

LUCAS DE FARIA RODRIGUES

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO
DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: UM ENFOQUE JURISPRUDENCIAL**

**Monografia Jurídica, elaborada sob a
orientação do Professor Dr. Cassio
Scarpinella Bueno, apresentada como
exigência para a conclusão do Curso de
Direito da Pontifícia Universidade Católica
de São Paulo.**

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

São Paulo – 2007

Monografia Jurídica apresentada por **Lucas de Faria Rodrigues** (mat. 03007913), sob a orientação do Prof. Dr. **Cassio Scarpinella Bueno**, em conformidade com as exigências da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Nota atribuída pelo Professor Orientador: _____ (_____)

Cassio Scarpinella Bueno – Orientador

Lucas de Faria Rodrigues – Orientando

SUMÁRIO

ABREVIATURAS	5
I – INTRODUÇÃO	6
II - TUTELAS DE URGÊNCIA	8
1 - Princípio da eficácia do processo e as tutelas de urgência	8
2 - Tutela de urgência como garantia constitucional	17
3 - Tutela antecipada e medida cautelar	19
3.1 - Medida Cautelar	20
3.2 - Tutela Antecipada	21
4 - Apontamentos Finais	23
III - A COGNIÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO	26
1 - O que é cognição?	26
2 - A motivação e sua relação intrínseca com a cognição	28
3 - A cognição <i>per se</i>	29
IV - O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL: TÉCNICA E POLÍTICA	32
1 - A medida cautelar no controle concentrado de constitucionalidade	39
V - RESULTADO QUANTITATIVO DA PESQUISA JURISPRUDENCIAL NO STF	44
1 - Metodologia	44
2 – Resultados	47
3 – Breves notas sobre a satisfatividade no contexto das ADIMCs	57
VI - O STF E A LEI Nº 9.868/99	60
1 - Análise da Utilização do Artigo 12 da Lei nº 9.868/99 pelo STF	63
2 - A medida cautelar apreciada após o surgimento da Lei nº 9.868/99: cautelares sem mérito	66
3 - A medida cautelar apreciada após o surgimento da Lei nº 9.868/99: cautelares com mérito	69
VII – UM LONGO CAMINHO PARA O MÉRITO: ADIs COM MÉRITO APRECIADO EM MAIS DE 14 ANOS	72
1 - ADI nº 96 – RO	77
VIII - A <i>CONVENIÊNCIA</i> COMO REQUISITO DA ADIMC	80
1 - STF, <i>Conveniência</i> e Política	86
IX - AS ADIS COM RESULTADO LIMINAR DISTINTO DO MÉRITO	89

X - O CASO PROER	94
1 - Os casos politicamente análogos.....	100
XI – CONCLUSÃO	103
BIBLIOGRAFIA	115

ABREVIATURAS

ADC – Ação Direta de Constitucionalidade

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADIMC – Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade

CF – Constituição Federal

CMN – Conselho Monetário Nacional

CNJJN – Corte Suprema de Justicia de la Nación

CPC – Código de Processo Civil

ICMS – Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços

MP – Medida Provisória

PROER - Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional

RE – Recurso Extraordinário

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

I – INTRODUÇÃO

As tutelas de urgência são comumente estudadas nos bancos das Faculdades de da Direito, seja por ser um tema fascinante aos olhos dos pesquisadores, seja por ser um tema amplamente explorado pela doutrina e pela jurisprudência, o que proporciona um campo de pesquisa e aprofundamento bastante amplo.

Este trabalho, em parte, não é diferente de tantos outros, por fazer também uma análise das tutelas de urgência. De outra ponta, é um trabalho que tenta se desvincular dos conceitos e fórmulas tradicionalmente concebidos na Faculdade de Direito, de como elaborar uma monografia jurídica e mais, de como tratar a pesquisa científica nesta área. O que diferencia a pesquisa aqui realizada não é o objetivo ou o tema, mas a forma e conseqüentemente o resultado. Isto não significa dizer que o trabalho esteja imune a críticas e reparos, mas é ao menos uma tentativa se estabelecer uma pesquisa séria e distinta, na medida em que se distancia de tantas outras realizadas pelos “cientistas do Direito”.

Em síntese, o trabalho objetiva compreender a forma de utilização e apreciação pelo Supremo Tribunal Federal das medidas cautelares em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIMC). Para tanto, busca indagar o real significado desta tutela de urgência dentro de um processo objetivo de controle de constitucionalidade de leis, tentando compreender em última análise (ao menos em parte) como a jurisdição constitucional funciona e vêm funcionando na nova ordem constitucional (pós 1988).

Estudar as ADIMCs a partir dos clássicos manuais de direito, parece não ser novidade. A compreensão do direito a partir de conceitos pré-estabelecidos e inquestionáveis, sem uma abordagem inovadora, prejudica a formação do acadêmico e por que não da Ciência Jurídica. O que buscamos aqui, portanto, foi o estabelecimento de um estudo que transpusesse

as barreiras do Processo Civil, a partir do estabelecimento de um diálogo contínuo com a Ciência Política e com a jurisprudência, pouco valorizada, do Supremo Tribunal Federal¹.

Para tanto, o estudo pauta-se eminentemente em um enfoque jurisprudencial (quantitativo e qualitativo), tendo como apoio a doutrina processual e política. A partir daí, o trabalho buscará abordar cinco perguntas fundamentais:

(i) Seria a ADIMC uma Tutela de Urgência?

(ii) A ADIMC passou a ter no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro aparência de tutela definitiva (de mérito)?

(iii) Qual o mapeamento da utilização da medida cautelar em ADIMC?

(iv) A ADIMC foi utilizada como instrumento político ao longo dos anos?

E por fim,

(v) Qual o impacto e o real significado da Lei nº 9.868/99 no contexto da ADIMC?

Propomos, conjuntamente, para todas estas questões, não obstante outras constatações que possam advir da pesquisa, a seguinte hipótese a ser provada²: *a ADIMC é uma tutela de urgência, com características próprias, que passou a ter no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro aparência de tutela definitiva, sendo impactante o advento da Lei nº 9.868/99 na sua apreciação. Outrossim, a ADIMC foi utilizada em muitos momentos como instrumento político pelo STF*³.

A partir do mapeamento de todas as ADIMCs junto ao banco de dados do STF, com o consequente cruzamento de dados e com o auxílio de elementos doutrinários, tentamos abordar todos os aspectos desta hipótese, os quais passamos a expor a partir de agora.

¹ Atualmente, pouco se discute sobre o funcionamento do STF e sua jurisprudência. A possibilidade de suas decisões terem alcance suficiente para se consolidarem como precedentes não foi ainda definida, estando os Ministros pouco monitorados, no sentido de dar maior clareza e coerência em seus votos. Existem poucos estudos realizados no Brasil com este intuito, podendo, a análise jurisprudencial do STF, ser considerada atividade ainda pioneira no campo do Direito.

² Frise-se que a fixação de uma hipótese tem o condão de guiar a elaboração do trabalho. Sua confirmação ou não é mera consequência da pesquisa, ou seja, eventual negativa da hipótese não desqualifica o trabalho.

³ A questão iii não foi englobada na hipótese por ser um meio pelo qual abordaremos as outras indagações.

II – TUTELAS DE URGÊNCIA

Antes de abordarmos designadamente conceitos específicos de cautelar e tutela antecipada, cumpre fixar alguns traços gerais atribuíveis a ambas as tutelas. A tutela antecipada e a medida cautelar podem ser qualificadas como espécies do gênero tutela de urgência⁴. Apesar dos grandes esforços doutrinários em diferenciar estas duas tutelas, é impossível negar que haja uma essencialidade comum às duas. Trata-se de instrumento pelo qual se busca obter meios aptos a garantir a eficácia⁵ de sentença, seja no mesmo procedimento, ou em um procedimento principal e distinto. Geralmente é concedida em razão da urgência da matéria, sob pena de, não o sendo, impossibilitar a efetivação da sentença ou a perpetuação de um dano irreparável.

1 - Princípio da eficácia do processo e as tutelas de urgência

⁴ Neste sentido, exemplificativamente: José Roberto dos Santos BEDAQUE, *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. Cassio Scarpinella BUENO, *Tutela Antecipada*. Cândido Rangel DINAMARCO, *Instituições de Direito Processual Civil I*.

⁵ Para Maria Helena Diniz, eficácia “*é a qualidade da norma vigente de produzir, no seio da coletividade, efeitos jurídicos concretos, considerando, portanto, não só a questão de sua condição técnica de aplicação, observância, ou não, pelas pessoas a quem se dirige, mas também a de sua adequação em face da realidade social, por ela disciplinada, e dos valores vigentes na sociedade, o que conduziria ao seu sucesso. A eficácia diz respeito, portanto, ao fato de se saber se os destinatários da norma ajustam, em maior ou em menor grau, às prescrições normativas, ou seja, se cumprem, ou não, os comando jurídicos, e se os aplicam ou não. Trata-se da eficácia jurídica*” (Maria Helena DINIZ, *Dicionário Jurídico Vol. 2*, p.319). O termo eficácia deve ser entendido como a capacidade da produção de efeitos reais da sentença principal, sem a qual a sentença perderá sentido.

O modelo constitucional do processo, estabelecido na Carta de 1988, assegura, com fulcro principalmente no artigo 5º, inciso XXXV⁶, a necessária disponibilidade da tutela jurisdicional⁷ a quem dela necessitar, por meio da garantia de acesso a uma ordem jurídica pré-estabelecida, sempre que um direito não seja cumprido de maneira espontânea ou uma norma seja violada.

Em um quadro tradicional do processo, pautado não em processos diferenciados como a Ação Direita de Inconstitucionalidade – ADI -, mas em procedimentos comuns, aquele que busca a tutela jurisdicional deve ser amparado pelo Estado-juiz sempre que seu direito ficar demonstrado. Pressupõe-se, por isso mesmo, que o autor da ação é detentor do direito alegado, o que nem sempre ocorre, e que por tal razão não se constitui como uma verdade intangível. É uma presunção que dura até o momento no qual o juiz toma contato com a demanda, e passa, desde logo, a conceber seu processo cognitivo. Ora, quando o direito do autor não ficar demonstrado, ele deverá ser rechaçado.

Não se nega que o modelo processual hoje aplicado no Brasil tenha como um de seus principais objetivos o de garantir o acesso ao Poder Judiciário de toda e qualquer pretensão, garantindo por isso mesmo que se socorram da jurisdição⁸ não só os reais titulares de direitos, mas também aqueles que detêm interesses muitas vezes não amparados no plano do direito material. Ora, o direito só passa a ter um detentor após a prolação da sentença, sempre respeitados um conjunto de atos voltados a adequar a cognição do Juiz. Em conseqüência deste fato, o modelo constitucional do processo foi concebido para conferir proteção aos direitos e interesses daquele que de fato os possui, com a conseqüente satisfação

⁶ Constituição Federal 1988, “Art. 5º *Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*

(...)

XXXV - *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;*

(...)”.

⁷ O termo tutela entendida comumente como *proteção* ou espécie de *assistência em benefício de alguém*, será utilizado neste trabalho como sinônimo de *tutela jurídica* ou *tutela jurisdicional*. Trata-se da “*proteção conferida pelo Estado aos direitos da pessoa, por meio dos órgãos do Poder Judiciário. Trata-se da tutela jurisdicional, que, no dizer de José Frederico Marques, é a exercida, processualmente, pelo Estado sobre relações intersubjetivas litigiosas, dando a cada um o que é seu mediante a aplicação do direito subjetivo*” (Maria Helena DINIZ, *Dicionário Jurídico* Vol. 4, p. 784). “*A tutela jurisdicional só pode ser entendida como essa ‘realização concreta’ do direito que foi lesado ou ameaçado*” (Cassio Scarpinella BUENO, *Tutela Antecipada*, p. 20).

⁸ Quanto ao conceito de jurisdição, trata-se de “*uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça. Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentado em concreto para ser solucionado; e o Estado desempenha essa função sempre mediante o processo, seja expressando imperativamente o preceito (através de uma sentença de mérito), seja realizando no mundo das coisas o que o preceito estabelece (através da execução forçada)*” (Antônio Carlos de Araújo CINTRA, Cândido Rangel DINAMARCO, Ada Pellegrini GRINOVER, *Teoria Geral do Processo*, p. 131).

do direito verdadeiramente alegado, sem jamais afastar a possibilidade de qualquer discussão perante os órgãos competentes.

Por esta razão a tutela jurisdicional se distingue da prestação jurisdicional. Todo titular de direito subjetivo (lesado ou ameaçado) pode voltar-se ao Judiciário para obter a tutela adequada, disponibilizada exclusivamente pelo Estado (tutela jurisdicional). Ocorre que para a utilização do processo e a obtenção de uma resposta judicial não se exige que a parte seja titular do direito por ela alegado, razão pela qual a sentença de mérito pode ser contrária à pretensão do autor. Em síntese, o acesso à justiça nem sempre corresponderá a uma tutela jurisdicional a algum direito, porém sempre haverá a prestação jurisdicional (o juiz jamais poderá deixar de decidir)⁹.

Outrossim, a Constituição não deve ser compreendida como mero meio de garantia de acesso ao Poder Judiciário, pois, além disto, a Constituição assegura o acesso ao devido processo constitucional, ou seja, garante o acesso a um instrumento estatal de solução de conflitos que seja realmente efetivo. *“Garantia implica proteção, ou seja, predisposição de meios para assegurá-la em concreto”*¹⁰.

Ora, um processo existe não só para que o Estado-juiz diga, mas para que o Estado-juiz também assegure efeitos práticos para sua decisão. *“Não basta, pois, assegurar abstratamente o direito de ação a todos aqueles que pretendam valer-se do processo. É necessário garantir o acesso efetivo à tutela jurisdicional, por parte de quem dele necessita”*¹¹.

Cumpre citar a lição, não menos importante, de Cassio Scarpinella Bueno:

“ ... enquanto o princípio do “acesso à justiça” e o do “devido processo legal” e o dos que dele derivam – (...) -, voltam-se, basicamente, à criação de condições efetivas de provocação do Poder Judiciário e de obtenção da tutela jurisdicional, isto é, ao reconhecimento do direito (ameaçado ou lesionado) de alguém pelo Poder Judiciário; o princípio da efetividade do processo volta-se mais especificamente aos resultados práticos deste

⁹ Cf. Humberto THEODORO JÚNIOR, *Curso de direito processual civil vol. 1*, p. 51.

¹⁰ José Roberto dos Santos BEDAQUE, *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, p. 64.

¹¹ *Ibid.*, p. 65.

*reconhecimento do direito, na exata medida em que ele o seja, isto é, aos resultados da tutela jurisdicional no plano material, exterior ao processo*¹².

Para a produção de um determinado resultado prático, dotado de utilidade no “mundo real”, capaz de realmente solucionar o litígio, a tutela jurisdicional depende de uma série de instrumentos colocados à sua disposição, como por exemplo, uma execução bem delineada, ou pela existência de princípios processuais fortes, que devam ser seguidos pelo aplicador do direito. Tal fato resulta da grande preocupação do processo contemporâneo, mais especificamente da ciência processual e de seus aplicadores, de buscar a efetividade¹³ do processo, pois de nada adianta propiciar acesso a um processo sem resultado final prático e efetivo.

Esta preocupação não é recente. “*A distância entre a mera proclamação e a tutela efetiva do direito, com meio eficazes e expeditos, constitui um dos problemas cruciais do processo civil de nossa época*”¹⁴.

É a partir desta visão, da efetividade do processo como um de seus elementos primordiais, que conceitos tradicionais desta ciência devem ser compreendidos, dentre os quais se incluiria o próprio conceito de “direito de ação”, tradicionalmente concebido como aquele direito de se pedir a proteção jurisdicional a um direito ameaçado ou violado. Seria o “*direito ao provimento jurisdicional, qualquer que seja a natureza deste – favorável ou desfavorável, justo ou injusto, e, portanto, direito de natureza abstrata*”¹⁵.

O direito de ação, por si só, vincula-se no momento de sua origem para o interessado, a um direito simplesmente afirmado, mas não a um direito substancial, como já ressaltamos anteriormente. Em regra, sempre que alguém busca a tutela jurisdicional, por meio do seu direito constitucional de ação, o faz para afirmar a existência de um direito lesado ou ameaçado, o que pode não ocorrer, se o autor não for detentor do direito alegado. Destarte, a ação é concebida classicamente como o direito de requerer a tutela jurisdicional, propiciada exclusivamente pelo Estado. Pela conjugação destes fatores, é entendida como um direito

¹² Cassio Scarpinella BUENO, *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil teoria geral do direito processual civil*, p. 147.

¹³ O termo *efetividade* deve ser compreendido como a capacidade de uma terminada coisa ou ato, neste caso a tutela jurisdicional, ter resultado útil, prático, efetivo, ou seja, a capacidade de garantir que um direito reconhecido judicialmente tenha o condão de ser aplicado no mundo real e de corrigir uma situação anteriormente sujeita à lesão. Ex.: o interessado almeja participar de uma prova classificatória para concurso público, mas foi erroneamente pré-desqualificado. Ao buscar a devida tutela jurisdicional, por ser detentor de um direito, consegue seu reconhecimento tardiamente, após a realização da prova. Apesar de ter sido reconhecido o direito, a tutela não foi efetiva, por já ter o autor perdido a prova.

¹⁴ Carlos Alberto Álvaro de OLIVEIRA, *Efetividade e Processo Cautelar*, p. 88.

¹⁵ Antônio Carlos de Araújo CINTRA, Cândido Rangel DINAMARCO, Ada Pellegrini GRINOVER, *Teoria Geral do Processo*, p. 131.

abstrato de agir, um direito autônomo frente ao direito material tratado na causa, porque a garantia da ação limitar-se-ia à permissão de invocar o juiz a se pronunciar sobre o direito material que está no bojo da pretensão. O direito de ação terá existido mesmo que o autor não logre êxito quanto ao direito material, ligando-se à idéia de inafastabilidade do controle jurisdicional, tratada anteriormente.

Os conceitos abordados anteriormente ligam-se e formam um todo inseparável. A jurisdição, por ser estatal, confere exclusivamente ao Estado o poder inerente à tutela jurisdicional, e confere aos interessados em buscar amparo estatal para os conflitos o direito de ação, que se consubstancia no ato de provocar o Estado-juiz para que este se manifeste sobre determinado direito material.

Ocorre que este conceito de ação, compreendido de maneira estanque, parece ultrapassado se não forem agregados outros elementos. *“Parece mais adequado tentar identificar a relevância constitucional da ação como direito de obter concretamente os meios necessários à satisfação de um interesse protegido pelo legislador material”*¹⁶. O que se quer dizer é que a ação não pode ser compreendida de maneira estanque da idéia de *efetividade da tutela jurisdicional*¹⁷. Esta unidade conceitual, fruto da conjugação de diversos pressupostos constitucionais do processo, perde seu sentido se for utilizada sem que se garanta o resultado útil da tutela preteada. De nada adianta o interessado exercer seu direito constitucional de ação, provocar a jurisdição, ver declarado seu direito e ao final conseguir uma tutela, que por uma série de fatores, não é efetiva, não é útil.

“Parece lógico que, ao Estado, como detentor da jurisdição, não basta garantir a tutela jurídica; não basta instituir o processo e assegurar o socorro a ele por meio da ação. Para consecução do objetivo maior do processo, que é a paz social, por intermédio da manutenção do império da lei, não se pode contentar com a simples outorga à parte do direito de ação. Urge assegurar-lhe, também e principalmente, o atingimento do fim precípua do processo, que é a solução ‘justa’ da lide. (...) o que é imprescindível é que essa solução seja efetivamente justa, isto é, apta, útil e

¹⁶ José Roberto dos Santos BEDAQUE, *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, p. 69.

¹⁷ Não se pode ainda afastar o direito de ação do princípio do devido processo constitucional, por ser aquele uma das expressões deste. Há na modelagem constitucional uma série de instrumentos voltados para a solução de litígios, modelagem consubstanciada em diversos princípios e regras.

eficaz para outorgar à parte a tutela prática a que tem direito, segundo a ordem jurídica vigente”¹⁸.

