forma desajeitada, denominou de “arrastamento”⁶³, da inconstitucionalidade de dispositivos não impugnados pelo autor da ação direta, mas que guardem íntima conexão com aqueles que foram alvo da impugnação.

A finalidade da fiscalização de constitucionalidade de proporcionar, dentro do sistema jurídico, a certeza de suas partes integrantes, justifica mudança de postura, com o abandono de posição respaldada pelo formalismo desprovido de significação.

Importante salientar que os reflexos decorrentes da medida cautelar portam não apenas eficácia perante todos (*erga omnes*), mas igualmente efeito vinculativo para os demais órgãos do Judiciário e da Administração Pública.

Mesmo o §1º do art. 11 da Lei 9.868/99 reportando-se somente à “eficácia contra todos”, e, por outro lado, o §2º do art. 102 da Lei Maior trazendo o enunciado “decisões definitivas de mérito”, o Supremo Tribunal Federal acrescentou-lhe o dom vinculativo, ao argumento de que a decisão em tela atua no plano da eficácia e da vigência da norma atacada, suspendendo-as⁶⁴.

⁶¹ Pleno, ADI 2.938, v.u., rel. Min. Eros Grau, DJU de 09-12-2005.; Pleno, ADI 2.215 - MC, rel. Min. Celso de Mello (decisão monocrática), DJU de 26-04-2001.

⁶² Pleno. ADI 1.187 – 1 – DF, mv, rel. Min. Maurício Corrêa, DJU de 30-05-97.

⁶³ Pleno, ADI 4009 – SC, mv, rel. Min. Eros Grau, DJU de 29-05-2009; Pleno, ADI 3.255 – PA, v.u., rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 07-12-2007; Pleno, ADI 2.982 – ED, v.u., rel. Min. Gilmar Mendes, DJU de 22-09-2006.

⁶⁴ Elucidativa a menção ao sumariado na ementa da Reclamação 935 – 0 – DF: “Reclamação. 2. Garantia da autoridade de decisão cautelar na ADI 1.898, que suspendeu ato normativo do Ministro Presidente do Conselho da Justiça Federal. 3. Ato normativo que, sem autorização legislativa, determinou pagamento aos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, aos Juízes dos Tribunais Regionais Federais e aos Juízes Federais de 1ª Instância, da diferença mensal resultante de Tabela de Vencimentos considerado o teto de

Portanto, suspensão lei ou ato normativo mediante a concessão de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade, nenhum órgão jurisdicional ordinário ou administrativo poderá proferir decisão que resulta na sua incidência.

De igual sorte, havendo o Pretório Excelso, em juízo cautelar, assentado a constitucionalidade de determinada norma, os demais juízos, tribunais e atos administrativos, em se verificando situação fática pertinente à sua incidência, não poderão jamais pronunciar decisão na qual deixem de aplicá-la.

Isso assim é porque o efeito vinculativo torna obrigatória a adoção de determinada postura decisória. Não cumprida esta, viável o ajuizamento de reclamação.

Anote-se, contudo, que essa particular eficácia, nos casos de medida cautelar, apanha os comportamentos que se manifestam em momento posterior à eficácia da provisão em causa que, como visto, opera, de ordinário, *ex nunc*.

Disciplinando a medida de urgência perante a ação declaratória de constitucionalidade, o art. 21, *caput*, da Lei 9.868/99, enuncia, à feição de consequência, a imposição no sentido 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.

Duas observações se apresentam de interesse. A primeira delas é que não há impedimento a que o processo siga seu trâmite regular até a fase de conclusão para seu julgamento de mérito. Considerando que o propósito do preceito é o de evitar que haja declaração de inconstitucionalidade, no âmbito da fiscalização concreta, quando, ao apreciar a cautelar, o Supremo Tribunal Federal, num primeiro exame, vislumbrou a compatibilidade da norma à Constituição, não vejo impedimento que o juiz ou tribunal, no exercício da sua jurisdição, profira decisão de mérito, desde que o faça no sentido da legitimidade da norma em causa⁶⁵. Também não há nenhuma heresia na circunstância do juiz julgar o processo extinto sem resolução de mérito, não enfrentando, assim, a questão de constitucionalidade quanto à norma

R\$ 10.800,00. Vício de iniciativa e usurpação de competência constitucional do Congresso Nacional. 4. Os efeitos da decisão concessiva de cautelar, no processo de controle abstrato de normas, operam-se nos planos de eficácia e vigência da norma. A concessão de liminar acarreta necessidade de suspensão dos julgamentos que envolvam aplicação da lei cuja vigência restou suspensa. 5. Natureza objetiva dos processos de controle abstrato de normas. Eficácia *erga omnes* e efeito vinculante das decisões proferidas em processo de controle abstrato. 6. Aplicação de norma suspensa por órgão ordinário de jurisdição implica afronta à decisão desta Corte” (Pleno, v.u., rel. Min. Gilmar Mendes, DJU de 17-10-2003).