A efetividade da tutela jurisdicional, seja qual for a espécie de tutela, pode ser entendida como um princípio extraído, implicitamente, do ordenamento jurídico como um todo, mas principalmente da Constituição Federal. Isto porque, conforme já salientamos, não basta assegurar a existência de um mecanismo adequado à solução de controvérsias, é preciso que o acesso a estes mecanismos seja garantido e que o resultado deste processo seja efetivo, desde que compatível com o direito material. Esta seria a essência da garantia de acesso ao Judiciário, sob pena desta garantia se tornar uma prerrogativa meramente formal para o titular de um direito ameaçado, esvaziando seu conceito e sua relevância (seria letra morta por não representar uma garantia real, com efeitos práticos). Os resultados do processo posto pelo Estado devem “*ser ‘efetivos’, isto é, ‘concretos’, ‘palpáveis’, ‘sensíveis’ no plano ‘exterior’ do processo, isto é, ‘fora’ do processo*”¹⁹.

“A efetividade significa que todos devem ter pleno acesso à atividade estatal, sem qualquer óbice (effettività soggettiva); têm a seu dispor meios adequados (effettività técnica) para a obtenção de um resultado útil (effettività qualitativa), isto é, suficiente para assegurar aquela determinada situação da vida reconhecida pelo ordenamento jurídico material (effettività oggettiva).

E, nessa mesma linha de raciocínio, parece lícito afirmar que o conceito constitucional de tutela jurisdicional se sobrepõe à distinção entre direito material e processo, pois contém elementos de um e de outro.

A garantia constitucional da ação representa, na verdade, garantia de tutela adequada. À situação substancial, assegurando atuação e satisfação eficaz dos interesses reconhecidos no plano material.

Assim, direito de ação não é direito à sentença favorável, a uma sentença ou à sentença de mérito. Não é suficiente afirmar que o art. 5º, inciso XXXV, constitucionalizou o direito abstrato de ação. Importa coordenar essa garantia com outras existentes no texto constitucional e estabelecer o modelo político-processual brasileiro.

¹⁸ Humberto THEODORO JÚNIOR, *Curso de direito processual civil* vol. 2, p. 359.

¹⁹ Cassio Scarpinella BUENO, *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil teoria geral do direito processual civil*, p. 146.

Tais expressões, além de equívocas, representam problemas já superados pelo processualista hoje mais preocupado em construir uma ciência de resultados”²⁰.

Neste contexto, todos têm o direito de exigir do Estado que este desenvolva um processo voltado a um fim específico. Não se trata de um processo qualquer, mas um processo que seja previamente moldado na própria Constituição, que traz no seu bojo os requisitos mínimos para a existência do devido processo legal, mesmo no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade. A conjugação de todas as garantias constitucionais não significa mero direito de acesso formal ao Judiciário, pelo contrário, significa que o titular do direito irá obter a efetiva e tempestiva proteção do Estado-juiz, por meio do processo.

É por estas razões que o direito constitucional de ação deve ser entendido como uma garantia de efetividade colocada à disposição daquele que pretende se direcionar ao Judiciário. O direito de ação implica necessariamente que o Estado disponha de meios para conferir àquele que provoca a jurisdição uma solução adequada e útil à pretensão colocada, ou seja, o direito de ação garante o acesso à tutela jurisdicional efetiva.

“O direito de ação compreende, portanto, o poder de pleitear a tutela jurisdicional para determinado direito, o poder de se valer de todos os meios para a demonstração desse direito e, se tiver sucesso, o direito de obter provimento tecnicamente idôneo a assegurar a tutela adequada”²¹.

Em um quadro no qual a busca de efetividade do processo é um dos grandes anseios dos processualistas, a tutela de urgência assume um papel assaz relevante, por ser muitas vezes o único meio apto para conferir efetividade a um direito²². De outra ponta, ao mesmo tempo em que é necessário manter um instrumento decisório célere nas mãos do juiz, o sistema constitucional assegura ao réu a possibilidade de resistir à pretensão inicial, pois, mesmo nas tutelas de urgência o direito de defesa não pode ser completamente aniquilado para proteger, processualmente, aquele que deduziu a pretensão. É neste ponto que reside outro grande conflito do processo moderno, “adequar o sistema processual às necessidades

²⁰ José Roberto dos Santos BEDAQUE, *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, p. 78-79.

²¹ José Roberto dos Santos BEDAQUE, *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, p. 81.

²² A despeito das tutelas de urgência serem uma das maiores expressões do princípio da efetividade do processo, é evidente que este princípio não se exterioriza exclusivamente por meio desta espécie de tutela. Esta é apenas uma das formas deste princípio se exteriorizar, pois toda atividade do Estado-juiz deve sempre ser voltada à efetividade do processo.

do direito material, que requer soluções cada dia mais rápidas, sem que isso implique, todavia, sacrifício indevido da posição de um dos sujeitos parciais da relação processual”²³.

Trata-se de uma relação que clama por equilíbrio, pois ao mesmo tempo em que não se pode deixar de atender sumariamente à pretensão do autor, não se pode fazê-lo por meio de uma decisão irreversível ou sem garantias mínimas à contraparte. Nas palavras de José Carlos Barbosa MOREIRA, é preciso ter cuidado para não permitir que a grande preocupação com a celeridade acabe comprometendo a segurança proporcionada pelo devido processo constitucional²⁴.

Destarte, por ser marcada pela cognição sumária, a regra geral pronuncia que as soluções providas pelas tutelas de urgência devem ser provisórias, assegurando a efetividade da tutela final. Frise-se, mesmo na utilização deste tipo de tutela é forçoso assegurar à contraparte garantias constitucionais mínimas, que por outro lado, significam subsídios também mínimos (porém essenciais) ao convencimento do juiz naquele exato momento da apreciação da tutela de urgência.

Há de se estabelecer um contraponto fundamental. A provisoriedade do provimento jurisdicional e a profundidade da cognição estão intimamente ligadas ao tempo necessário para o proferimento daquela decisão e ao fato dos elementos colocados à disposição do magistrado não estarem completos (não houve a produção de provas, o contraditório muitas vezes não se estabeleceu, o tempo ainda não foi o bastante para análise do caso, etc.).

Sobre este aspecto do processo, bem delineou José Rogério Cruz e TUCCI:

“ O tempo é um inimigo implacável do processo, contra o qual todos – o juiz, seus auxiliares, as partes e seus procuradores – devem lutar de modo obstinado.

(...)

A verdade é que esse incessante combate, em razão das graves repercussões ocasionadas pela excessiva lentidão da justiça, transborda as fronteiras do processo para tornar-se uma guerra de dimensão muito maior, tornando-se

²³ José Roberto dos Santos BEDAQUE, *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, p. 83.

²⁴ Cf. José Carlos Barbosa MOREIRA, *Tutela de Urgência e Efetividade do Direito*.

*um fenômeno que, nos últimos tempos, tem atraído a atenção dos operadores do direito de um modo geral*²⁵.

Prossegue o autor:

*“Partindo-se do pressuposto de que o fator tempo tornou-se um elemento determinante para garantir a efetividade da prestação jurisdicional, a técnica da cognição sumária delinea-se de crucial importância para a idéia de um processo que espelhe a realidade sócio-jurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação que é de servir de instrumento à efetiva realização dos direitos”*²⁶.

Por fim, cumpre assinalar a existência de tutelas que não objetivam proteger um direito material propriamente dito, são o que José Roberto dos Santos BEDAQUE chama de modalidade anômala de tutela jurisdicional, como nos casos das ações diretas versando sobre a inconstitucionalidade das leis, pois está voltada à compatibilização da legislação ordinária com o texto constitucional²⁷. Ou seja, a ADI, procedimento específico voltado ao controle concentrado de leis, também se coloca como uma espécie de tutela jurisdicional. Trata-se de uma tutela diferenciada, é bem verdade, que garante a uma série de legitimados a possibilidade de provocar o STF para ter uma norma declarada inconstitucional.

Como bem assinalamos, o risco de dano ou prejuízo às partes liga-se à própria cognição plena que deve ser efetuada no processo, pois esta cognição demanda tempo e a conjugação de diversos atos processuais. Ocorre que as medidas cautelares em ação direta de inconstitucionalidade – ADIMC - possuem algumas peculiaridades que as cercam, que podem resultar em conseqüências diferentes quando se estabelece este tipo de análise. A despeito de tais medidas cautelares serem também espécie de tutela de urgência, o que não se nega inicialmente, elas se desenvolvem em um contexto de processo objetivo²⁸, ou seja, que não possui contraditório, ampla defesa partes ou dilação probatória. O que há na realidade é mera formação de juízo por parte dos Ministros do STF. Trata-se de uma decisão provisória, mas com aparência técnica de decisão definitiva²⁹.

²⁵ José Rogério Cruz e TUCCI, *Tempo e Processo*, p. 119-120.

²⁶ José Rogério Cruz e TUCCI, *Tempo e Processo*, p. 122.

²⁷ José Roberto dos Santos BEDAQUE, *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, p. 69.

²⁸ As características do processo objetivo serão abordadas no capítulo sobre o controle concentrado de constitucionalidade das leis.

²⁹ É evidente que na apreciação da ADIMC os Ministros buscam os requisitos elementares das cautelares, conforme se verá adiante, quais sejam, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. No entanto, superada estas discussões iniciais, debate-se o mesmo fundamento jurídico, a constitucionalidade dos dispositivos impugnados.

No contexto das ADIs é possível deixar de lado o grande conflito dos processualistas, o de como assegurar uma tutela rápida sem sacrificar as garantias fundamentais do processo, pois não haveria qualquer prejuízo às garantias constitucionais ao inserir uma tutela de urgência no âmbito de um processo objetivo.

2 - Tutela de urgência como garantia constitucional

Como deve ter ficado claro pela exposição até aqui realizada, a efetividade da tutela jurisdicional pleiteada está intimamente ligada à existência e disponibilidade de condições aptas a garantir a tempestiva obtenção da pretensão. Um grande lapso temporal entre o acesso ao Judiciário e a decisão final prolatada pode levar tal decisão a não mais ter efeitos práticos, gerando um dano muitas vezes irreparável às partes ou aos destinatários da norma na hipótese de controle concentrado. Ora, a cognição plena demanda tempo, o que pode corroer o cerne de uma pretensão. Cumpre citar a lição de Humberto Theodoro Júnior:

“Sob duas formas distintas realiza o Estado a jurisdição:

a-) pela ‘cognição’, que define a vontade concreta da lei diante da situação litigiosa; e

b-) pela ‘execução’, que torna efetiva (real) essa mesma vontade.

Em tese, conhecer e executar deveriam exaurir toda a missão atribuída ao processo, como instrumento da realização da tutela jurisdicional.

Acontece, todavia, que, qualquer que seja a prestação a cargo da jurisdição, o provimento definitivo não pode ser ministrado instantaneamente. A composição do conflito de interesses (lide), através do processo, só é atingida mediante a seqüência de vários atos essenciais que ensejam plena defesa dos interesses antagônicos das partes e propiciam ao julgador a formação do convencimento acerca da melhor solução da lide, extraído do contato com as partes e com os demais elementos do processo.

De tal sorte que a interposição da demanda e a providência satisfativa do direito de ação (sentença ou ato executivo) media necessariamente um certo

Mesmo que se considere tais requisitos como o mérito da cautelar ou meros requisitos de admissibilidade, não como se distanciar daquela discussão sobre a constitucionalidade do dispositivo impugnado, que será meticulosamente a mesma daquela realizada quando da apreciação do mérito.

espaço de tempo, que pode ser maior ou menor conforme a natureza do procedimento e a complexidade do caso concreto.

(...)

É indubitável, porém, que o transcurso do tempo exigido pela tramitação processual pode acarretar ou ensejar, e freqüentemente acarreta ou enseja, variações irremediáveis não só nas coisas como nas pessoas e relações jurídicas substanciais envolvidas no litígio, como, por exemplo, a deterioração, o desvio, a morte, a alienação, etc., que, não obstados, acabam por inutilizar a solução final do processo, em muitos casos”³⁰.

Seguindo os pontos anteriormente expostos, é possível e plenamente sustentável, que o direito de pleitear uma tutela de urgência, seja ela qual for, surge do próprio direito de ação, pois este direito não se limitaria ao provimento final e definitivo, mas também ao que seja provisório e imediato, porque urgente. Como salientado, o direito de ação é por si só o direito da tutela efetiva, que só será concebida, em muitos casos, por meio de uma espécie de tutela de urgência. O direito de ação, assim compreendido, insere-se em última análise na própria conceituação de devido processo legal, ou mais ainda do devido processo constitucional, por significar a completa prestação jurisdicional do Estado àquele que busca seu amparo.

Assegurando a existência de tutelas de urgência específicas que tenham resultados práticos perceptíveis, assegura-se ao mesmo tempo o que José Roberto dos Santos BEDAQUE chama de *efetividade da função jurisdicional do Estado* contra possíveis danos que a duração do processo pode causar ao titular de um direito³¹. Aquela garantia constitucional do direito de ação, conjugada (porque não dizer fruto) com o princípio da efetividade da tutela jurisdicional, abrange no seu conceito “*todos os mecanismos possíveis e necessários a proporcionar ao titular do direito a proteção de que precisa e a que faz jus*”³².

É aqui que se encontra o ponto de convergência de todas as tutelas de urgência, cautelares ou não cautelares, qual seja, o fato de que ambas são voltadas a assegurar a efetividade de uma decisão, garantindo a sua utilidade prática.

Temos assim que a demora no tramite processual torna o próprio processo, em medidas variáveis, menos útil ao fim que se propõe. Isto porque o tempo prejudica o direito

³⁰ Humberto THEODORO JÚNIOR, *Curso de direito processual civil* vol. 2, p. 464.

³¹ Cf. José Roberto dos Santos BEDAQUE, *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, p. 86.

³² *Ibid.*, p. 86.

afirmado, torna a avaliação de provas mais difícil, possibilita que fraudes ocorram, ou seja, o tempo traz diversos empecilhos para a cognição jurisdicional. O tempo, de alguma maneira, se torna em muitos casos um inimigo do processo, pois prejudica seu andamento adequando, e em outras hipóteses, prejudica a própria pretensão.

“Há nos últimos tempos, no Brasil, de uma forma especial, uma tendência acentuada de, por intermédio da lei – na medida em que a lei pode realmente constituir-se numa variável em favor da celeridade do processo, especialmente com vistas à satisfação do autor -, engendrarem-se institutos com esta finalidade de precipitar no tempo a satisfação da pretensão. A decisão proferida dentro de um sistema, mais célere, em que se prescindir de audiência, sem lesão às partes, corresponde à ambição generalizada de uma Justiça mais célere. A demora dos processos é um mal universal. Essa tendência corresponde ao grande aumento do acesso à Justiça, mercê do qual o aparato estatal tradicional, seja tendo em vista o seu tamanho, a sua eficiência, não tem logrado atender com a rapidez desejável”³³.

Afirmar que a tutela de urgência encontra sua origem na própria Constituição não se constitui em absurdo quando compreendemos devidamente o direito constitucional de ação, previsto no artigo 5º, inciso XXXV da Carta. Ali está inserida não só a garantia de inafastabilidade da atividade jurisdicional do Estado nas hipóteses de lesão ou ameaça a direitos, mas também está garantido que a jurisdição produza um resultado efetivo, palpável (o que só ocorrerá, muitas vezes, com o deferimento da tutela de urgência), sob pena de tornar letra morta tal previsão.

3 - Tutela antecipada e medida cautelar

Apesar da crescente proximidade dos institutos (tutela antecipada e medida cautelar), por serem ambas espécies do mesmo do mesmo gênero (tutelas de urgência) e por serem voltadas a um mesmo objetivo (garantir a eficácia do processo), é importante para os objetivos deste trabalho traçar as diferenças comumente atribuídas ao instituto da tutela antecipada e da medida cautelar.

³³ Arruda ALVIM, *Manual de Direito Processual Civil Vol. 2*, p. 361-362.

3.1 - Medida Cautelar

A medida cautelar busca garantir o resultado útil da demanda principal, seja o resultado da fase de conhecimento (produzir antecipadamente uma prova, v.g.), seja o resultado da fase de execução (garantia do patrimônio do devedor, v.g.). Apesar de sua autonomia e de possuir as características necessárias para configurar-se como uma ação propriamente dita, é marcada pela subsidiariedade a outra ação.

Trata-se, no clássico jargão processual, do instrumento do instrumento. Isso porque se atribui ao processo civil o caráter instrumental ao direito material e ao processo cautelar o caráter instrumental a uma ação principal (instrumento do próprio processo). Instrumental, por garantir que o processo principal atinja seu fim, qual seja, a disponibilização da devida tutela àquele que busca o Judiciário.

Cumpra-se citar a inigualável lição Humberto THEODORO JUNIOR:

“Consiste, pois, ação cautelar no direito de provocar, o interessado, o órgão judicial a tomar providências que conservem e assegurem os elementos do processo (pessoas, provas e bens), eliminando a ameaça de perigo ou prejuízo iminente e irreparável ao interesse tutelado no processo principal; vale dizer: a ação cautelar consiste no direito de assegurar que o processo possa conseguir um resultado útil”³⁴.

Três são suas características básicas.

(i) A instrumentalidade: o seu sentido transcende àquela demanda, serve de meio para que outra prestação jurisdicional tenha o condão de satisfazer plenamente o direito assistido à parte vencedora. Nas palavras de Humberto THEODORO JÚNIOR, enquanto o processo principal tutela um direito, a medida cautelar tutela o processo principal.

(ii) Provisoriedade: não é definitiva, terá eficácia até que um determinado evento futuro aconteça ou que um termo advenha.

(iii) Revogabilidade: pode ser revogada ou modificada, pois não faz coisa julgada material (não atinge o mérito da lide).

Outras características ainda cercam a medida cautelar, como os requisitos de observância obrigatória, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. A decisão proferida no

³⁴ Humberto THEODORO JÚNIOR, *Curso de direito processual civil* vol. 2, p. 366.

processo cautelar é provisória, pautada tão somente no *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito), não transita em julgado, sendo autônoma com relação ao processo principal.

Dentre estas características, cabe ressaltar o *fumus boni iuris*, ou fumaça do bom direito. Esta expressão remete diretamente à cognição utilizada na apreciação desta medida por parte do magistrado. Decide-se com base na aparência do direito, por meio de cognição sumária, incompleta, superficial, que se opõe à exauriente. Ora, as disposições que cercam o tratamento desta medida impõem ao magistrado que este efetue uma cognição “rápida”, que não leve em consideração todos os elementos cognitivos de um procedimento comum, razão da sua provisoriedade. Trabalha-se com probabilidade, ou seja, se o direito alegado é provavelmente verdadeiro.

Outro requisito, não menos importante, é o *periculum in mora*, ou o risco de que a decisão principal não seja eficaz. Trata-se da urgência em se proferir tal decisão, para não ver perdido o direito alegado. Seria o receio de que a não concessão gere um dano irreparável para quem pleiteie tal tutela, impedindo a satisfação concreta do pedido colocado na ação principal.

“Para que a parte possa obter a tutela cautelar, no entanto, é preciso que comprove a existência da plausibilidade do direito por ela afirmado (fumus boni iuris) e a irreparabilidade ou difícil reparação deste direito (periculum in mora) caso se tenha de aguardar o tramite normal do processo. Assim a cautelar visa assegurar a eficácia do processo de conhecimento ou do processo de execução”³⁵.

3.2 - Tutela Antecipada

A tutela antecipada surgiu em 1994, por força da lei 8.952/94, como mais um remédio aos anseios dos processualistas contemporâneos, qual seja, a garantia da eficácia do processo. Por meio da tutela antecipada, espécie de tutela de urgência, o que se quer é conseguir o reconhecimento provisório (até a prolação da sentença) do direito afirmado e pleiteado na demanda. Trabalha-se com base no mesmo conteúdo do pedido da ação principal, ou seja, há clara coincidência entre o pedido de tutela antecipada com o pedido principal. Por

³⁵ Nelson NERY JUNIOR, Rosa Maria de Andrade NERY, *Código de processo Civil Comentado e legislação extravagante*, p. 493.

meio da Tutela Antecipada antecipam-se os efeitos da tutela definitiva. A mesma tutela é pleiteada, porém provisoriamente e de maneira mais rápida.

Sobre a tutela antecipada, com precisão aponta Nelson NERY JUNIOR e Rosa Maria de Andrade NERY:

“Tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito, espécie do gênero tutelas de urgência, é providência que tem natureza jurídica mandamental, que se efetiva mediante execução “lato sensu”, com o objetivo de entregar ao autor, total ou parcialmente, a própria pretensão deduzida em juízo ou os seus efeitos”³⁶.

O artigo 273 do Código de Processo Civil³⁷ insere um requisito obrigatório à concessão de tutela antecipada, qual seja, a verossimilhança da alegação, tradicionalmente conceituada como aquilo que parece verdadeiro³⁸. Liga-se, portanto, à idéia de probabilidade, pois o juiz não firmará definitivamente seu convencimento, concederá a tutela antecipadamente em razão de “impressões iniciais”, mas não de uma certeza inexorável. Liga-se por sua vez à idéia de cognição sumária ou superficial, incompleta em razão da rapidez na concessão. A lei impõe ainda que a verossimilhança seja precedida de prova inequívoca, ou seja, prova robusta, responsável por dar segurança ao posicionamento do juiz³⁹.

³⁶ Nelson NERY JUNIOR, Rosa Maria de Andrade NERY, *Código de processo Civil Comentado e legislação extravagante*, p. 453.

³⁷ CPC, “Art. Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação;

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§ 1o *Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.*

§ 2o *Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.*

§ 3o *A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4o e 5o, e 461-A.*

§ 4o *A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.*

§ 5o *Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.*

§ 6o *A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.*

§ 7o *Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”.*

³⁸ “É comum ler na doutrina e também na jurisprudência que os pressupostos para a tutela antecipada são mais ‘fortes’, mais ‘contundentes’, mais ‘difíceis de serem demonstrados’ do que o ‘fumus boni iuris’ (...) das ações cautelares” (Grifo nosso – Cassio Scarpinella BUENO, *Tutela Antecipada*, p. 35).

³⁹ Para Cassio Scarpinella BUENO, é a prova inequívoca que leva o magistrado, invariavelmente a um estado de verossimilhança da alegação, ou seja, só aparenta ser verdadeiro aquilo que foi “bem provado”, “bem demonstrado” (Cassio Scarpinella BUENO, *Tutela Antecipada*, p. 34).

De outra ponta, o artigo supramencionado exige, concomitantemente à verossimilhança, que (i) haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (*periculum in mora*) ou que (ii) fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu⁴⁰.

“Tendo em vista que a medida foi criada em benefício apenas do autor, com a finalidade de agilizar a entrega da prestação jurisdicional, deve ser concedida com parcimônia, de sorte a garantir a obediência ao princípio constitucional da igualdade de tratamento das partes. Como a norma prevê apenas a cognição sumária, como condição para que o juiz conceda a antecipação, o juízo de probabilidade da afirmação feita pelo autor deve ser exigido em grau compatível com os direitos colocados em jogo”⁴¹.

4 - Apontamentos Finais

Feita esta caracterização básica dos institutos, pois o intuito deste trabalho não é o de elaborar uma grande discussão sobre as tutelas de urgência em espécie⁴², é forçoso abordar, ainda que de maneira sucinta, aquilo que podemos denominar como a diferença fundamental entre tutela antecipada e medida cautelar. Longe de esgotar o tema, ousamos apontar dois elementos que a doutrina comumente denomina como sendo caracterizadores de cada uma destas tutelas (características diferenciadoras), com o único objetivo de facilitar a interpretação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

O primeiro elemento, também o mais claro, concerne ao conteúdo substancial de cada uma destas tutelas. Na tutela antecipada o que se concede para o autor provisoriamente coincide com o que está sendo pleiteado definitivamente quando da prolação da sentença, ou seja, há um adiantamento da providência final. Já na medida cautelar, o que se almeja é uma prestação jurisdicional distinta daquela denominada principal, não há coincidência da providência cautelar com o provimento final.

⁴⁰ É importante salientar que as tutelas antecipadas nem sempre são tutelas de urgência. Há uma hipótese no artigo 273, inciso II do CPC que prevê a concessão de tutela antecipada no caso de manifesto propósito protelatório ou abuso do direito de defesa. Esta tutela antecipada não seria uma tutela de urgência, mas sim uma tutela sancionatória.

⁴¹ Nelson NERY JUNIOR, Rosa Maria de Andrade NERY, *Código de processo Civil Comentado e legislação extravagante*, p. 455.

⁴² Discussão que seria inócua tendo em vista a grande quantidade de obras que abordam o tema. O objeto deste capítulo foi o de apresentar as tutelas de urgência como um corpo essencialmente único de medidas voltadas a um fim, qual seja, a garantia de eficácia do processo. Por tal razão a passagem por temas que envolviam a caracterização da tutela antecipada e da ação cautelar foi bastante breve.

Esta distinção está longe de representar uma solução para o anseio de grande parte da doutrina, mas basta para o que queremos fixar como idéia básica de um e outro provimento. Antecipar, aqui, significa “dar antes aquilo que vai ser dado depois” (liberar os efeitos da tutela jurisdicional), enquanto a cautelar, visa outro provimento para “garantir aquilo que vai ser dado depois”. No entanto, apesar de diferenças formais, ambas tem o mesmo objetivo primordial, conforme ressaltamos insistentemente. São, no mais das vezes, tutelas de urgência, que servem para garantir a eficácia do processo posto. Não se nega que ao término deste trabalho possamos concluir que pouco importa o tipo de tutela, pois o relevante é a salvaguarda do direito, a garantia da tutela efetiva.

Para o momento, é também importante fixar outro ponto comumente considerado diferenciador de tais medidas. Enquanto na tutela antecipada se exige a verossimilhança, na cautelar se exige o *fumus boni iuris*, ou fumaça do bom direito. O que se quer dizer é que o grau de convencimento do magistrado no caso da cautelar é menor do que na tutela antecipada. Exige-se na tutela antecipada uma formação de convencimento mais profunda, uma cognição mais precisa, não por isso exauriente, ainda sumária, mas ampliada quando comparada com aquela cognição sumária da cautelar.

Estes dois apontamentos, considerando o fim precípua do trabalho, são suficientes para o momento. O que não pode se deixar de lado ou se afastar no momento de qualquer análise, é a manifesta proximidade entre tais institutos, por serem garantidores da eficácia do processo. Por esta razão, antes de ser tutela antecipada ou cautelar, são tutelas de urgência e assim devem ser compreendidas.

“Apesar das diferenças conceituais relacionadas com a destinação de umas e outras, as antecipações de tutela e as medidas cautelares têm um fortíssimo elemento comum de agregação, que induz a integrá-las numa categoria só – a saber, categoria das medidas de urgência. No estado atual do pensamento processualístico, que se endereça a resultados sem se deter em desnecessários pormenores conceituais e puramente acadêmicos, o que importa é pensar nas medidas cautelares e antecipatórias de tutela jurisdicional como modos de combate a esse inimigo dos direitos, que é o tempo. Daí legitimar-se o destaque à categoria das medidas de urgência, pondo em plano inferior entre as distinções entre as suas espécies”⁴³.

⁴³ Cândido Rangel DINAMARCO, *Instituições de Direito Processual Civil I*, p. 162.

Note-se, por fim, que este movimento de aproximação dos institutos não é obra exclusiva da doutrina, mas também é do legislador. O maior exemplo neste sentido é a inclusão feita pela lei 10.444/2002 no artigo 273 do CPC. O referido artigo passou, no parágrafo 7º, a admitir a aplicação do princípio da fungibilidade entre a cautelar e a tutela antecipada⁴⁴, otimizando a atuação do Estado-juiz na aplicação das tutelas de urgência e definindo a tendência de se estabelecer um único regime jurídico para estas medidas.

⁴⁴ CPC, “Art. 273 – (...)”

§ 7.º *Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”.*

III - A COGNIÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

O objetivo claro deste capítulo não é outro senão o de trazer linhas gerais de um dos aspectos fundamentais deste trabalho, a cognição. A intenção não é esgotar o tema, mas apresentar os traços elementares para compreensão deste fenômeno dentro do processo civil. Para isto, é fundamental nos pautarmos em uma das melhores obras pátrias que procurou sistematizar o assunto de maneira clara e objetiva⁴⁵. Nosso intuito não é o de reproduzir tal obra, no entanto, reputamos essencial apresentar de maneira simplificada e resumida a cognição, para que posteriormente estes dados sejam utilizados na análise efetiva das decisões do Supremo Tribunal Federal referentes às ADIMCs.

1 - O que é cognição?

Entender a cognição é saber como um juiz analisa as questões colocadas pelas partes e conseqüentemente como produz sua decisão. Em termos práticos significa buscar, em razão de determinado procedimento desenhado pelo legislador, qual a qualidade e a quantidade de informações a serem levadas em conta pelo juiz no momento da aplicação do direito⁴⁶. É dizer de qual maneira e em quanto tempo o juiz está autorizado pela lei a analisar os elementos probatórios, factuais e de direito da demanda. Trata-se de ato de pura inteligência do magistrado, pelo qual ele irá analisar e valorar os elementos trazidos pelas partes.

A existência da cognição por si só é decorrência lógica do contexto no qual o juiz está inserido. É importante e imperioso compreender que não obstante a sua função

⁴⁵ Kazuo WATANABE, *Da Cognição no Processo Civil*.

⁴⁶ Cf. Cassio Scarpinella BUENO, *Tutela Antecipada*.

institucional e constitucional, o magistrado é um ser humano e que ele deve necessariamente ser estranho à lide. Aliás, não conhecer previamente dos fatos trazidos até ele pelas partes é fundamental para que mantenha a imparcialidade do seu julgamento (o próprio princípio do devido processo legal impõe este desconhecimento prévio, garantindo que a lide seja apreciada de modo neutro). A partir de uma visão constitucional do processo, exige-se que o magistrado venha despregado de qualquer tipo de valoração prévia, ou de qualquer juízo previamente estabelecido, para não trazer para dentro do processo um vício insanável, pois se assim não fosse, uma das partes poderia ter vantagens escusas no momento da prolação da sentença⁴⁷.

Neste sentido, a cognição nada mais é do que uma técnica de valoração e apreciação pelo juiz dos elementos contidos na lide, externados na sua decisão. É parte de um processo de imersão de uma mente em determinado contexto fático até então desconhecido. Diante desta concepção, a função do magistrado é visualizar um problema inicialmente colocado, por ser o agente público legalmente instituído de poder decisório para resolver a demanda (é a personificação da jurisdição). O juiz deve invariavelmente se aproximar dos elementos trazidos pelas partes, formando seu juízo crítico e técnico (técnico no sentido de conhecer a ciência do direito e ser legalmente habilitado para tal tarefa) do qual se originará um resultado prático e efetivo, influenciando em uma relação na qual originalmente ele não integrava e passou a integrar em uma posição neutra.

Seria ilusão imaginar que o juiz no alto de sua imparcialidade vá decidir sem nenhum tipo de impregnação valorativa prévia. Inúmeros aspectos vão necessariamente influir na decisão do juiz, sejam culturais, de formação, psicológicos, sensitivos, intuitivos, dentre outros. Assim, é comum que juízes diferentes em situações idênticas produzam decisões diametralmente opostas, em razão de todos estes fatores conjugados⁴⁸. Porém, o que o sistema processual pressupõe é o máximo de imparcialidade possível, garantindo às partes que nenhuma delas será beneficiada de maneira indevida. Resultados distintos para casos semelhantes são inerentes ao próprio modelo constitucional do processo civil brasileiro.

No dizer de Kasuo WATANABE sobre a cognição, trata-se do ato de

⁴⁷ Mesmo entendendo que a imparcialidade não decorre diretamente do princípio do devido processo legal, há de se entender que este princípio impõe, ao menos, o fiel cumprimento dos procedimentos previsto em lei. O Código de Processo Civil aborda expressamente este aspecto, impondo o dever do magistrado ser imparcial na análise da demanda (art. 134 e seg. do CPC).

⁴⁸ Um exemplo clássico é do abalroamento de veículos, quando um mesmo acidente pode significar para um magistrado a culpa de determinado agente envolvido e para outro, a culpa de um segundo envolvido.

“considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do ‘judicium’, do julgamento, do objeto litigioso do processo”⁴⁹.

Considerando o tradicional conceito de silogismo, no qual duas premissas são colocadas (a maior – lei – e a menor – fatos), a partir das quais se espera uma conclusão. A cognição se encontraria justamente na apreciação destas premissas. Funciona como um elo substancial, um caminho lógico e inexorável que deve ser percorrido pelo magistrado para chegar a uma conclusão, pois é valorando a lei e os fatos que o magistrado será capaz de julgar uma lide.

A cognição⁵⁰ é meio fundamental pelo qual um magistrado toma sua decisão, sem a qual o processo não poderia ser estabelecido. é instrumento necessário para sustentar o estado de direito nos moldes concebidos no Brasil, pois é a partir dela que passa a ser possível controlar a atividade dos magistrados e entender as razões pelas quais determinada decisão foi em um e não em outro. Para tanto, a cognição pode ser entendida sob diversos ângulos, pois é nos procedimentos estabelecidos pela lei que ela encontrará seu molde e seus limites.

2 - A motivação e sua relação intrínseca com a cognição

Os mais céticos perguntariam: ora, se a cognição é um ato de inteligência, um ato sobremaneira íntimo, como aferir o exato grau de cognição? Como expressá-la? Como torná-la materialmente fruível, no sentido de ser palpável ou verificável?

A cognição se constrói indubitavelmente ao longo de todo o caminho procedimental estabelecido até a decisão final⁵¹. Porém, ela encontra um momento maior, um momento de expressão propriamente dito, no qual ela deve extravazar as paredes do foro

⁴⁹ Kazuo WATANABE, *Da Cognição no Processo Civil*, p. 67.

⁵⁰ O termo *cognição* hoje é entendido algumas vezes como o próprio processo, não apenas como mera atividade do juiz. Utilizamos apenas no sentido de técnica de apreciação/inteligência do juiz. (Cf. Kazuo WATANABE, *Da Cognição no Processo Civil*, p. 66.)

⁵¹ Para não alongar o tema sobre a distinção entre *processo* e *procedimento*, propomos a adoção das definições adotadas por Cassio Scarpinella BUENO, no seu *Pequeno Glossário de Direito Processual Civil*. Processo é o *“método de atuação do Estado com vista à exteriorização de sua vontade”*, enquanto procedimento é a *“organização dos atos processuais de acordo com as normas jurídicas”* (Cassio Scarpinella BUENO, *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil teoria geral do direito processual civil*, p. 508).

íntimo e se corporificar na motivação. O que o juiz pensou e valorou deve ir ao papel, deve se materializar e se tornar público⁵².

O estado de Direito pressupõe para prolação de uma ordem ou de uma declaração por parte do juiz, um mandamento na forma de sentença ou decisão (provimento jurisdicional). Exige-se que este ato decisório seja motivado. Para obrigar alguém a ter uma conduta determinada é necessário que se explicitem os motivos (razões) fáticos e legais, justificadores desta obrigação. A idéia de que um comando provindo do Estado, seja ele qual for, não pressupõe de motivos, há muito se passou, principalmente com o advento da Constituição de 1988.

A motivação, que na Constituição de 1988 emerge como um princípio explícito no artigo 93, ou implícito na análise de outros dispositivos, está intimamente ligada à idéia de imparcialidade do juiz, sua independência e sua sujeição à lei, viabilizando a possibilidade de defesa e de controle social e institucional do magistrado. A motivação é também uma das expressões do devido processo legal, o qual garante acesso a um procedimento que assegure às partes todos os meios necessários para a efetivação do direito e até mesmo da justiça⁵³. Ademais, a lei também expressa claramente a necessidade de motivação (artigos 131, 165 e 458, inciso II do CPC).

A motivação, expressão maior da atividade cognitiva do magistrado, se coloca como mecanismo fundamental para o exercício do autocontrole da magistratura e como sustentáculo do Estado de Direito, que pressupõe, antes de mais nada, o respeito à ordem legal e a todas as garantias daí advindas.

3 - A cognição *per se*

A cognição tem diversos graus de profundidade e abrangência ou, em outras palavras, de qualidade e quantidade, enfim, diversas maneiras de qualificá-la e dividi-la, definidas conforme a natureza do processo ou a urgência da demanda.

⁵² Em regra, todos os processos são públicos (93, IX da Constituição Federal), salvo aqueles casos de preservação do direito à intimidade ou interesse social (Art. 5º, LX, da Constituição Federal).

⁵³ Justiça aqui deve ser compreendida como aquilo que se faz conforme o Direito, segundo as normas previstas em lei.

A cognição deve ser considerada em dois planos iniciais e distintos: o plano *horizontal* e o plano *vertical*. O primeiro trata da extensão ou amplitude da cognição, enquanto o segundo trata da *profundidade* da cognição.

“No plano horizontal, a cognição tem por limite os elementos objetivos do processo estudados no capítulo precedente (trinômio: questões processuais, condições da ação e mérito, inclusive questões de mérito; para alguns: binômio, com exclusão das condições da ação; Celso Neves: quadrinômio, distinguindo pressuposto dos supostos processuais). Nesse plano, a cognição pode ser plena ou limitada (ou parcial) segundo a extensão permitida.

No plano vertical, a cognição pode ser classificada, segundo o grau de sua profundidade, em exauriente (completa) e sumária (incompleta)”⁵⁴.

Em poucas palavras, se o magistrado puder analisar todas as questões trazidas pelas partes, a cognição é horizontalmente plena, porém se analisar apenas algumas questões ela é horizontalmente limitada. Não caberia aqui indagar sobre as razões pelas quais todas as questões não foram analisadas no momento de determinada decisão, pois tal fato, quando ocorre, é opção do legislador ao modelar determinado procedimento. Quanto à verticalidade, ou sua profundidade, em termos metafóricos, se for “rápida” e rasa será sumária, porém se for “lenta” e profunda será exauriente.

No que concerne à verticalidade, é muito difícil estabelecer um padrão objetivo para diferenciar o que venha a ser *cognição sumária* ou *cognição exauriente*⁵⁵. Cássio Scarpinella Bueno, de maneira bastante didática, explica:

“Trata-se de saber, para bem implementar o modelo constitucional do processo, em que condições se pode otimizar a prestação jurisdicional, pensada esta a partir de quantidade e qualidade de informações a serem levadas em conta pelo magistrado de cada caso concreto. É como se se quisesse responder às seguintes questões: quanto tempo o juiz deve levar para decidir determinados conflitos? Em que condições deve ele estar

⁵⁴ Kazuo WATANABE, *Da Cognição no Processo Civil*, p. 127.

⁵⁵ “Há, ainda, a cognição em sua forma mais tênue e rarefeita, sendo mesmo eventual. Que é cumprida no processo de execução” (Kazuo WATANABE, *Da Cognição no Processo Civil*, p. 128), que por não representar o objetivo deste trabalho, não será aqui abordada.

autorizado a resolver conflitos de forma mais rápida e, portanto, sem ter certeza absoluta se é o autor ou o réu que está certo?”⁵⁶

Ainda sobre o que representa a cognição para o juiz, continua o autor:

“ ... O que importa é que ele [o juiz] esteja suficientemente seguro para responder. As provas, vale a pena frisar este ponto, são mecanismos de que as partes se valem para convencer o juiz de que algo ocorreu de uma forma ou de outra. O que revela é que, nessas condições, o magistrado dispõe de todo o tempo que for necessário para formação de sua convicção. É esta, para empregarmos a expressão de Watanabe, a cognição exauriente.

Em outras situações, no entanto, o magistrado não dispõe de tempo para a formação de sua convicção. Premido pela urgência do pedido de prestação jurisdicional, ele tem de decidir – veja-se, desde logo, ele é obrigado a decidir -, independentemente de ter condições de formar uma convicção definitiva, em seu ânimo, sobre o que está a acontecer entre o autor e o réu. Haverá casos, até mesmo, em que nem sequer a ouvida do réu sobre os fatos e documentos trazidos pelo autor em sua petição inicial será possível. Para esses casos é que Watanabe fala em cognição sumária, típica de sentenças cautelares, e em cognição superficial, típica de liminares”^{57 58}.

Cumprе assinalar por fim, que é a partir da delimitação legal que o magistrado está legitimado a fazer uma ou outra espécie de cognição. Não há um modelo de cognição definido a priori, mas sim modelado de acordo com as peculiaridades de cada procedimento. “Com a combinação dessas modalidades de cognição, o legislador está capacitado a conceber procedimentos diferenciados e adaptados às várias especificidades dos direitos, interesses e pretensões matérias”⁵⁹. Neste contexto, é possível apenas definir linhas gerais aplicáveis a determinados procedimentos. Em regra, nos procedimentos urgentes (cautelares, antecipatórios ou liminares) a cognição realizada é sumária, pois o magistrado se encontra em posição peculiar, na qual a urgência da demanda não permite que ele tenha “tempo” suficiente para fazer a cognição exauriente. Isto não significa que a lei não possa definir regras específicas e diferenciadas para determinados procedimentos urgentes.