⁶⁵ Tal ponto de vista é enfatizado por Nagib Slaibi Filho (2004, p. 328). Na prática, essa distinção parece não resultar clara. Conforme se pode vislumbrar da ADC 4 – 6 e da ADC 12 – 6, respectivamente, constou determinação para que fossem suspensos (as): a) as concessões de tutela antecipada contra a fazenda pública, cujo exame pressupõe a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do art. 1º da Lei 9.494/97; b) os julgamentos que venham a ter por objeto questionamento da constitucionalidade da Resolução 07/2005 do Conselho Nacional de Justiça.

de direito material, ou ainda que venha a decidir o mérito da lide, mesmo a favor do particular, por motivação diversa daquela referente à inconstitucionalidade da norma.

Por sua vez, o parágrafo único do art. 21 da Lei 9.868/99 fixa lapso temporal para a subsistência dos efeitos da liminar proferida em ação declaratória de constitucionalidade, consistente em 180 dias, computados a partir da publicação da parte dispositiva da decisão.

O Supremo Tribunal Federal, em compasso com o que se infere da Questão de Ordem na ADPF 130-7/DF⁶⁶, demais de aplicar tal previsão à ação disciplinada pela Lei 9.882/99, vem permitindo a renovação do referido prazo, o que se dá com a submissão do pedido ao plenário.

Quanto à ADPF, o §3º do art. 5º da Lei 9.882/99, ao cuidar da medida liminar, menciona que esta poderá consistir na suspensão do andamento do processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que seja conexa com a matéria objeto do pedido. A parte final do dispositivo excetua os efeitos das decisões acobertadas pelo pálio protetor da coisa julgada.

Interessante situação se deu com a ADPF 79-3/PE, ajuizada pelo Governador do Estado, visando atacar decisões emanadas do Tribunal Regional do Trabalho que estariam, equivocadamente, interpretando o princípio da isonomia ao equiparar salários dos professores da rede pública de ensino, na qual o Min. Nelson Jobim, então ocupando a Presidência do Pretório Excelso, deferiu, durante o recesso, liminar, suspendendo todos os processos em curso sobre a matéria, inclusive aqueles inerentes à execução de decisões irrecuráveis.

Interposto agravo regimental⁶⁷, este alcançou provimento, com discrepância, para excluir da eficácia de tal decisão os efeitos decorrentes das decisões passadas em julgado.

Tenho dúvidas acerca da manutenção do entendimento, a despeito de resultar de texto expresso de lei, tendo em vista que, por ocasião do julgamento do mérito da ADPF 101⁶⁸ se entendeu que somente estariam excluídos os efeitos da coisa julgada quando já consumados ou exauridos.

Portanto, caso se considere que a medida liminar possui potencialidade que ultrapassa os confins da prevenção cautelar, para constituir antecipação do provimento final, segue-se, lamentavelmente, não se encontrar excluída da mente pretoriana a possibilidade da liminar neutralizar a eficácia das sentenças atingidas pela coisa julgada. Apenas deixo logo o lamento, pois, caso tal venha acontecer, será feito, mais uma vez, tábula rasa da segurança jurídica.

⁶⁶ Pleno, mv, rel. Min. Carlos Britto, DJU de 07-11-2008.

⁶⁷ Pleno, Agravo Regimental na ADPF 79 – DF, rel. Min. Cezar Peluso, DJU de 17-08-2007.

⁶⁸ Pleno, mv, rel. Min. Carmen Lúcia, Informativo – STF 552.

6 SÍNTESE CONCLUSIVA.

Ultimando este escrito, interessante sumariar algumas conclusões, a seguir esboçadas:

a) a notável propagação da jurisdição constitucional, desde a segunda metade do século que se findou pela criação das cortes e tribunais constitucionais europeus, tornou evidente a necessidade da instituição de mecanismos de urgência, destinados a evitar que a pronta execução da lei ou ato normativo, que se projeta através da presunção de sua legitimidade, venha a resultar na formação de irreversíveis realidades inconstitucionais;

b) numa rápida visão de alguns sistemas estrangeiros, a inegável possibilidade de graves prejuízos derivados da execução de leis ou atos com força de lei inconstitucionais impeliu a preocupação com a disciplina de providências cautelares mesmo no âmbito da fiscalização abstrata, como se pode observar, dentre outros, do direito alemão, italiano, espanhol, belga e norte-americano;