⁵⁶ Cassio Scarpinella BUENO, *Tutela Antecipada*, p. 15.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 17-18.

⁵⁸ A despeito desta distinção entre cognição *sumária* e *superficial* existir na obra de Watanabe, consideramos irrelevante qualquer distinção tendo em vista o objeto do presente trabalho (Cf. Kazuo WATANABE, *Da Cognição no Processo Civil*).

⁵⁹ Kazuo WATANABE, *Da Cognição no Processo Civil*, p. 129.

IV - O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL: TÉCNICA E POLÍTICA

O Legislador constitucional, ao elaborar a Constituição Federal do Brasil de 1988, optou por manter no país um controle de constitucionalidade das leis, com o objetivo de fiscalizar todos os diplomas legais que entrassem no ordenamento jurídico brasileiro e suscitasse algum tipo de dúvida, verificando sua compatibilidade com a referida Carta e assegurando conseqüentemente sua supremacia.

Esta supremacia constitucional não decorre de previsão expressa. Não há na Constituição de 1988 nenhum dispositivo que assegure, expressamente, a supremacia deste diploma perante as demais normas do sistema jurídico pátrio. No entanto, uma interpretação sistemática de diversos dispositivos da Carta leva claramente a este entendimento. Neste sentido, a existência de um controle de constitucionalidade das leis previsto na própria Constituição, além das cláusulas pétreas, são o maior sinal da hierarquia legal estabelecida no Brasil .

A despeito desta discussão sobre legitimidade e fundamentação normativa do controle, cumpre efetuar uma análise de aspectos um pouco mais precisos. No sistema brasileiro admite-se também o controle de Emendas Constitucionais, não apenas de leis. O artigo 60, §4º, da Constituição Federal prevê as chamadas *cláusulas pétreas*, as quais não podem ser abolidas pelo legislador constituinte derivado, por meio de emendas à Constituição. Assim, toda vez que uma nova redação é dada ao texto constitucional é possível verificar se não há contrariedade às cláusulas pétreas .

As inconstitucionalidades acontecem basicamente de duas formas:

a-) Por ação: pela produção de atos legislativos ou administrativos que contrariem normas ou princípios da Constituição.

b-) Por omissão: casos em que não sejam praticados atos legislativos ou administrativos necessários para dar aplicabilidade algumas normas constitucionais.

No Brasil adotou-se uma forma de controle de constitucionalidade de caráter híbrido. A primeira forma é o controle exercido por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI - (modelo europeu), caracterizada pelo controle abstrato⁶⁰, concentrado⁶¹, por meio de um processo objetivo⁶². É “o controle exercido fora do caso concreto, independente de uma disputa entre partes, tendo por objeto a discussão acerca da validade da lei em si”⁶³. A segunda forma de controle de constitucionalidade é a de exceção ou defesa (modelo americano), caracterizada pelo controle concreto⁶⁴, difuso⁶⁵, através de um processo subjetivo. É “a fiscalização constitucional desempenhada por juízes e tribunais na apreciação de casos concretos submetidos a sua jurisdição”⁶⁶, por meio, por exemplo, de Recursos Extraordinários - RE.

O caráter objetivo do controle concentrado de constitucionalidade das leis é um dos aspectos mais relevantes para a compreensão do fenômeno que analisamos neste trabalho. Conforme citamos, o STF considera o processo instaurado como sendo objetivo. Isto porque o processo possui uma série de nuances que o qualificam como tal e o cercam com várias peculiaridades, as quais devem ser destacadas para a sua completa caracterização. Não existem partes (o que existem são legitimados politicamente – pela Constituição – para instaurarem o processo). Não existe contraditório. Não cabe assistência ou litisconsórcio⁶⁷.

⁶⁰ Trata-se de uma abstração, pois não há litígio concreto, não sendo de um caso ou outro, mas sim de caráter geral (tese). Há neste controle a tutela da Constituição e do ordenamento jurídico como um todo, não do direito individual de um litigante determinado. Por este motivo também, concluímos que se trata de processo objetivo, que não tutela o direito individual (direito subjetivo, ou seja, direito de se valer do direito objetivo).

⁶¹ Apenas o Tribunal Constitucional brasileiro pode efetuar o controle, na figura do Supremo Tribunal Federal.

⁶² “O controle normativo de constitucionalidade qualifica-se como típico processo de caráter objetivo, vocacionado exclusivamente à defesa, em tese, da harmonia do sistema constitucional. A instauração desse processo objetivo tem por função instrumental viabilizar o julgamento da validade abstrata do ato estatal em face da Constituição da República. O exame de relações jurídicas concretas e individuais constitui matéria juridicamente estranha ao domínio do processo de controle concentrado de constitucionalidade. A tutela jurisdicional de situações individuais, uma vez suscitada a controvérsia de índole constitucional, há de ser obtida na via do controle difuso de constitucionalidade, que, supondo a existência de um caso concreto, revela-se acessível a qualquer pessoa que disponha de interesse e legitimidade (CPC, art. 3º)” (ADIMC 1.434-0, Rel. Min. Celso de Mello, ementa, disponível em www.stf.gov.br).

⁶³ Luís Roberto BARROSO, *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 49.

⁶⁴ A questão maior é defender um direito subjetivo, de um litigante determinado, sendo a inconstitucionalidade utilizada como um argumento, para dar ganho de causa em um caso concreto. Os efeitos não atingem outras pessoas.

⁶⁵ Qualquer juízo ou juiz pode analisar a questão.

⁶⁶ Luís Roberto BARROSO, *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 48.

⁶⁷ Lei nº 9.868/99, “Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.

(...)”. Cabe ressaltar que existem exceções à vedação de atuação de terceiros no controle concentrado de constitucionalidade das leis, trata-se do *amicus curiae*. “Na Lei nº 9.868/2004, que regula o procedimento da

Uma vez instaurado o processo, não se admite desistência⁶⁸. O Tribunal não se vincula ou se limita aos argumentos aduzidos na inicial⁶⁹. Com a revogação da lei, o processo não se mantém (perda do objeto), independentemente dos efeitos que tenha produzido, pois estes efeitos se restringem ao campo das relações pessoais (direito subjetivo).

O controle de constitucionalidade híbrido, com a conjugação do controle difuso e do controle concentrado, já faz parte do sistema de revisão judicial antes mesmo da Constituição Federal de 1988: o controle difuso existe desde o início da República e o controle concentrado foi inserido pela Emenda Constitucional nº 16/65, que modificou a Carta de 1946. A Constituição Federal de 1988 trouxe algumas inovações, tais como:

a-) Os recursos extraordinários ao STF ficaram condicionados ao fato de enfocarem questões constitucionais⁷⁰;

b-) A ampliação do rol de legitimados ativos para a propositura de ADI (art 103), que anteriormente apenas pertencia ao Procurador Geral da República;

c-) A ADI voltou a funcionar também em âmbito estadual, nomeada como representação de inconstitucionalidade (art. 125, §2º);

d-) A inserção do controle de constitucionalidade por omissão por meio de ação direta (art. 103 §2º) e mandado de injunção (art. 5º, LXXI).

O que mais chama a atenção neste rol de inovações é, certamente, a descentralização da prerrogativa de propositura de uma ADI, com a ampliação do rol de legitimados ativos para a propositura desta. Esta prerrogativa era conferida apenas ao Procurador Geral da República, que passou a dividi-la também com o Presidente da República, com a Mesa do Senado Federal, com a Mesa da Câmara dos Deputados, com a Mesa de Assembléia Legislativa ou Câmara Legislativa do Distrito Federal, com os Governadores de Estado ou do Distrito Federal, com o Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil; com partidos políticos que tenham representação no Congresso Nacional e com

‘ação direta de inconstitucionalidade’ e da ‘ação declaratória de constitucionalidades’, contudo, há previsão ampla e suficiente para albergar a atuação do ‘amicus curiae’. Trata-se de seu art. 7º, §2º” (BUENO, Cassio Scarpinella, p. 530).

⁶⁸ Cf. ADIMC nº 2049 - RJ, Rel. Min. Neri da Silveira.

⁶⁹ Cf. ADIMC nº 2396 - MS, Rel. Min. Ellen Gracie.

⁷⁰ Pela Constituição anterior o STF também julgava, por meio de Recurso Extraordinário, as causas decididas que negavam vigência a leis ou tratados federais, competência esta hoje atribuída ao Superior Tribunal de Justiça (STJ).

confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional⁷¹. Em suma, qualquer minoria com o menor grau de representatividade pode se valer do controle concentrado de leis. Esta medida, dentre outras conseqüências, causou o aumento no número deste tipo de ação no STF⁷², ou seja, a jurisdição constitucional passou a ter uma demanda muito maior.

Essa ampliação não diz respeito apenas à história brasileira, ela começa a partir do século XX, quando o Judiciário assistiu a um aumento expressivo nas suas atribuições capitais. Houve a expansão no controle constitucional das leis, pautado principalmente na experiência norte-americana. Ocorre, que desde a elevação da Suprema Corte dos EUA⁷³ e de outros Tribunais Constitucionais fundados neste modelo (incluindo o Supremo Tribunal Federal) à condição de ultimo órgão capaz de proferir decisão em questões controversas⁷⁴ envolvendo normas constitucionais, tem sido difícil estabelecer limites ao arranjo institucional estabelecido.

Esse sistema, por sua vez, aproxima direito e política, ao sujeitar a vontade democrática majoritária à vontade de um número determinado de juízes. Ademais, permite que questões de um conflito tipicamente político transitem para o Poder Judiciário, que deve ser igualmente forte quando comparado ao Executivo e Legislativo, a fim de permitir algum tipo de equilíbrio (em homenagem ao princípio da separação dos poderes).

No Brasil esta ampliação é ainda mais acentuada. Nos moldes trazidos pela Constituição de 1988 o Brasil possui uma peculiaridade: a existência do controle concentrado e do controle difuso convivendo no mesmo sistema. Além da descentralização fruto do modelo difuso, permitindo a qualquer cidadão questionar a constitucionalidade de uma lei na sua aplicação no caso concreto, o sistema brasileiro também se tornou extremamente acessível pela via direta, conforme visto. Desta forma, o STF passou a ser uma arena de resolução de

⁷¹ O STF passou a exigir pertinência temática a estes entes, ou seja, eles só poderiam impetrar uma ADI caso a norma impugnada fosse referente à sua classe de representados.

⁷² Cf. Luiz Werneck VIANNA, *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*.

⁷³ O controle de constitucionalidade estabelecido nos Estados Unidos não veio através da Constituição, mas por meio da jurisprudência, no afamado caso *Marbury v. Madison*, de 1803, no qual o Juiz Marshall abriu um precedente que vêm sendo seguido até os dias de hoje. A Suprema Corte fixou o entendimento de que os juízes americanos também são responsáveis por não aplicar leis contrárias a Constituição, sendo a Suprema Corte daquele país a última instância a proferir decisão em casos controversos (U.S. Supreme Court: WILLIAM MARBURY v. JAMES MADISON, Secretary of State of the United States., 5 U.S. 137 (1803).

⁷⁴ Principalmente fruto da conflituosa relação Executivo/Legislativo trazida no capítulo anterior. Mesmo em um governo de coalizão, esta pode ver suas políticas questionadas pela oposição, no STF.

conflitos relacionados a interesses individuais, federação e disputas entre Legislativo e Executivo⁷⁵.

Outro fator importante, além da já referida proteção às minorias políticas, é o forte papel assumido pelo Judiciário como instância de implementação de alguns tipos de políticas públicas, na figura dos direitos sociais e coletivos, papel tradicionalmente conferido aos poderes Executivo e Legislativo.

Este tipo de ampliação está muito ligado ao surgimento do Estado de Bem Estar Social, ou Providência, logo após a II Guerra Mundial⁷⁶. A partir deste momento, a justiça passa a ser guiada pelos fundamentos da intervenção econômica e promoção do bem estar social e o Estado passa a ter papel de extrema relevância, saindo de garantidor a prestador, tentando, através do intervencionismo, reduzir as desigualdades sociais.

As políticas públicas passam a ser sinônimo de normas jurídicas, sob as quais vontades políticas são traduzidas, conforme expõe Luiz Werneck Vianna

“A linguagem e os procedimentos do direito, por que são dominantes nesta forma de Estado, mobilizam o poder Judiciário para o exercício de um novo papel, única instância institucional especializada em interpretar normas e arbitrar sobre sua legalidade e aplicação, especialmente nos casos sujeitos à controvérsia”⁷⁷.

O direito passa a ser indeterminado e indefinido, diante de um Estado garantidor, que deve decidir, regular e agir em *“simultaneidade com os agentes econômicos”⁷⁸*, focado pelos tempos presente e futuro. Neste quadro, a lei passa a ser necessariamente moldada pelo Poder Judiciário, o que na prática torna-o muitas vezes mais legislador do que o próprio legislador.

Os juízes, neste cenário, têm a possibilidade de controlar os Poderes que originalmente são políticos. Uma agenda de igualdade que permite a esta esfera do poder

⁷⁵ Governos de coalizão, como no caso do Brasil, têm como requisito funcional necessário a existência de uma Corte Constitucional que possa intervir nos momentos de crise entre Legislativo e Executivo, *“definindo parâmetros políticos para resolução dos impasses e impedindo que as contrariedades políticas de conjuntura levem à ruptura do regime”* (Sérgio H. H. de ABRANCHES, *Presidencialismo de Coalizão: O Dilema Institucional Brasileiro*).

⁷⁶ O objetivo do trabalho não é tratar do tema Estado de Bem Estar, mas apenas trazer linhas gerais e as consequências disto para o Judiciário. Para isso recomendamos a leitura de Boaventura de Sousa SANTOS, *Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas*.

⁷⁷ Luiz Werneck VIANA, *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*, p. 20.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 20.

controlar as outras, com base no justo, legitimado pela positivação de princípios fundamentais como a liberdade, igualdade, legalidade, dentre outros.

O mecanismo de ação estatal é o direito, criando leis e principalmente Constituições garantidoras de direitos sociais, denominadas dirigentes. Estas estabelecem parâmetros de ação Estatal, que muitas vezes não são cumpridos, permitindo ainda à Corte constitucional e outros Tribunais, interferirem na formatação de políticas públicas, com fundamento nas próprias regras do jogo.

Outro fator importante na análise do Judiciário, no contexto da separação de poderes brasileira, é o grau de constitucionalização de políticas públicas, ou seja, a inserção de políticas governamentais na Constituição. A Carta brasileira de 1988 chama atenção pelo seu tamanho e pelos vastos campos de atuação, trazendo diversos dispositivos que denotam típicas políticas públicas⁷⁹, conjugados com a incorporação de mecanismos e instrumentos de validação destes direitos. O Supremo Tribunal Federal, ao controlar a constitucionalidade de leis, passa a ser acionado também por motivos relativos a políticas governamentais e, portanto, passa a controlar as atividades dos Poderes Legislativo e Executivo.

O Judiciário passa a ter um papel assaz relevante no quadro da separação de poderes brasileira, sendo também claramente um Poder politizado. Se isto é bom ou ruim, não nos cabe indagar, tendo em vista que tal situação é fruto da própria estrutura institucional prevista na Constituição de 1988. Apenas estes fatores não são suficientes para chegarmos a esta conclusão, mas a própria relação Executivo/Legislativo, que denota a necessidade de um Poder forte o suficiente para equilibrar o jogo entre os outros dois poderes, no leva a este fim.

Em síntese, o que Luiz Werneck VIANNA chama de “*comunidade de interpretes*”⁸⁰ é, sem dúvida, um dos principais motivos que levaram à politização do Judiciário, uma vez que a sociedade civil organizada estava atada antes da Carta de 1988, impossibilitada de provocar o Judiciário através do controle concentrado de constitucionalidade (fato explicado pelo aumento no número de ADIs pós 1988⁸¹). Ao estatuir o controle híbrido de constitucionalidade, ao permitir que diversos atores questionem atos de outros Poderes, ao garantir que a palavra do STF será a última (na qualidade de guardião da Constituição), ao trazer garantias sociais a esta e ao expandir o acesso ao Judiciário, a Carta brasileira permite que este Poder tenha uma formatação peculiar, mantendo-o como um Poder

⁷⁹ Cf. Rogério Bastos ARANTES; Cláudio Gonçalves COUTO, *Constituição ou Políticas Públicas? Uma Avaliação do Governo FHC*.

⁸⁰ Trata-se do rol de legitimados para propor uma Ação Direta de Inconstitucionalidade.

⁸¹ Cf. Luiz Werneck VIANNA, *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*, p. 20.

extremamente fortalecido, responsável por definir, em última análise, muito da formatação e disposição dos Poderes.

Estas discussões, apesar de não trazerem aspectos tecnicamente processuais, são relevantes para exporem o contexto no qual as ADIs e, significadamente as ADIMCs, devem ser compreendidas. Não há como, na leitura deste mecanismo constitucional disponibilizado pela Constituição de 1988 (ADIMC), ignorar as peculiaridade políticas que cercam a aplicação e utilização desta ferramenta. Tais características podem revelar inclusive a verdadeira razão para o STF dar um ou outro sentido para o instrumento.

No que concerne aos aspectos mais técnicos, é importante fixar ainda alguns pontos fundamentais para o desenvolvimento do trabalho e as conclusões que advirão.

Três são os métodos de controle concentrado de constitucionalidade das leis: a ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e argüição de descumprimento de preceito fundamental (neste trabalho serão analisadas apenas as ações diretas de inconstitucionalidades). A Constituição Federal ainda autoriza que exista controle de leis ou atos normativos estaduais e municipais face às Constituições estaduais, perante os Tribunais de Justiça dos respectivos Estados (art. 125, §2º CF).

No que concerne à lei ordinária que regulamenta o processo de controle de constitucionalidade, Lei nº 9.868/1999, foi elaborada após a consolidação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, de modo que o citado diploma em larga escala transformou em lei aquilo que já vinha sendo seguido e aplicado pelos Ministros da Corte.

Quanto aos efeitos da decisão proferida em sede de controle de constitucionalidade de leis, reveste-se de uma série de peculiaridades, inerentes ao próprio papel assumido por esta espécie de controle dentro de um sistema legal hierarquizado. Quando se tratar de controle concentrado, a decisão que decide pela inconstitucionalidade de determinada norma impugnada ocasiona conseqüentemente a retirada da norma pelo STF do ordenamento jurídico, gerando em regra, efeitos *ex tunc* (como se nunca houvesse gerado efeitos, a decisão retroage no tempo para o momento de promulgação da lei ou ato normativo)⁸². Até mesmo pela lógica do controle, tal decisão tem efeitos amplos, o chamado

⁸² O art. 27 da Lei nº 9.868/99 permite que os efeitos sejam restringidos como *ex nunc*, sempre por maioria de votos de no mínimo dois terços dos membros do STF, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

“Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus

efeito *erga omnes* e vinculada, ou seja, vale para todos, devendo necessariamente ser seguida pelos demais Tribunais, juízes e entes da Administração Pública.

O controle difuso é aquele no qual qualquer magistrado, em qualquer esfera do Judiciário, pode decidir pela constitucionalidade de lei ou ato normativo, sempre de maneira incidente, limitando-se ao caso concreto trazido a juízo pelas partes (a decisão relativa à inconstitucionalidade não tem efeitos *erga omnes* e não é vinculante aos demais órgãos do Judiciário ou mesmo à Administração Pública, salvo se esta figurar como parte)⁸³.

A despeito da convivência entre dois tipos de controle, a relevância dada pelo constituinte de 1988 foi muito maior ao controle abstrato de normas, o que ocasionou uma concentração da questão constitucional no âmbito do STF, conferindo ao controle concreto mero status função acessória. Esta amplitude é resultado também da existência da ADIMC, ao permitir que a eficácia de uma norma seja suspensa liminarmente, amesquinhando ainda mais o controle incidental⁸⁴. Gilmar Ferreira MENDES indaga o porquê de não se permitir a extensão dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade proferida no controle incidental, haja vista a possibilidade de suspensão liminar das normas por parte do STF. Para o autor, a única razão lógica para este fato seria em motivo de índole histórica.

1 - A medida cautelar no controle concentrado de constitucionalidade

Dentre as competências do STF listadas no artigo 102 da Constituição Federal, encontra-se a de julgamento do pedido de medida cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade, o que já foi estendido, jurisprudencialmente, às Ações Declaratórias de Constitucionalidade⁸⁵. Trata-se de um procedimento de urgência em controle concentrado de constitucionalidade, que objetiva suspender a eficácia de uma norma até a decisão final, em

membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

⁸³ O Código de Processo Civil (artigos 480 a 482) impõe um procedimento específico para os Tribunais, o chamado *incidente de inconstitucionalidade*. Esta previsão impõe que no âmbito dos Tribunais, para que haja a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo no controle difuso, seja necessária a manifestação do Plenário. Nesta hipótese deve ser imposto o sobrestamento do feito até que o Plenário se manifeste sobre a inconstitucionalidade. Cabe salientar que a determinação genérica deste procedimento vem estabelecida na Constituição Federal, mais precisamente no artigo 97, ao informar que somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

⁸⁴ Gilmar Ferreira MENDES. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, p. 408.

⁸⁵ ADC nº 4, Rel. Min. Sydney Sanches. Disponível em www.stf.gov.br.

razão de uma situação de urgência eminente ou para garantir que a sentença final seja eficaz (atendendo ao princípio fundamental das tutelas de urgência). Trata-se de verdadeira exceção ao princípio da presunção de constitucionalidade das normas.

A despeito da previsão expressa na Carta, o provimento de urgência no controle concentrado vem de bem antes. Já na Constituição de 1967, por força da emenda constitucional nº 7 de 1977, foi incluída a competência do STF de processar e julgar o pedido de medida cautelar nas representações oferecidas pelo Procurador-Geral da República⁸⁶.

Mesmo antes da inserção da referida previsão constitucional na Carta de 1967, o STF já vinha aceitando o pedido de cautelar nas Representações de Inconstitucionalidade. O primeiro precedente que se tem notícia é a cautelar na Representação nº 933 – RJ, de relatoria do Ministro Thompson Flores. Tratava-se de representação voltada à declaração de inconstitucionalidade de parte de uma resolução do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. O pedido cautelar visava garantir a eficácia da decisão posterior, por meio da suspensão da execução das normas tidas como inconstitucionais, o que foi garantido, em razão da urgência do pleito.

“Um das inovações mais significativas no sistema de controle de constitucionalidade sem dúvida foi a possibilidade de concessão de medidas liminares no controle abstrato. É inquestionável que a concessão de uma medida liminar em uma ação direta de inconstitucionalidade produz significativa alteração no ordenamento jurídico. Funciona como uma espécie de antibiótico emergencial a fim de evitar que o vírus detectado pelo sistema imunológico do organismo estatal, continue a se reproduzir na corrente sanguínea do Estado, regulando de forma metabolicamente inconstitucional inúmeras relações jurídicas”⁸⁷.

A Lei nº 9.868/99, que regulamenta o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, também cuidou de delinear traços relevantes da ADIMC. Porém, o que fez a lei foi, em parte, consubstanciar aquilo que já havia sido fixado pelo STF em seus julgados, pois mais de 10 anos separaram a Constituição e a promulgação da respectiva lei.

⁸⁶ As Representações são antecessoras ao atual modelo de controle concentrado de constitucionalidade de leis. Apesar dos nomes distintos, trata-se de instrumento muito semelhante à atual Ação Direta de Inconstitucionalidade.

⁸⁷ Sylvio MOTTA e William DOUGLAS, *Controle de constitucionalidade – teoria e questões*, p. 109 apud Ives Gandra da Silva MARTINS e Gilmar Ferreira MENDES, *Controle Concentrado de Constitucionalidade – comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*, p. 186.

Em que pese a Lei nº 9.868/99 ter representado um marco na utilização das medidas cautelares em sede de controle concentrado de constitucionalidade (como se verá adiante), a nova base normativa não trouxe grandes mudanças ao regime de apreciação da ADIMC até então aplicado (por força de precedentes e do próprio regimento interno do STF).

Como ocorre com determinadas tutelas de urgência, a medida cautelar pressupõe para sua concessão, a coexistência do “*fumus boni iuris*” (probabilidade ou relevância dos fundamentos de direito apresentados) e o “*periculum in mora*” (risco da demora do provimento final, utilizada para garantir a efetividade do resultado final). Quanto ao segundo requisito não cabem maiores considerações, por se tratar da clássica “urgência” ou risco pela não-concessão. Em poucas palavras significa que se a tutela de urgência não for concedida para suspender a aplicação o feito colocará em risco o resultado útil do processo de controle concentrado.

“Tratando-se de provimento destinado a afastar riscos à efetividade da tutela definitiva, a medida liminar atua não em domínio meramente formal, mas no plano da realidade. Seu objeto não é, portanto, o de declarar provisoriamente a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do preceito normativo, mas sim o de impor comportamentos compatíveis com os que deverão decorrer da futura declaração”⁸⁸.

Quanto ao primeiro requisito supramencionado, o *fumus boni iuris*, ao mesmo tempo em que se coloca como um requisito da ADIMC, confunde-se com o próprio fundamento de direito da ação principal, ou seja, se confunde com o mérito da ADI respectiva, por ser também o argumento de inconstitucionalidade de uma determinada norma. Ora, não há como uma norma ser mais ou menos constitucional, ser constitucional hoje e não ser amanhã, na realidade ou uma norma é ou não é inconstitucional, nada mais do que isto. Na apreciação das tutelas de urgência nos procedimentos comuns o que há é um juízo de probabilidade. Probabilidade porque a cognição ainda não está completa, porque o processo comporta ainda uma série de atos para o devido convencimento do juiz, trata-se da modalidade de cognição sumária, especificada no capítulo anterior. Já nas tutelas de urgência do controle concentrado os Ministros estão diante única e exclusivamente de uma matéria de direito, na qual não existem outros fatores além do íntimo e do juízo próprio de cada um, modela-se, portanto, como modalidade de cognição exauriente. Evidentemente que o Ministro pode desejar mais tempo para uma reflexão mais apurada e assim elaborar um “juízo” mais

⁸⁸ Teori Albino ZAVASCKI, *Antecipação de Tutela*, p. 257.

preciso e correto. Ocorre que essencialmente a cognição é a mesma, em tempos distintos é bem verdade, mas os elementos colocados ao magistrado são os mesmos.

O que está sendo discutido é a mesma inconstitucionalidade, seja no mérito, seja na cautelar, com fulcro nos mesmos elementos cognitivos, em regra. Há uma relação de proximidade muito grande entre o conteúdo da medida cautelar em sede de controle concentrado e o conteúdo da respectiva decisão final.

“Há, como se percebe, íntima relação de pertinência entre o conteúdo da medida liminar e o da futura sentença final. Os efeitos daquela – que resultam, conforme se tratar de ação direta ou de ação declaratória, em suspensão ou em imposição da eficácia do preceito normativo objeto da demanda – coincidem com os que decorrerão da futura e eventual procedência da ação. Trata-se, destarte, de provimento de natureza antecipatória”⁸⁹.

É importante frisar ainda que o STF admite esteja presente ou um ou outro requisito, sem a necessária concomitância⁹⁰. Assim, quando só estiver presente o *fumus boni iuris*, a cognição efetuada na cautelar se aproxima ainda mais daquela efetuada no mérito. Neste contexto, a ADIMC teria sentido de ser apenas quando no seu bojo estivesse sendo discutida somente a apreciação da urgência (risco da ineficácia da decisão final), pois o mérito seria analisado efetivamente quando da prolação de sentença definitiva, quando da apreciação da a inconstitucionalidade da lei. Conceder a medida cautelar com base apenas no “*fumus bom iuris*” seria aproximar ainda mais o conteúdo da liminar com o do mérito.

A despeito destas reflexões, outras características são relevantes no intuito de caracterizar o instituto. O provimento da ADIMC consiste na suspensão do ato normativo questionado, ou seja, suspende-se a eficácia⁹¹ da norma temporariamente. Evidentemente, o efeito na ação declaratória de constitucionalidade é inverso, no sentido de confirmar a eficácia

⁸⁹ Teori Albino ZAVASCKI, *Antecipação de Tutela*, p. 257.

⁹⁰ ADIMC nº 463, Rel. Min. Marco Aurélio, disponível em www.stf.gov.br. Neste sentido também Teori Albino ZAVASCKI, *Antecipação de Tutela*, p. 256.

⁹¹ ADIMC nº 463, Rel. Min. Marco Aurélio, disponível em www.stf.gov.br. Neste sentido também Teori Albino ZAVASCKI, *Antecipação de Tutela*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 256.

⁹¹ Para Maria Helena Diniz, eficácia “*é a qualidade da norma vigente de produzir, no seio da coletividade, efeitos jurídicos concretos, considerando, portanto, não só a questão de sua condição técnica de aplicação, observância, ou não, pelas pessoas a quem se dirige, mas também a de sua adequação em face da realidade social, por ela disciplinada, e dos valores vigentes na sociedade, o que conduziria ao seu sucesso. A eficácia diz respeito, portanto, ao fato de se saber se os destinatários da norma ajustam, em maior ou menor grau, às prescrições normativas, ou seja, se cumprem, ou não, os comando jurídicos, e se os aplicam ou não. Trata-se da eficácia jurídica*” (Maria Helena DINIZ, *Dicionário Jurídico* Vol. 2, p. 319), enquanto que efeito “*é aquilo que advém de uma causa eficiente ou final*” (Maria Helena DINIZ, *Dicionário Jurídico* Vol. 2, p. 313), ou seja, uma consequência.

da norma provisoriamente. Com a suspensão da norma, no caso de deferimento da ADIMC, retomam-se os efeitos das normas anteriores⁹².

Quando comparada com a ADI, as características da ADIMC são muito semelhantes, pois ambas são aplicáveis *erga omnes* e versam sobre a mesma inconstitucionalidade⁹³. Ademais, a decisão deve ser cercada dos meios necessários à sua imposição obrigatória, caso contrário perderia seu sentido teleológico. No entanto, seus efeitos não são presumidamente *ex tunc*, mas sim *ex nunc* (apenas excepcionalmente este efeito poderá ser *ex tunc*, denotando sua natureza preventiva, voltada a evitar futuros danos⁹⁴).

O traço marcante da ADIMC, principalmente quando comparada à ADI, é a provisoriedade, podendo ser revogada a qualquer tempo, pelo julgamento de mérito ou mesmo pela extinção do feito sem julgamento do mérito (perda do objeto, *v.g.*).

“Os atos e as abstenções, os direitos, deveres, faculdades, pretensões, ônus, preclusões, nascidos sob influência da liminar, terão, necessariamente, natureza também precária, ficando submetidos a uma especial condição, suspensiva ou resolutive: a da confirmação da liminar pela sentença final de procedência da ação”⁹⁵.

Deste caráter de precariedade ou provisoriedade, eclodem duas alternativas inflexíveis quando da concessão da medida cautelar em sede de controle concentrado (desconsiderando a possibilidade de perda do objeto). A mais fácil das possibilidades é a confirmação da ADIMC, a segunda é a revogação da ADIMC com a conseqüente inversão do resultado quando do julgamento do mérito, o que invariavelmente gera uma responsabilidade ainda maior para o Judiciário, pois é necessário retornar ao *status quo ante*, ou seja, aquele que se encontrava no momento da concessão da cautelar (a revogação da liminar gera efeitos *ex tunc*).

⁹² Representação nº 1.356 - AL, Rel. Min. Francisco Resek. Disponível em www.stf.gov.br.

⁹³ Quanto ao efeito vinculante, é forçoso fazer algumas observações. Não se nega o efeito vinculante da ADI, por força de previsão legal expressa neste sentido (art. 28 da Lei nº 9.868/99). No entanto, quanto ao efeito vinculante da ADIMC pairam algumas dúvidas. O STF já entendeu que o indeferimento da cautelar não tem efeito vinculante (Reclamação nº 2.063 - RJ, Rel. Min. Ellen Gracie). De outra ponta o deferimento implica na necessária suspensão de todos os processos em andamento perante o STF que tenham como fundamento aquela determinada inconstitucionalidade (RE 168.277 - RS, Rel. Min. Ilmar Galvão). Frise-se que alguns precedentes apontam, nesta última hipótese, para a suspensão de processos em tramite perante outros órgãos do Judiciário (QO-ADI nº 1.244 - SP, Rel. Min. Néri da Silveira).

⁹⁴ Cf. Art. 11, §1º da Lei nº 9.868/99.

⁹⁵ Teori Albino ZAVASCKI, *Antecipação de Tutela*, p. 263.

V - RESULTADO QUANTITATIVO DA PESQUISA JURISPRUDENCIAL NO STF

Este capítulo objetiva apresentar de maneira sistematizada os dados levantados por meio de pesquisa realizada junto ao STF, que buscou estudar os acórdãos proferidos em sede de controle concentrado de constitucionalidade, mais especificamente naqueles com apreciação da medida cautelar. Neste momento do trabalho a intenção não é efetuar uma análise dos votos dos Ministros, focando exclusivamente no cruzamento de informações relevantes, que, ao término trabalho, servirão de subsídio para as conclusões lançadas. Antes de adentrarmos na exposição destes dados, é forçoso que os critérios metodológicos sejam delimitados, impedindo assim questionamentos desta ordem⁹⁶.

1 - Metodologia

A idéia inicial era catalogar um determinado número de medidas cautelares em Ação Direita de Inconstitucionalidade⁹⁷ que tivessem sido julgadas definitivamente (no mérito⁹⁸). A partir deste quadro os dados conseguidos seriam analisados para o fim de delimitar a utilização da medida cautelar dentro do STF, especificamente no que concerne ao controle concentrado. Foi preciso definir então quantas e quais decisões entrariam neste quadro, o que precisaria de um corte metodológico muito exato, para que eventuais amostras

⁹⁶ As tabelas estão apresentadas como anexos, no fim deste trabalho.

⁹⁷ Neste trabalho os termos “medida cautelar” e “liminar” terão sempre o significado de ADIMC.

⁹⁸ Não desejamos aqui travar uma longa discussão sobre o conceito do termo “mérito” no processo civil. Maria Helena Diniz apresenta diversas concepções para o verbete, seja como o próprio pedido do autor; como conflito de interesses qualificados pela pretensão do autor e resistência do réu; como parte da causa que abrange o conjunto de fatos examinados, juridicamente, pelo órgão judicante, para prolatar a decisão e solucionar a relação jurídica; ou como questão substancial do processo, ou seja, relação jurídica material, que constitui o objeto do processo. Nós utilizamos a palavra mérito neste tópico com o significado de resultado final e definitivo, prolatado por meio da ADI, o que se aproximaria como a própria questão substancial do processo.

refletissem o real comportamento do STF quando do julgamento deste tipo específico de cautelar.

O primeiro passo foi fixar o número absoluto de ADIMCs até uma determinada data. Partindo deste pressuposto, buscamos junto ao *site* do STF estes números. O *site* do Tribunal disponibiliza o Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário – BNDPJ, o qual informa uma série de dados, dentre os quais, o número de ADIs e ADIMCs julgadas desde 1988. A partir deste ponto, e considerando o ano corrente de 2007, a opção foi por definir o corte metodológico entre os anos de 1988 e 2006. Ainda assim era preciso delinear os critérios de escolha das amostras analisadas. Diante de latente dificuldade neste momento, a opção foi por analisar todas as ADIMCs que houvessem sido apreciadas e já possuíssem um resultado definitivo.

Para tanto, as informações contidas no *site* do STF não eram suficientes. Como alternativa a tal situação, entramos em contato com o setor responsável daquele Tribunal, o qual gerou listas de todas as ADIMCs que já possuíam resultado definitivo. Os dados daí provenientes se tornaram a base de dados definitiva do trabalho⁹⁹.

O segundo passo era contabilizar e catalogar todos estes acórdãos. A partir de experiências pregressas com este tipo de pesquisa¹⁰⁰, definimos alguns critérios para constar nas tabelas de catalogação:

- 1-) Resultado da ADIMC: deferida ou indeferida.
- 2-) Resultado da ADI: procedente; improcedente ou prejudicada.

Destas duas primeiras qualificações resultaram 6 (seis) possíveis combinações relativas ao resultado da medida cautelar e o resultado da ADI que está vinculada

⁹⁹ Aqui é importante salientar alguns pontos relevantes. Ao entrar em contato com o Supremo Tribunal Federal, nos foi informado que os dados do BNDPJ eram inseridos pelo setor de informática daquele órgão e por tal motivo possuíam uma série de nuances (o que explica a sensível discrepância entre os dados fornecidos neste trabalho com aqueles contidos no BNDPJ). Quanto aos dados relativos às ADIMCs, por exemplo, lá constam os números referentes a todas as ADIMCs julgadas, mesmo aquelas que ainda não se tornaram definitivas por força de decisão final. Ademais, muitas decisões seriam lançadas em um único processo, porém extensivas à outros que por sua vez não recebem o referido andamento, embora tenham a liminar apreciada mesmo que extensivamente (neste caso decisões iguais seriam lançadas no BNDPJ, quando na realidade seriam um único acórdão). Outra explicação passada é que são inseridas decisões de mérito nas decisões liminares, ou seja, uma liminar não foi apreciada, e sim o mérito, a o Setor de Informática lança o resultado de mérito no campo de liminar. Por isso assumimos para a presente análise os dados que nos foram enviados por meio das listas. Esta listagem de ADIMCs foi disponibilizada por Fabiano Rodrigues de Abreu, chefe-substituto da Seção de Processos do Controle Concentrado do Supremo Tribunal Federal, no dia 08 de janeiro de 2007.

¹⁰⁰ Trata-se de Iniciação Científica realizada junto à Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), vinculada à Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP), intitulada *A Separação dos Poderes na Carta de 1988 sob a Óptica do Supremo Tribunal Federal*, disponível em <http://www.sbdp.org.br/iniciacoes.php>.

(relembrando que aquelas sem resultado definitivo não foram consideradas): ADIMC deferida com ADI procedente; ADIMC deferida com ADI improcedente; ADIMC deferida com ADI prejudicado; ADIMC indeferida com ADI procedente; ADIMC indeferida com ADI improcedente; ADIMC indeferida com ADI prejudicado.

Outras informações ainda foram consideradas:

3-) Data de julgamento da ADIMC

4-) Votação da ADIMC: unânime ou maioria

5-) Data de julgamento da ADI

6-) Votação da ADI: unânime ou maioria

7-) Norma impugnada: ato do Legislativo, ato do Judiciário, ato normativo, decreto, lei ordinária (lei), lei complementar, Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), Constituição Estadual¹⁰¹, Emendas à Constituição (tanto federal, como estadual), Medida Provisória.

8-) Requerido: União, Estados e outros.

9-) Faixa de tempo: aqui foram delimitadas faixas para classificar o tempo entre o julgamento da ADIMC e o julgamento da respectiva ADI. As faixas são anuais, seguindo uma legenda própria¹⁰².

¹⁰¹É pacífico no Supremo Tribunal Federal que não existem normas constitucionais inconstitucionais, ou seja, as normas originais da Constituição não podem ser consideradas inconstitucionais, por não haver hierarquia entre elas (ADI nº 815 – DF, Rel. Min. Moreira Alves). Este é um posicionamento relativo à Constituição Federal, pois quando se trata de Constituições Estaduais, estas podem ser consideradas inconstitucionais face à Constituição Federal (modelo federal deve prevalecer).

¹⁰² Legenda:

Menos de 1 ano: 0
De 1 a 2 anos: 1
De 2 a 3 anos: 2
De 3 a 4 anos: 3
De 4 a 5 anos: 4
De 5 a 6 anos: 5
De 6 a 7anos: 6
De 7 a 8 anos: 7
De 8 a 9 anos: 8
De 9 a 10 anos: 9
De 10 a 11 anos: 10
De 11 a 12 anos: 11
De 12 a 13 anos: 12
De 13 a 14 anos: 13
De 14 a 15 anos: 14
De 15 a 16 anos: 15
De 16 a 17 anos: 16

10-) Dias: delimitação da quantidade de dias entre o julgamento da ADIMC e da ADI respectiva¹⁰³.

Foram catalogadas 936 ADIMCs que possuíam resultado final por meio da respectiva ADI. A partir destas delimitações foi possível chegar a alguns cruzamentos interessantes, que serão agora apresentados.