c) entre nós, em face da inicial omissão normativa, o instituto em análise derivou de construção interpretativa do Supremo Tribunal Federal no âmbito das representações para fins de intervenção federal, tendo em vista o art. 4º da Lei 2.271/54 reportar-se ao rito do mandado de segurança, com posterior desenvolvimento em sede das representações de inconstitucionalidade, criadas a partir da EC 16/65 à Constituição de 1946, até a previsão de tal competência por força da EC 07/77, a qual aditou ao art. 119, I, da Constituição pretérita, alínea *p*;

d) sem embargo de explicitamente prevista a competência cautelar para a ação direta de inconstitucionalidade, vem se admitindo a sua extensão para as hipóteses de ação declaratória de constitucionalidade, por justificar o efeito vinculativo que porta a sua decisão de mérito, e de arguição de descumprimento de preceito fundamental, uma vez a remissão ao legislador procedida pelo art. 102, §1º, da Norma Ápice, implicar atribuição para a disciplina não só dos seus aspectos procedimentais, mas também das decisões que compreenda e dos seus efeitos;

e) a concessão da cautelar, a ser tomada pela maioria qualificada, salvo determinadas situações, pressupõe a conjugação da relevância do fundamento da suscitação da inconstitucionalidade ou constitucionalidade, aliada à real probabilidade de sua execução, ou afastamento do ato objeto da demanda, provocar danos de grave e difícil recomposição;

f) em se tratando de ação direta de inconstitucionalidade, a medida cautelar possuirá, em princípio, eficácia vinculativa *ex nunc*, produzindo efeitos desde a publicação da parte dispositiva da decisão, alcançando os efeitos futuros dos atos anteriormente praticados (retroatividade mínima);

g) nos casos de ação declaratória de constitucionalidade, a decisão é idônea para obrigar os juízes e tribunais a evitar julgamentos que propendam ao reconhecimento da inconstitucionalidade da norma que constitui o seu objeto, enquanto a deliberação em ADPF é capaz de suspender os processos, ou efeitos das decisões judiciais, ou qualquer outra medida estatal conexa à matéria discutida, ressalvando-se as decisões que portam coisa julgada.

7 Bibliografia.

BIN, Roberto; PITRUZZELLA, Giovanni. **Diritto costituzionale**. 3 ed. Turim: G. Giappichelli Editore, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

CANAS, Vitalino. **Os processos de fiscalização da constitucionalidade e da legalidade pelo Tribunal Constitucional – natureza e princípios estruturantes**. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1986.

CAPPELETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1984.

CARDOZO, Benjamin N. **La naturaleza de la función judicial**. Granada: Comares, 2004.

CAVACANTI, Themistocles Brandão. **Do controle de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

CERRI, Augusto. **Corso di giustizia costituzionale**. 3. ed. Milão: Giuffrè Editore, 2001.

CICCONETTI, Stefano Maria. **Lezioni di giustizia costituzionale**. 3 ed. Turim: G. Giappichelli Editore, 2006.

DANTAS, Ivo. **Constituição & Processo – Introdução ao Direito Processual Constitucional** (volume I). 2 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2007.

DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús *et. alli*. **Elementos de direito civil**. 4 ed. Madrid: Dykinson, 2006. v. 1.

FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. Tradução: Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004.

FAVOREU, Louis. Quelle place fait-elle au Conseil constitutionnel? *In: La Constitution de 1958 en 20 questiones*. Disponível em: www.conseil-constitutionnel.fr. Acesso em: 26-08-2005.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucion – de la antigüedad a nuestros días**. Tradução: Manuel Martínez Neira. Madri: Trotta, 2007.

FORURIA, Eduardo Vírjala. Control abstracto y recurso directo de inconstitucionalidad en los Estados Unidos. **Revista Española de Derecho Constitucional**, n. 62, ano 21, p. 83, maio/agosto de 2001.

GRIMM, Dieter. **Constituição e política**. Belo Horizonte; Del Rey, 2006. Tradução: Geraldo de Carvalho.

HECK, Luís Afonso. Lei do Tribunal Constitucional Federal (tradução), São Paulo, **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 1, p. 231-257, jan./jun. de 2003.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

JAFFIN, George H. Evolução do controle jurisdicional da constitucionalidade das leis nos Estados Unidos. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, vol. 86, ano XXXVIII, p. 282 e 286-287, abril de 1941.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Direitos fundamentais e arguição de descumprimento de preceito fundamental**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional**. Brasília: Ed. UNB, 2008.

PÉREZ TREMP, Pablo. **Tribunal Constitucional y Poder Judicial**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão**. Tradução: Beatriz Hennig *et alli*. Montevideu: Fundação Konrad-Adenauer, 2005.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TAVARES, André Ramos. **Tratado da Arguição de Preceito Fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2001.

TORRES MURO, Ignácio. **Síntesis artículos 163 e 165**. Disponível em: narros.congreso.es/constitucion. Acesso em: 14-07-2009.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **La Giustizia Costituzionale**. Bologna (Itália): Società editrice il Mulino, 1977.