2 – Resultados

Dentre os diversos aspectos encontrados, abordados ao longo desta apresentação, o que mais se destaca é a relação entre o resultado da cautelar com o resultado do julgamento final. Neste contexto, apenas seis poderiam ser as alternativas de resultado, conforme bem demonstra o quadro abaixo¹⁰⁴:

Resultado Cautelar	Resultado Mérito	Quantidade	Porcentagem aproximada
Deferida	Procedente	409	43,69%
Indeferida	Prejudicado	175	18,69%
Indeferida	Procedente	59	6,30%
Indeferida	Improcedente	55	5,87%
Deferida	Prejudicada	219	23,39%
Deferida	Improcedente	19	2,02%

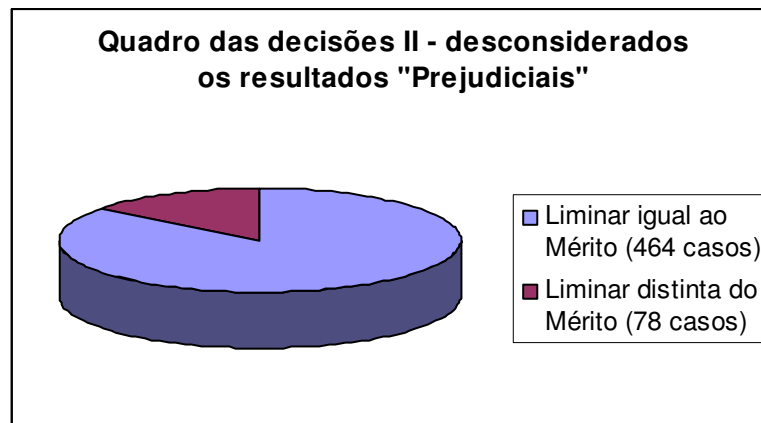
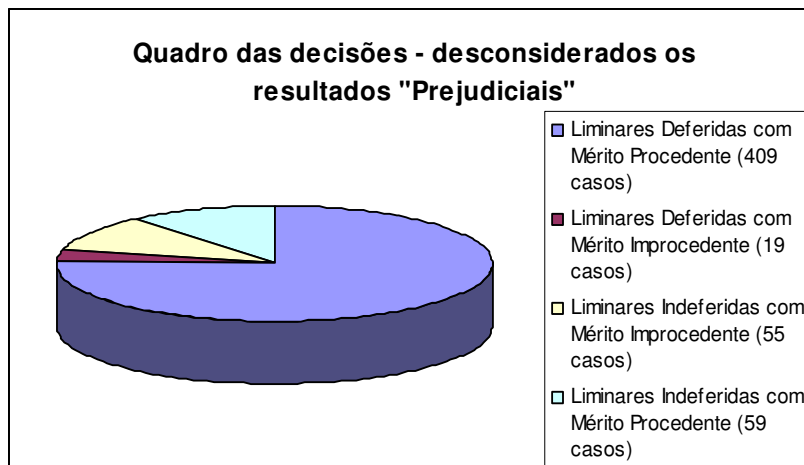
A simples análise deste quadro já demonstra claramente que o maior número de casos são aqueles de deferimento da ADIMC e posterior julgamento procedente da ADI (43,83% das ações)¹⁰⁵. Quando estes dados são examinados de maneira ainda mais estrita, desconsiderando as hipóteses de prejudicialidade, ou seja, casos em que o Tribunal é forçado a analisar o mérito da causa, as constatações são ainda mais incisivas. Os caso de liminares deferidas com o mérito procedente (409 casos) representam 75,46%. Se forem considerados

¹⁰³ Para calcular o intervalo de tempo entre o julgamento da ADIMC e o julgamento da ADI, com base nas datas respectivas, foi utilizada a função DIAS360 do programa Excel, parte integrante do Microsoft Office 2007.

¹⁰⁴ Cumpre salientar que desconsideramos para efeitos desta contabilização os casos de julgamento parcial. Para tanto, sendo parcialmente deferida a cautelar, foi inserida no grupo das cautelares deferidas, sendo parcialmente julgada procedente a ADI, foi inserida no grupo procedente. Nos casos de prejudicialidade, quando ela ocorria relativamente a parte da ação, foi considerada a outra parte, efetivamente julgada, para os fins de qualificação.

¹⁰⁵ Toda porcentagem aqui apresentada significa a aproximação no momento do cálculo. Assim, foram consideradas até a segunda casa decimal.

os casos em que o resultado da liminar é igual ao mérito¹⁰⁶, chega-se a um total de 464 casos, que neste último contexto apresentado significa 85,60% dos casos. Os Gráficos abaixo ilustram estes números:



Isto significa dizer que nos casos nos quais o mérito é efetivamente julgado, quando não há prejudicialidade, apenas em 14,39% dos casos o resultado da liminar é revertido, mostrando o alto grau de satisfatividade¹⁰⁷ desta tutela. Se considerarmos para o cálculo de reversibilidade todas as decisões analisadas e considerarmos que a prejudicialidade do mérito não significa inversão do resultado da liminar¹⁰⁸ (os Ministros são obrigados a

¹⁰⁶ Quando a liminar é deferida, o mérito é procedente; quando a liminar é indeferida, o mérito é improcedente.

¹⁰⁷ O termo satisfativo (satisfatividade) é utilizado neste trabalho para referir-se à irreversibilidade dos provimentos jurisdicionais resultantes das tutelas de urgência no âmbito do controle de constitucionalidade pátrio (alto grau de definitividade), ou seja, significa a satisfação definitiva da pretensão final almejada por meio de uma cautelar (que em regra deveria ser provisória). Frise-se, ao afirmar que a ADIMC é definitiva o fazemos no seu viés prático, não no seu viés técnico (a jurisprudência do STF demonstrou esta imutabilidade). Sobre a satisfatividade, sugerimos a leitura do subtítulo 3 do presente Capítulo, no qual o conceito foi abordado especificamente.

¹⁰⁸ Podemos afirmar que ao julgar determinada ADI prejudicada no mérito, considerando que sua respectiva Medida Cautelar (liminar) já havia sido apreciada e sua decisão também possui efeitos *erga omnes*, estaria sendo atribuído faticamente (não juridicamente) efeito definitivo à liminar. Afirmamos isso com base no seguinte dado: a ADIMC teria tido efeito até que uma condição externa afetasse o processo de julgamento definitivo (ex:

fundamentar tal alteração), o STF inverteu apenas 8,33% (78) dos casos, ou seja, em apenas 78 casos os Ministros tiveram o trabalho de construir uma argumentação para reverter o que havia sido prolatado em sede de ADIMC.

Tamanho é o grau de definitividade das decisões proferidas em sede de ADIMC que em 219 casos (23,39% do total de decisões selecionadas) a Medida Cautelar foi deferida, ou seja, suspendeu-se a aplicação de uma lei ou parte dela por “hipotética inconstitucionalidade”¹⁰⁹, e posteriormente, por algum motivo externo ao STF¹¹⁰, essa lei deixou de existir, ou foi reformulada, implicando na prejudicialidade do mérito, sem análise do STF. Isto pode significar que diante de um quadro de alta certeza da manutenção do resultado liminar quando do julgamento do mérito, os responsáveis pela norma cuidam de sanar aquele vício de inconstitucionalidade, reformulando ou simplesmente retirando a norma do ordenamento jurídico¹¹¹. Note-se, como se verá adiante, que o maior lapso temporal entre julgamento da liminar e mérito ocorreu quando a liminar era deferida e o mérito prejudicado.

É interessante ressaltar ainda, neste quadro inicial, que dentre os 936 processos catalogados nos quais a cautelar havia sido julgada, em 394 (42,09%) o mérito foi julgado prejudicado, ou seja, não houve análise efetiva por parte dos Ministros. Em mais da metade destas ações cujo mérito foi julgado prejudicado (em 55,58% dos casos), a liminar foi deferida e o mérito prejudicado, ou seja, a norma foi considerada cautelarmente inconstitucional pelo STF e nunca mais voltou a ser aplicada, mostrando mais um indício do alto grau de imutabilidade das cautelares no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade das leis.

Destes dados, conjugados com outros trabalhados na pesquisa, outro fator denota mais um traço do alto grau de definitividade dos provimentos cautelares em sede do

concede-se a liminar, suspendendo os efeitos de uma determinada norma, posteriormente essa norma é revogada por outra, antes do julgamento definitivo), enquanto a lei está vigendo normalmente foi uma decisão provisória que cuidou de afastar ou permitir, sua aplicabilidade.

Esta afirmação toma contornos muito mais significativos se avaliarmos o impacto de uma decisão cautelar sobre as Medidas Provisórias, por diversas razões. A uma, porque eventual suspensão da norma pode implicar em sua alteração por parte do Executivo de modo a conformá-la, ou mesmo a negativa do Legislativo no processo de conversão (mais uma vez a ADIMC teria influído decisivamente no processo decisório de outros Poderes, forçando até mesmo a retirada da norma do ordenamento). A duas, porque no prazo de vigência de uma MP era praticamente impossível haver uma decisão definitiva (antes do surgimento do artigo 12), sendo, portanto uma decisão liminar a única que teria tido efeitos antes da reedição da MP ou da sua rejeição.

¹⁰⁹ O termo, colocado entre aspas, faz referência à probabilidade de que seja inconstitucional. A decisão proferida quando da apreciação de uma medida cautelar é temporária, e por isso trabalha com este conceito.

¹¹⁰ Alguma razão que não tenha origem no Tribunal.

¹¹¹ Novamente, como em nota anterior, é preciso fazer referência às medidas provisórias. Parece-nos que este quadro de alta certeza de manutenção da liminar quando do julgamento do mérito é ainda mais impactante nas medidas provisórias. Em razão do posicionamento do STF a medida provisória pode ser rejeitada, reformulada ou simplesmente perder a eficácia por decurso de prazo, fazendo com que a ADI perca o objeto.

controle concentrado de leis. Em dias, a média geral entre a concessão da liminar e o julgamento final foi de 5 anos. Outro fato é que as faixas de dias, explicadas no item sobre metodologia, demonstram que na realidade cerca de 47,65% das ADIMCs (446) tiveram o mérito julgado efetivamente em mais de 5 anos e 15,28% (143) em mais de 10 anos. Isso demonstra que o tempo que uma norma pode ficar suspensa provisoriamente, por exemplo, é muito grande, o que significa, de outra ponta, que por mais que tenha sido revertida a ADIMC quando do julgamento do mérito (minoridade dos casos), ela terá gerado efeitos por um longo período de tempo.

Se examinados isoladamente os números apresentados, eles podem passar uma falsa impressão da realidade na qual estão inseridos¹¹². Uma simples leitura da tabela supramencionada denota que a maioria das cautelares é deferida, um total de 647 ações (69,12%). Quando estes números são isolados com base na origem da norma impugnada (estadual ou federal) o resultado é outro¹¹³. Dentre as ADIMCs cujo objeto era exclusivamente lei estadual (total de 709) o quadro geral se manteve, com a maioria de deferimento (557 – 78,56%), ou seja, a maioria das normas estaduais impugnadas com pedido de liminar foram suspensas por meio de cautelar. Quando as normas impugnadas eram exclusivamente federais (total de 216), a maioria foi indeferida (130 – 60,18%), ou seja, a maioria das normas federais impugnadas não foi suspensa, ao contrário das normas estaduais. Destaque para o fato do número de ADIMCs indeferidas sobre normas federais (130) ser muito próximo do número de ADIMCs indeferidas sobre normas estaduais (152), sendo que o número total é muito discrepante (federal 216 e estadual 709) o que significa que há uma inversão clara na tendência de deferimento/indeferimento de acordo com o tipo de norma (ou requerente)¹¹⁴.

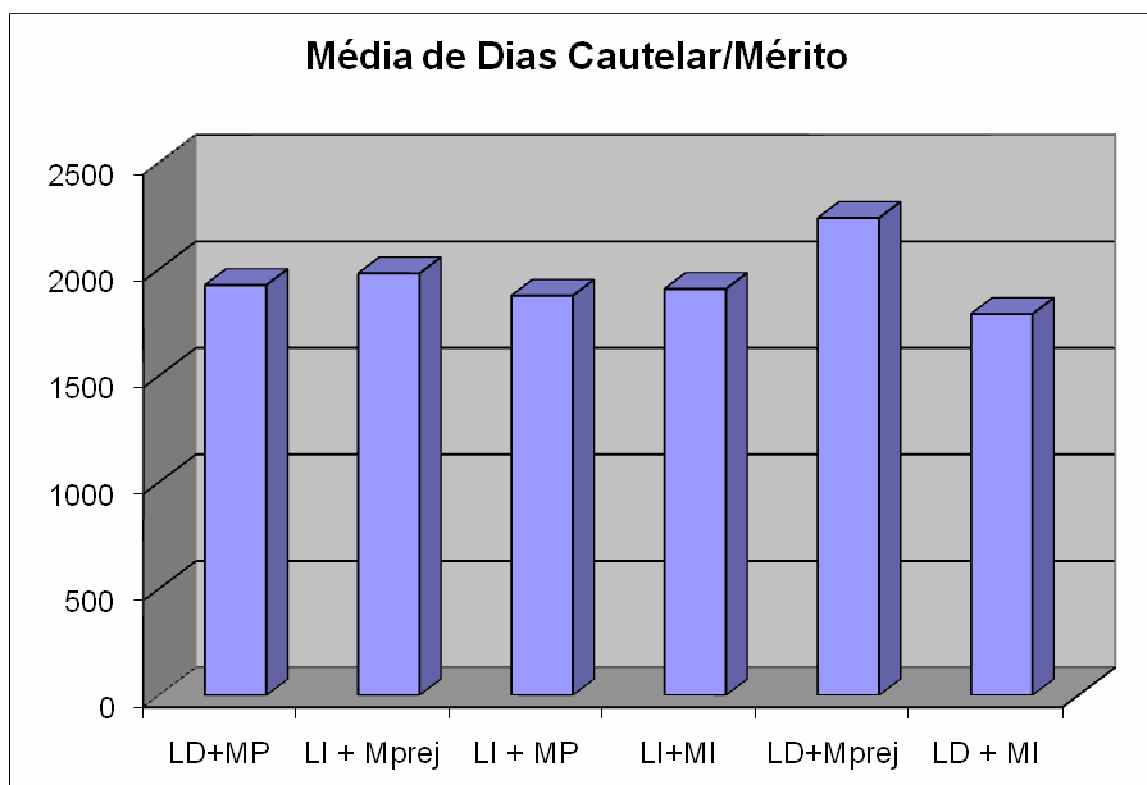
Quanto ao tempo entre o julgamento da ADIMC e o da respectiva ADI, a média de dias não variou muito, conforme demonstra o gráfico abaixo¹¹⁵:

¹¹² Como a quantidade de ADIMCs acerca de normas estaduais é muito maior do que aquelas relativas às normas federais, há um impacto no quadro geral que impossibilita tais deduções de universos segregados.

¹¹³ Foram excluídas aquelas decisões cuja norma impugnada não pôde ser identificada no *site* do Supremo Tribunal Federal ou que tinham como objeto ao menos uma norma federal e outra estadual.

¹¹⁴ Se esta diferenciação é mera coincidência não podemos afirmar, pois não se trata da proposta deste trabalho. Porém, diversos indícios apontam para a existência de um tratamento diferenciado entre União e Estados, fato que merece, pela sua relevância, uma investigação específica, a qual não será aqui realizada. Como afirmado, apenas apontaremos as constatações resultantes da nossa pesquisa.

¹¹⁵ No qual LD = Liminar Deferida; LI = Liminar Indeferida; MP = Mérito Procedente; MI = Mérito Improcedente; Mprej = Mérito Prejudicado.



Nota-se que não há grande variação nas médias de dias entre a concessão da liminar e o julgamento final. A média geral chega a 1952 dias, algo em torno de 65 a 66 meses de julgamento. As maiores médias são aquelas na quais o mérito foi prejudicado, enquanto a LD + Mprej chega a 2240 dias (algo em torno de 74 e 75 meses), a LI + Mprej chega a 1980 (algo em torno de 66 e 67 meses). De outra ponta, a menor média é a LD + MI, com 1789 dias (algo em torno de 59 e 60 meses). Mais uma vez quando fragmentamos as decisões entre os universos de normas estaduais e federais, o quadro se altera. A média de julgamento das normas estaduais é sensivelmente maior do que a média de julgamento das normas federais. Enquanto a média estadual é de 2119 dias (algo em torno de 70 a 71 meses), a média federal é de 1666 dias (algo em torno de 55 a 56 meses). Mais de um ano na diferença das médias, ou seja, há um acréscimo de 27,19% nos dias.

As faixas de dias demonstram por sua vez que quando a ADIMC é indeferida (289 casos), em quase metade dos casos em que apenas a União é requerida (49,23% dos casos – 64 de 130 casos) a ADI é julgada em menos de quatro anos. Quando os Estados estão em foco, apenas 32,23% (49 de 152 casos) dos casos são julgados em menos de 4 anos. No caso de deferimento da ADIMC, 53,48% dos casos (46 de 86) nos quais a União é requerida são julgados em menos de 4 anos, enquanto naqueles em que o Estado é requerido, apenas

39,32% dos casos (219 de 557) são julgados em menos de 4 anos. Estes apontamentos denotam que a situação tende a se tornar estável mais rapidamente para a União.

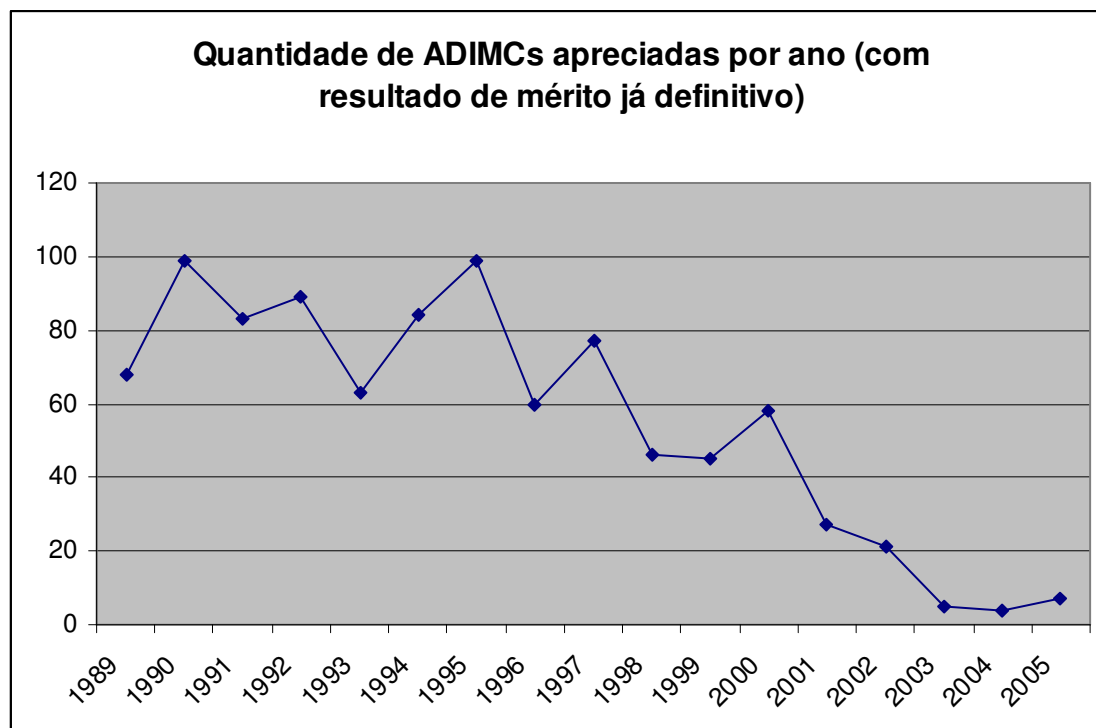
Se retirarmos do cálculo aquelas ações prejudicadas e mantivermos apenas aquelas que o STF de fato se pronuncia no mérito, os dados são ainda mais significativos. Quando a ADIMC é deferida (norma suspensa) e a União é requerida exclusivamente, 72,22% dos casos (26 de 36) são julgados em menos de 4 anos, já quando um Estado é requerido apenas 43,70% dos casos (170 de 389) são julgados em menos de 4 anos. Nas hipóteses de indeferimento da ADIMC em que a União é requerida exclusivamente, 41,37% (12 de 29) dos casos são julgados em menos de 4 anos, quanto ao Estado, apenas 28,23% (24 de 85) são julgados em menos de 4 anos.

Do total de Cautelares contra normas federais apenas 30,09% (65 de 216) são julgadas definitivamente, desconsiderando a prejudicialidade, ou seja, os Ministros apenas se manifestam definitivamente sobre o mérito de ações contra normas federais em 30,09% dos casos. Já do total de Cautelares contra normas estaduais, cerca de 66,85% (474 de 709) são julgadas definitivamente, desconsiderando a prejudicialidade, com a necessária manifestação dos Ministros no mérito. No que concerne à apreciação das ADIMCs, mais uma vez fica claro o tratamento diferenciado dado pelo STF à União (quando é requerida) em detrimento daquele dado aos Estados (quando é requerido).

Por meio da pesquisa outro ponto também chamou bastante atenção. A sensível queda no número de liminares apreciadas¹¹⁶ desde 1989 até 2005¹¹⁷.

¹¹⁶ Para os fins de nossa análise consideramos apenas as liminares que já possuem decisão definitiva, de mérito.

¹¹⁷ Desconsideramos o ano de 2006, por mera opção metodológica.



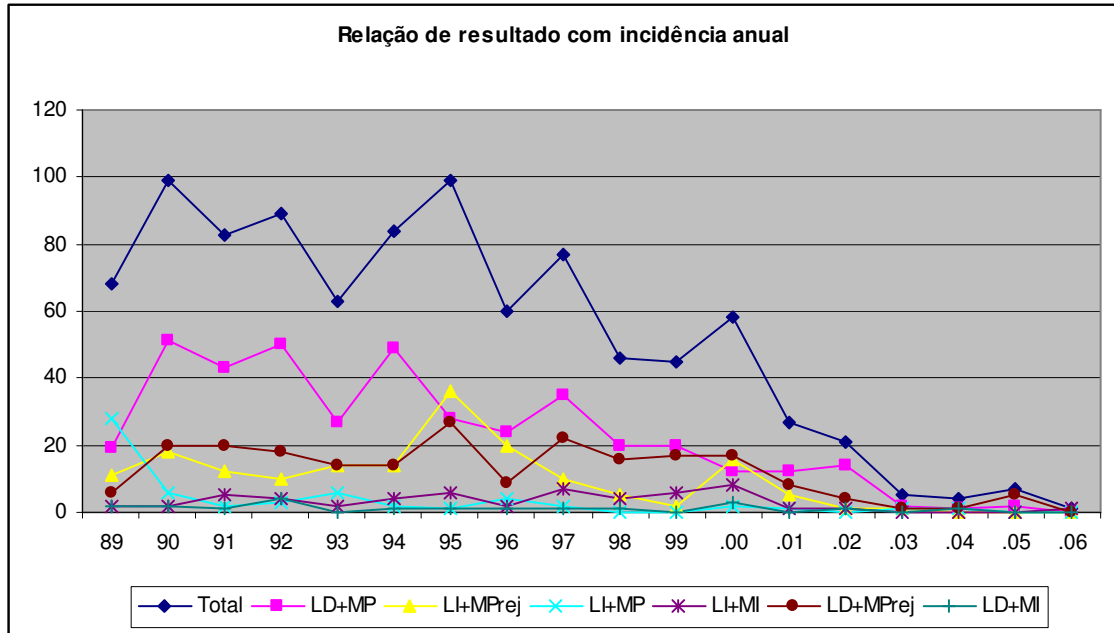
A partir do biênio 1998/1999 (com exceção de 2000, no qual foram julgadas uma série de ações semelhantes, que versavam sobre o mesmo assunto, o que colaborou para um pequeno pico neste ano) o número de liminares passou a ser muito baixo quando comparo ao período anterior. Em 1997 o número de cautelares apreciadas chegou a 77 (em 1995, 2 anos antes, o número foi de 99), já em 1998 e 1999 eram 46 e 45 respectivamente. Pode-se dizer que por só estarem consideradas na pesquisa aquelas decisões com o mérito já apreciado por não estarem considerados os casos ainda não decididos definitivamente, tal quadro não refletiria a realidade ou não seria por tal razão confiável. Ocorre que este eventual questionamento deve ser desconsiderado por duas razões: (i) estes dados refletem a mesma realidade trazida pelo Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário (BNDPJ) do STF¹¹⁸ (ii) o artigo 12 da Lei nº 9.868/99¹¹⁹ deu a prerrogativa ao relator de submeter diretamente ao Tribunal a apreciação de uma ADI com pedido de liminar, e ao Tribunal seria facultada a possibilidade de julgar definitivamente a matéria desde logo. Este dispositivo fez com que o número de ADIMCs fosse reduzido drasticamente, pois em regra, havendo um pedido de

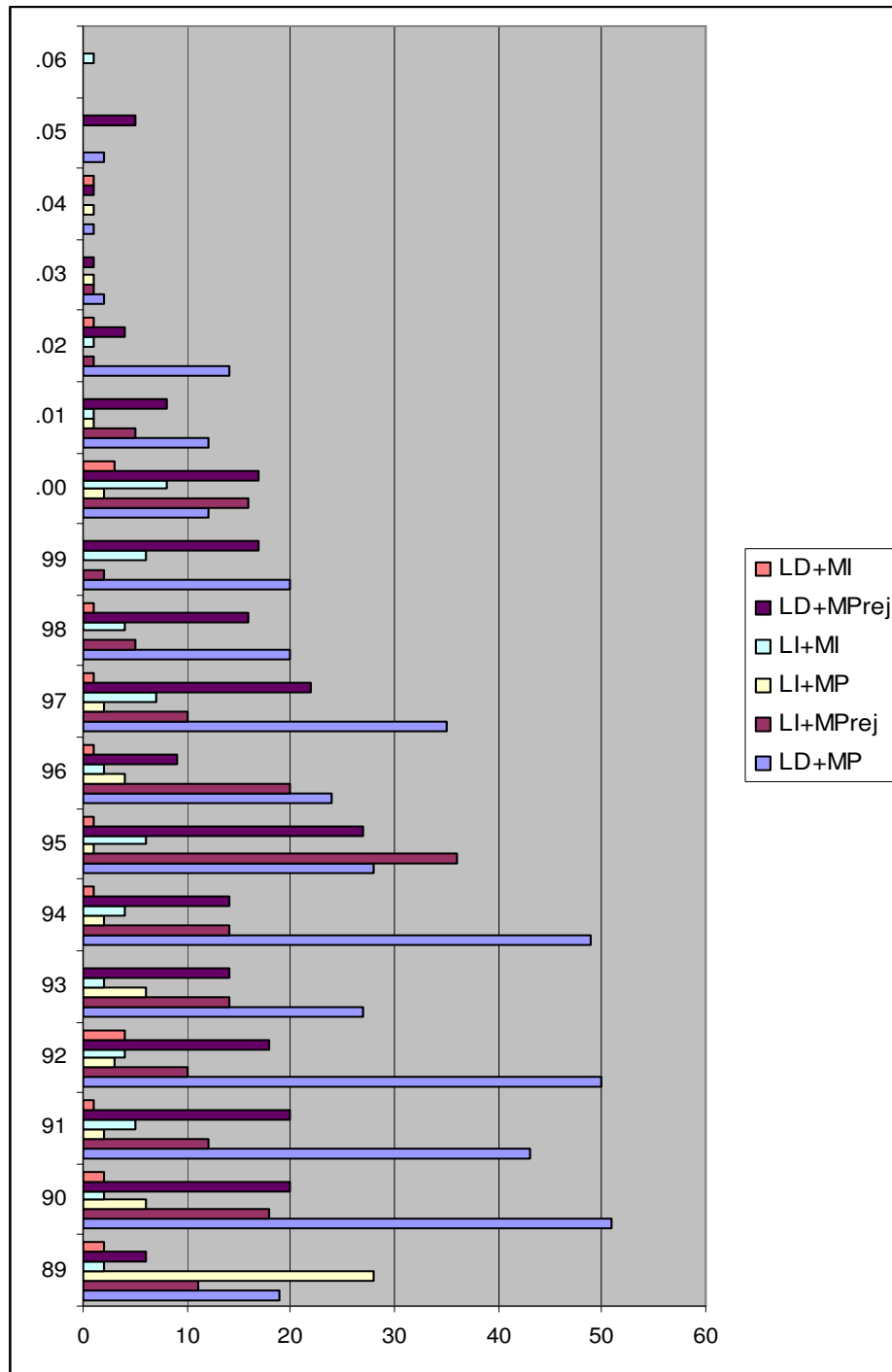
¹¹⁸ <http://www.stf.gov.br/bndpj/stf/ADI.asp>, acessado em 29 de julho de 2007. Por mais que estes dados não tenham base científica para fundamentar o trabalho, servem para demonstrar uma mesma tendência.

¹¹⁹ Lei nº 9.868/99. “Art. 12. Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação”.

liminar, julga-se o mérito com mais celeridade e fica descartada uma medida de caráter provisório valendo por um longo período .

Ainda com relação à análise temporal das Medidas Cautelares, dois gráficos ilustram bem o contexto e apontam outras indagações que podem ser abordadas na segunda etapa do trabalho.





A interpretação dos gráficos supramencionados denota duas constatações importantes que se destacam. A primeira a chamar atenção é o fato de que o número de ADIMCs indeferidas com o mérito julgado procedente (LI+MP) ter sido sempre muito constante, com no máximo 6 incidências por ano, com uma única exceção, o ano de 1989, no qual o número de incidências chegou a 28. Logo no ano seguinte foram 6 incidências, número nunca mais ultrapassado. Parece-nos que esta “anomalia” no comportamento dos números foi

bastante circunstancial, em razão de uma série de questionamentos sobre dispositivos semelhantes em diversas leis estaduais.

O segundo ponto que merece destaque é o fato de que o número de ADIMCs deferidas com o mérito julgado procedente (LD+MP) ter sido muito discrepante de 1989 a 1994 em relação aos demais casos (em 1994 só se perdeu em termos de incidência para os casos de LI+MP, relatados acima). A diferença entre este segmento e os demais até então era sensível. A menor diferença se deu em 1993, quando houve 27 incidências LD+MP, contra 14 do segundo maior número de incidências (92,85% maior que o segundo). Esta diferença atingiu seu ápice em 1994, quando houve 49 incidências LD+MP, contra 14 do segundo maior número de incidências (250% maior que o segundo). Estes dados refletem a constatação geral, qual seja, o grande número de casos de ADIMC deferida com o mérito julgado procedente. Ocorre que a partir de 1995 tamanha diferença nunca mais ocorreu. A leitura do gráfico demonstra que a partir deste ano um equilíbrio maior pôde ser notado, entre a entrada com maior número de referências e o segundo lugar em número de incidência. O que se quer dizer é que aquela grande maioria de LD+MP não continuou tão discrepante das demais a partir de um determinado momento. A incidência de LD+MP até 1994 é proporcionalmente muito maior do que a partir de 1995.

Outro dado a ser considerado conjuntamente: 58,43% (239 casos) das LD+MP foram julgadas até 1994, um período de 5 anos, enquanto que o restante (170 casos – 41,56%), ficou diluído em um período de 12 anos (1994 a 2006). Evidente que estes números refletem em parte o decréscimo progressivo no número de ADIMCs já julgadas de 1989 a 2006. Porém, do restante das ADIMCs (total levantado menos aquelas qualificadas como LD+MP), apenas 45,73% dos casos (241 de um total de 527) ficaram concentrados até 1994 e o restante deste núcleo (54,26% - 286 casos) ficou diluído em um período de 12 anos (1994 a 2006)¹²⁰. Não se nega que há um acúmulo natural de decisões neste quinquênio inicial em relação a qualquer tipo de resultado da ADIMC, contudo este acúmulo é muito mais acentuado quando a ADIMC é deferida e o mérito julgado procedente. Buscando explicar este fenômeno, outros cruzamentos foram realizados.

No que concerne às ADIs com liminar deferida e mérito procedente, outros dados foram muito esclarecedores. Considerando a constatação supra, analisamos as normas questionadas (LD + MP) até o final de 1994 e as normas questionadas posteriormente a 1995.

¹²⁰ Mesmo a média geral de ADIMCs apreciadas até 1994 é menor (51,43% - 480 casos). É evidente que a média só chegou a tal número em razão da discrepância da LD+MP em relação às demais divisões da pesquisa.

Até 1994, a maioria das normas questionadas eram relativas às Constituições estaduais, em um total de 134 ADIs (56,07%). Em 12 ADIs (5,02%) o objeto da ação era uma lei federal (5,02%), em 58 (24,27%) ADIs o objeto da ação era uma lei estadual e em 34 (14,23%) ADIs outros tipos de atos normativos eram questionados. A Constituição Federal obteve apenas uma referência (0,42%).

A partir de 1995, até a última entrada encontrada na pesquisa, a maioria das normas questionadas era relativa a leis estaduais, em um total de 84 (49,41%) ADIs. Em 41 ADIs (24,12%) o objeto da ação era relativo às Constituições estaduais, enquanto que em 6 (3,53%) ADIs o objeto da ação era uma lei federal e em 36 (21,18%) ADIs outros tipos de atos normativos eram questionados. Mais uma vez a Constituição Federal obteve referência ínfima, apenas 3 (1,76%) ADIs.

É possível depreender destes números que a frequência de ADIs questionando normas constitucionais estaduais, neste caso específico, é muito maior no primeiro período delimitado. Este fato se deve ao surgimento de uma nova ordem constitucional nos Estados, fruto da reformulação constitucional no âmbito federal que forçou a edição de novas Cartas. Isso explica o número díspare de ADIMCs deferidas com o mérito julgado procedente (LD+MP) até 1994, mas não explica o porquê desta disparidade só ter sido verificada no caso de LD+MP. Quanto a este último ponto, ele será abordado quando da apreciação de alguns casos específicos na segunda etapa do trabalho.

3 – Breves notas sobre a satisfatividade no contexto das ADIMCs¹²¹

Ao longo do trabalho o termo satisfativo (ou satisfatividade) vem sendo utilizado recorrentemente, muitas vezes aproximando-se do que chamamos de definitividade, ou alto grau de imutabilidade das decisões cautelares (não há reversão quando do julgamento do mérito). Mas o que é satisfativo?

“ ... Aliás, essa expressão “satisfativa”, no sentido amplo e vulgar de algo que “satisfaz”, seria aplicável a todo tipo de provimento, independentemente de sua natureza (processual ou de mérito) e do momento

¹²¹ A inserção do tema neste Capítulo se deve ao fato de utilizarmos, para sua exposição, um elemento demonstrado tão somente na pesquisa empírica, qual seja, a imutabilidade das ADIMCs face à respectiva ADI. Outrossim, o tópico tem o condão de esclarecer a utilização dos termos *definitividade* e *satisfatividade* no presente trabalho, sem ter o intuito de discorrer longamente sobre o tema, sob pena de tornar a monografia desnecessariamente extensa.

em que fosse proferido (em liminar ou sentença). No entanto, tem-se dado essa denominação apenas àquelas decisões que outorgadas antes do momento próprio que é a sentença, tutelam a própria pretensão material, fundadas apenas na aparência do bom direito ('fumus boni iuris') e no perigo da demora ('periculum in mora')¹²².

Fixado este conceito, é preciso abordar a satisfatividade da ADIMC a partir do contexto da nossa pesquisa. Aqui a satisfatividade se confunde com a definitividade. Apesar de definitividade não ser um conceito comumente utilizado, ao contrário da satisfatividade, utilizamos com o intuito de referir à manutenção do resultado liminar quando do julgamento do mérito das ADIs.

O que dizemos é que os conceitos se ligam de maneira significativa, por meio de uma via de mão dupla. Se dissermos que a ADIMC é definitiva, é porque a pretensão almejada, concedida antecipadamente - quando da apreciação da cautelar - ao término (julgamento final), por ser satisfativa, foi mantida. Ao contrário, se dissermos que a ADIMC é satisfativa, é porque a pretensão almejada foi concedida antecipadamente - quando da apreciação da cautelar - e ao término (julgamento final) foi mantida, demonstrando-se definitiva na prática.

Os mais críticos diriam que a ADIMC não é satisfativa, por ser a sua pretensão material distinta da ADI. A ADIMC objetiva a suspensão de uma norma, na qualidade de tutela de urgência, enquanto a ADI objetiva a declaração de inconstitucionalidade de uma norma. De fato, o objeto da ADIMC não é declarar provisoriamente a inconstitucionalidade, mas sim garantir que as relações resultantes do ato normativo impugnado sejam compatíveis com a futura declaração. Ocorre que o efeito prático dos dois institutos é o mesmo. Suspender uma norma cautelarmente por meio de uma ADIMC, ou declarar a inconstitucionalidade de uma norma, significa em ambas as hipóteses a inaplicabilidade de uma determinada norma inconstitucional.

Esta relação de pertinência entre os conteúdos referidos (cautelar e decisão final) é muito grande. Os efeitos decorrentes de uma coincidem com os decorrentes da outra, tal qual já assentou o próprio STF, ao afirmar:

¹²² J. E. Carreira ALVIM, *Tutela Antecipada da Reforma Processual*, p.16-17.

“Portanto, e sendo certo que a concessão da medida cautelar importa um adiantamento provisório da prestação jurisdicional definitiva, cujos limites são os desta (...)”¹²³.

“Ora, a concessão liminar de medida cautelar da espécie, agora, em exame, antecipa os efeitos da futura declaração de uma inconstitucionalidade aparente ao primeiro exame”¹²⁴.

É evidente que ao afirmar o caráter definitivo da ADIMC o fazemos no seu viés prático, como deixamos claro, não no seu viés técnico. Evidente que a cautelar poderia ser cassada a qualquer momento, mas os dados levantados demonstraram que não foram. Quando houve a efetiva apreciação do mérito (sem prejudicialidade), no mais das vezes, a norma suspensa foi declarada inconstitucional e a norma não suspensa não foi declarada inconstitucional.

Por tais razões, fruto da reflexão e dos dados levantados, satisfatividade é um conceito intimamente ligado à idéia de definitividade no caso das ADIMCs, devendo, portanto ser compreendida desta maneira na leitura do trabalho. Por conseguinte, a referência à satisfatividade ou à definitividade deve se ligar à mesma idéia, de uma tutela satisfativa e definitiva na prática, e não satisfativa e provisória, como no caso das tutelas antecipadas, v.g.

¹²³ ADIMC nº 491 - AM, Voto Min. Rel. Moreira Alves, p. 55 (numeração superior) Disponível em www.stf.gov.br. Quando fazemos referência à *numeração superior* remetemos à paginação superior (não inferior) efetuada pelo STF nos arquivos digitalizados disponibilizados no *site* do Tribunal.

¹²⁴ Representação nº 1.391 - CE, Voto Min. Rel. Célio Borja, p. 55 (numeração superior) Disponível em www.stf.gov.br.

VI - O STF, ADIMC E A LEI Nº 9.868/99

Até o advento da Lei nº 9.868/99 o STF apreciava as ADIs e as respectivas medidas cautelares, com base apenas na competência atribuída pela Constituição Federal no artigo 102, já mencionado, e no seu próprio Regimento Interno, editado pelo Tribunal. O surgimento da Lei nº 9.868/99, conforme já mencionamos, não trouxe mudanças significativas no procedimento até então adotado pelos Ministros daquela Corte, porém, no que concerne às ADIMCs, podemos dizer que a lei representou um marco na sua utilização.

As inovações do procedimento cingem-se, notadamente, a três dispositivos, sobre os quais a referência é indispensável:

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

§ 1o O relator, julgando indispensável, ouvirá o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, no prazo de três dias.

§ 2o No julgamento do pedido de medida cautelar, será facultada sustentação oral aos representantes judiciais do requerente e das autoridades ou órgãos responsáveis pela expedição do ato, na forma estabelecida no Regimento do Tribunal.

§ 3o Em caso de excepcional urgência, o Tribunal poderá deferir a medida cautelar sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado.

Art. 11. Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União e do Diário da Justiça da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo solicitar as informações à autoridade da qual tiver emanado o ato, observando-se, no que couber, o procedimento estabelecido na Seção I deste Capítulo.

§ 1o A medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeito ex nunc, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa.

§ 2o A concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário.

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

O artigo 10 nada traz de novo. Estabelece algumas regras claras quanto ao procedimento, que não fogem ao padrão até então imposto pelo STF. A primeira regra informa que a medida cautelar apenas será concedida (i) por maioria absoluta dos votos dos Ministros (salvo em caso de recesso, quando haverá a apreciação apenas do relator) e (ii) com prévia audiência dos órgãos ou autoridades dos quais tenha sido emanada a lei ou o ato normativo no prazo de 5 dias. O § 1º deste artigo coloca uma prerrogativa ao relator, permitindo que, julgando indispensável, determine seja ouvido o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República no prazo de 3 (três) dias. A regra mais relevante deste artigo, considerando o escopo deste trabalho, é aquela prevista no § 3º, por possibilitar que em casos de excepcional urgência o Tribunal possa deferir a medida cautelar sem a audiência prévia dos órgãos ou das autoridades que emanaram a lei ou o ato normativo impugnado.

O artigo 11 por sua vez não traz nenhuma previsão que mereça destaque especial, razão pela qual consideramos superada sua análise.

Merece destaque especial o artigo que mais impactou a apreciação de medidas cautelares em sede de controle concentrado pelo STF, o art. 12. O referido dispositivo

possibilitou que o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para ordem social e a segurança jurídica, submetesse o processo diretamente ao Tribunal, para o julgamento definitivo da ação (espécie de conversão de rito). Exige-se que as informações sejam prestadas em 10 dias pelo órgão que prolatou o ato normativo questionado, e que o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República se manifestem sucessivamente no prazo de 5 dias.

Diante da mesma situação fática por nós constatada na pesquisa quantitativa e considerando os aspectos específicos deste tipo de julgamento, o Legislativo criou um mecanismo de julgamento antecipado do mérito, mais célere, sem a apreciação da medida cautelar. Havia uma idéia de racionalização do procedimento junto ao STF, pois na grande maioria dos casos as decisões cautelares tinham um alto grau de definitividade, conforme demonstramos anteriormente.

O dado mais relevante neste sentido foi aquele que demonstrou uma sensível queda no número de cautelares apreciadas pelo STF a partir do ano de 1998. Não restam dúvidas de que o STF passou a utilizar veementemente a ferramenta criada pelo artigo 12 da referida lei.

Frise-se ainda a importância do artigo 12 no que concerne à apreciação das medidas provisórias.

“ ... Essa providência, além de viabilizar uma decisão definitiva da controvérsia constitucional em curto espaço de tempo, permite que o Tribunal delibere, de forma igualmente definitiva, sobre a legitimidade de medidas provisórias, antes mesmo que se convertam em lei”¹²⁵.

Antes do advento deste dispositivo, era praticamente impossível que o STF apreciasse no mérito a constitucionalidade de uma MP, seja pelo seu exíguo prazo de vigência, seja pelas sucessivas reedições. O STF entende que a MP possui caráter ambivalente, de ato normativo e de projeto de lei¹²⁶. Enquanto ato normativo, a MP admite controle de constitucionalidade, porém, a ação perde o seu objeto uma vez cessado a vigência da medida pelo decurso do prazo.

Na tentativa de minimizar estes problemas, o STF passou a admitir o aditamento das ADIs que questionavam uma MP, de modo que fosse permitido o

¹²⁵ Gilmar Ferreira MENDES, *Jurisdição Constitucional – o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, p. 249.

¹²⁶ Cf. ADI-QO nº 293 – DF, Rel. Min. Celso de Mello.

prosseguimento da ação e a extensão dos efeitos da cautelar. Porém, o procedimento mais célere, previsto no artigo 12, possibilitou que no período de vigência da MP fosse a ADI apreciada no mérito antes de perder objeto.

Para compreendemos melhor o impacto deste dispositivo na utilização da ADIMC, julgamos necessário abordar minuciosamente algumas decisões. Neste sentido, três frentes de análise foram abertas, uma, mais simples, para delinear a utilização deste dispositivo junto às ADIs¹²⁷; outra, mais complexa, analisando alguns casos julgados posteriormente à edição da lei, que tiveram a medida cautelar apreciada, mas cujo mérito ainda não havia sido julgado¹²⁸; e por fim uma abordando aquelas decisões cautelares em sede de ADIs posteriores à edição da Lei nº 9.868/99, cujo mérito já havia sido apreciado¹²⁹.

1 - Análise da Utilização do Artigo 12 da Lei nº 9.868/99 pelo STF

Quanto a este primeiro ponto, não cabem grandes digressões. A constatação quantitativa é bastante esclarecedora neste sentido. A inserção do dispositivo na Lei nº 9.868/99 trouxe uma queda sensível no número de medidas cautelares apreciadas pelo Tribunal, a partir do estabelecimento de um procedimento mais célere de julgamento. Quanto a isso não restam dúvidas. O *site* do STF disponibiliza uma relação de julgados nos quais foi mencionado ou tratado um dos artigos da lei aqui referida. Cuidamos de analisar cada uma destas decisões no que concerne ao art. 12, lá mencionadas¹³⁰.

A leitura atenta destas decisões não trouxe grandes revelações além daquelas que já imaginávamos. O que se viu foi a conversão do rito da ação então proposta, com pedido de cautelar, para o rito do art. 12 da Lei nº 9.868/99, com a conseqüente solicitação de informações no prazo ali estabelecido. Note que o Ministro Joaquim Barbosa no seu voto na

¹²⁷ Nesta etapa, utilizamos um determinado mecanismo de busca junto ao *site* do STF. Dentre as diversas modalidades de pesquisa de jurisprudência do Tribunal, é disponibilizado um banco de dados específico, relacionado à Lei nº 9.868/99. Ao fazer referência ao artigo 12 da lei, o mecanismo retornou uma série de julgados que abordavam o disposto neste dispositivo. Todos os acórdãos lá disponibilizados foram analisados.

¹²⁸ Estes acórdãos não são resultantes da primeira etapa do trabalho (quantitativa). Aqui optamos por abrir mais uma frente de análise, tentando obter mais indícios para a fixação real de como a medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade vem sendo utilizada após a edição da lei aqui mencionada. Atente-se ao fato de que, como já afirmamos, houve uma diminuição no número destas medidas, mas não a paralisação total na sua utilização.

¹²⁹ Dados resultantes da primeira etapa do trabalho.

¹³⁰ RE nº 505.477 – SP, Rel. Min. Marco Aurélio; ADI nº 3.233 – PB, Rel. Min. Joaquim Barbosa; ADI nº 2.778 – Agr – DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; ADI nº 3.022 – RS, Rel. Min. Joaquim Barbosa; ADI nº 2.154 – DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

ADI nº 3.022 – RS conferiu ao mecanismo deste artigo verdadeiro *status* de rito, ou seja, um procedimento específico dentro da regulamentação do controle concentrado, que permite um julgamento mais célere do mérito.

Outra passagem interessante foi aquela proferida pelo Ministro Marco Aurélio na decisão monocrática exarada quando da apreciação do Recurso Extraordinário nº 505.477 – SP. Como bem assinalamos anteriormente, o Recurso Extraordinário é uma das formas de controle difuso (caso concreto) de constitucionalidade das leis exercido pelo STF. Neste caso, o Ministro analisava a aplicação de precedentes da Corte em controle concentrado (ADI), que ainda não haviam sido julgados definitivamente, ou seja, só possuíam as respectivas decisões cautelares. Sobre a decisão proferida em sede de cautelar (ADIMC), menciona o Ministro:

“É certo que o fez sob o ângulo acautelador. O exame, todavia, afigurou-se aprofundado, como geralmente ocorre, muito embora atuando o Colegiado Maior no campo precário e efêmero. Aliás, ultimamente, para evitar verdadeiro duplo julgamento, vem-se acionando, nas ações diretas de inconstitucionalidade, o artigo 12 da Lei nº 9.868/99, partindo-se para o julgamento definitivo da ação”¹³¹. (grifo nosso)

O próprio Ministro Marco Aurélio reconheceu que o exame efetuado pelo STF nas ADIMCs é, no mais das vezes, suficientemente aprofundado e esta razão teria ensejado o surgimento do artigo 12, evitando o que ele denominou de duplo julgamento. O Ministro Sepúlveda Pertence, em outra análise, também exarada por meio de decisão monocrática que convertia determinada ADI no rito do art. 12, afirmou que a natureza da matéria ali em análise exigia, por parte do STF, uma decisão rápida e definitiva para “evitar que a pendência do processo – (...) – além de prorrogar o período de incerteza jurídica, possa a vir a obstruir o andamento de outros processos objetivos ou subjetivos, quiça urgentes”¹³². No mais, as decisões limitaram-se a converter a ADIMC no rito previsto no artigo 12.

É importante fixar alguns pontos. Parece-nos, também com base na análise de algumas decisões, que o surgimento do mecanismo previsto no artigo 12 veio a atender anseios de duas ordens. A uma, para evitar aquilo que o Ministro Marco Aurélio chamou de duplo julgamento, ou, em outras palavras, por uma questão de eficiência, pois como já

¹³¹ RE nº 505.477 – SP, Despacho Rel. Min. Marco Aurélio, decisão monocrática. Disponível em www.stf.gov.br.

¹³² ADI nº 2.154 – DF, Despacho Rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão monocrática. Disponível em www.stf.gov.br.

afirmamos, o STF muitas vezes quando da prolação da decisão cautelar, já possuía todos os elementos cognitivos necessários para proferir uma decisão definitiva, o que não fazia. A duas, por uma questão de segurança jurídica, ou seja, buscou-se trazer um caráter de definitividade para aquelas cautelares que ficavam anos pendentes de julgamento definitivo, que muitas vezes vinham apenas para confirmar o julgamento cautelar.

De outra ponta é preciso ficar atento para as implicações potencialmente negativas que advieram com o art. 12. Que houve uma redução drástica no número de cautelares apreciadas pelo STF, isso não há como negar. Que muito disso se deve ao artigo 12, também não. Porém, o mecanismo ali previsto pode significar uma válvula de escape muito significativa nas mãos dos Ministros, por possibilitar o “não decidir” temporário. Esta afirmação merece explicação.

Antes da regulamentação do controle concentrado de constitucionalidade de leis o STF, em regra, analisava as pretensões cautelares, dando uma resposta sumária e temporária até o julgamento definitivo da ação, que, como vimos pelos dados levantados, variava muito. Com a regulamentação e o surgimento desta prerrogativa (art. 12) os Ministros passaram a não ter que analisar cautelarmente o pedido, levando-o a plenário diretamente, para seu julgamento definitivo. Ocorre que não há um prazo para a realização do julgamento. O artigo insere apenas prazos de manifestação do Ministério Público e Advocacia Geral da União. De outra ponta, a praxe do STF demonstra que os pedidos de vistas e prolação de votos podem demorar anos, significando que a demanda ficaria sem resposta alguma durante todo o tempo de tramitação da ADI¹³³.

Não se quer afirmar que isto aconteça com frequência, ou qual o grau de incidência deste problema. O que se quer afirmar é que isto pode acontecer e de fato acontece, em maior ou menor grau. Nossos levantamentos não se propuseram a responder esta questão especificamente e por tal razão não podem ser úteis no sentido de delimitar como este

¹³³ É importante aqui fixar alguns conceitos, apenas a título de contextualização. O prazo a que os juízes (entendidos amplamente) estão sujeitos denomina-se impróprios. Trata-se daqueles prazos fixados em lei que servem meramente como parâmetro para a execução do ato, sendo que seu descumprimento não gerará nenhum tipo consequência processual. Dentre os prazos impróprios, podemos fazer referência àquele previsto para os pedidos de vista por parte dos Ministros do STF. A Resolução STF nº 273/2003 e suas posteriores alterações versa sobre o pedido de vista dos autos pelos Ministros da Corte. Ali ficou estabelecido que o prazo para devolução é de 10 dias. Não devolvidos os autos neste prazo o pedido de vista fica prorrogado automaticamente por mais 10 dias, findos os quais a Presidência do Tribunal ou das Turmas simplesmente comunicará ao Ministro o vencimento do referido prazo. Ademais, não há qualquer prazo para que a ADI entre em pauta de julgamento.

fenômeno estaria presente no STF. Trazemos este fato a balia com o simples intuito de ilustrar sua presença, sem qualquer outra pretensão, conforme passamos a demonstrar¹³⁴.

A ADI nº 2.154 – DF questiona a constitucionalidade de alguns dispositivos da própria Lei nº 9.868/99. Houve a conversão da ADI para o rito do artigo 12 no dia 24 de setembro de 2001. O julgamento parcial da ADI (pois está suspenso parte dele até a data do último acesso ao banco de dados processuais do STF) foi efetuado dia 14 de fevereiro de 2007. O julgamento final ainda não foi efetuado. Frise-se, foram mais de 5 anos sem qualquer decisão, cautelar ou definitiva. As ADIs nº 2.430 – SP e nº 2.030 - SC tiveram seus ritos convertidos no dia 19 de julho de 2002 e até a data do último acesso ao banco de dados processuais do STF não tiveram o mérito julgado.

Outros exemplos podem ser visualizados em matérias mais específicas, relacionadas à reforma mais recente do Código de Processo Civil. A ADI nº 3.880 – DF impugna artigos da Lei nº 11.277/2006, a qual acresce o art. 285-A ao CPC. Há na inicial pedido de liminar, porém o Ministro Cezar Peluso (relator) optou por convertê-la no rito do artigo 12 no dia 31 de março de 2006 e até setembro de 2007 não havia sido julgada. A ADI nº 3.740 – DF impugna artigos inseridos no CPC pela Lei nº 11.232/2006 (artigo 475-L e parágrafo único do artigo 471). Há na inicial pedido de liminar, porém o Ministro Cezar Peluso (relator) optou por convertê-la no rito do artigo 12 no dia 20 de junho de 2006 e até setembro de 2007 não havia sido julgada.

A presença destes exemplos pontuais não reflete ao menos uma tendência, pois a análise não se baseia em qualquer método (não estamos fazendo uma investigação completa deste fenômeno). Estas decisões apenas constataam, sem afirmar qual a frequência que isto ocorre, que no uso do art. 12 o STF pode se eximir de julgar por um longo período de tempo, como fez nestes exemplos.

2 - A medida cautelar apreciada após o surgimento da Lei nº 9.868/99: cautelares sem mérito

Outra indagação que buscamos abordar foi por que a medida cautelar em ADI continuou sendo utilizada, mesmo depois do advento do art. 12 da Lei nº 9.868/99. Para tanto

¹³⁴ Todas as informações constantes destas constatações foram retiradas do acompanhamento processual disponível no *site* do STF (www.stf.gov.br). Acesso dia 4 de setembro de 2007.

analisamos todas as medidas cautelares apreciadas pelo STF depois de 2006 (1º de janeiro de 2006) até o dia 20 de agosto de 2007 (data de acesso ao *site* do STF). Dos dados relacionados na pesquisa quantitativa, nenhuma ADIMC apreciada depois de 1º de janeiro de 2006 teve o respectivo mérito julgado até a data limite então definida. Ciente desta limitação, inserimos a sigla utilizada pelo *site* do STF para caracterizar as medidas cautelares em ADI (“ADI-MC”) no campo *pesquisa de jurisprudência* e selecionamos todas os resultados dentro dos limites acima referidos.

Um primeiro ponto a ser fixado é que a redação do artigo 12 não impediu que as medidas cautelares continuassem existindo. Não obstante a criação de um procedimento mais célere de julgamento, a lei manteve em aberto outras hipóteses de utilização da cautelar. O artigo 10 *caput* manteve uma prescrição genérica de cabimento da cautelar na ADI, impondo ainda seja concedida apenas pela maioria absoluta de seus membros, ressalvado os períodos de recesso, casos estes nos quais o Presidente do Tribunal ou o Relator poderão despachar e concedê-la, sujeitando-se à posterior avaliação do pleno¹³⁵. De outra ponta, o § 3º do artigo 10 reservou a casos de excepcional urgência o deferimento da medida cautelar sem a audiência dos órgãos ou autoridades que emanaram a lei ou o ato normativo impugnado. Disto é possível depreender que a regra é a audiência prévia dos referidos órgãos e a exceção é a concessão sem audiência. Em decisão monocrática (por esta razão não disponível na nossa pesquisa inicial - quantitativa), o STF já se manifestou sobre o dispositivo:

“Ressalto que a lei n. 9.868/99 deixa claro, em seu art. 10, que, salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, ou seja, o pedido de medida cautelar nas ações diretas somente pode ser apreciado em Sessão Plenária em que estejam presentes no mínimo 8 (oito) Ministros. A próxima Sessão Plenária ocorrerá apenas no dia 2 de maio. Ademais, a lei n. 9.868/99 também prescreve que a medida cautelar, sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais

¹³⁵ Quanto à suspensão pela Presidência: “É dizer, a lei 9.868, de 1999, art. 10, somente permite a concessão da medida cautelar, pelo presidente do Tribunal, no período de recesso do Tribunal. Admito que, ocorrente, durante as férias, em ação direta, a possibilidade de perecimento do direito, será lícito ao presidente despachar o pedido e concedê-la, se for o caso. Fora daí, entretanto, não me parece possível, tendo em consideração o art. 10 da lei 9.868/99 e os dispositivos regimentais indicados, que distinguem período de recesso de período de férias.” (ADI 2.244 - DF, Rel. Min. Marco Aurélio, decisão monocrática proferida pelo presidente Min. Carlos Velloso, julgamento em 24/07/2000). Quanto à suspensão pelo relator: “Ação direta de inconstitucionalidade. Liminar. Ato do relator. Estando o Tribunal em recesso, ou em curso férias coletivas, impõe o Regimento Interno ao relator o exame de pedido de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade, ficando a decisão submetida ao crivo do Plenário.” (ADIMC nº 1.935 - RO, Rel. Min. Marco Aurélio, decisão monocrática, julgamento em 14/04/99).

*emanou a lei ou o ato normativo impugnado somente poderá ocorrer em caso de excepcional urgência (art. 10, § 3º). **O Tribunal tem aplicado com parcimônia esse preceito do § 3º, art. 10, reservando-o para casos excepcionais, nos quais a suspensão da lei ou do ato normativo impugnado decorra de imperativo de resguardo da segurança, da ordem pública e do interesse social** (Cfr. ADI-MC n. 3.075/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 6-2-2004; ADI n. 3.831/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 1º-2-2007)”¹³⁶ (grifo nosso).*

Frise-se que das cautelares levantadas nesta etapa, grande parte delas eram apreciadas com base no § 3º do artigo 10 ou em caso de recesso do Tribunal. Dentre as matérias de aplicação recorrente do dispositivo mencionado nesta amostra ficaram evidenciadas aquelas relativas às questões remuneratórias ou financeiras (ADI nº 3.831 – DF, ADI nº 3.854 – DF, ADI nº 3.771 – RO, ADI nº 3.461 – ES). A urgência desta matéria reside no fato de que uma vez eficaz determinada lei, ela gerará obrigação de dispêndios por parte do Poder Público, trazendo prejuízo ao erário, vez que a restituição destes valores é muito dificultosa, isso quando feita.

Prova de que as ADIMCs se tornaram um mecanismo de ação excepcional após a edição da Lei nº 9.868/99, é que a um determinado número de ADIMCs se limitaram a referendar a decisão do relator, ou seja, aquela decisão tomada durante o recesso do Tribunal. Neste sentido a ADI nº 3.626 – MA; ADI nº 3.395 – DF e ADI nº 3.389 – RJ.

Outra ADI chama atenção por trechos de votos dos Ministros. Na ADI nº 3.684 - DF, o Ministro Cezar Peluso (relator) concedeu a cautelar por estarem presentes os requisitos da tutela antecipada.

“Daí, coexistindo os requisitos da tutela antecipada, a urgente necessidade de emprestar interpretação conforme ao art. 114, incs. I, IV e IX, acrescidos pela EC nº 45/2004, para lhes excluir, sem redução de texto, o sentido de que compreenderiam outorga de competência em matéria penal”¹³⁷.

Frise-se, nosso objetivo aqui não é discutir a natureza cautelar ou antecipatória da medida, porém os próprios Ministros já consideraram ser a ADIMC muito mais próxima de uma tutela antecipada do que de uma cautelar propriamente dita. Para nós, esta diferença é

¹³⁶ ADI nº 3.890 - DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática. Disponível em www.stf.gov.br.

¹³⁷ ADIMC nº 3.684 – DF, Voto Min. Rel. Cezar Peluso, p. 11 (numeração eletrônica). Disponível em www.stf.gov.br.

insignificante diante de um conceito amplo de tutela de urgência, conforme apontamos no capítulo I.

3 - A medida cautelar apreciada após o surgimento da Lei nº 9.868/99: cautelares com mérito

Com o intuito de compreender mais amplamente o STF e a utilização das cautelares em sede de controle concentrado, julgamos necessário ampliar o espectro de análise. Para tanto, selecionamos também algumas decisões posteriores à edição da Lei nº 9.868/99. Fixamos então novo corte, qual seja, 1º de janeiro de 2003, e selecionamos todas as decisões que apareceram em nossa pesquisa inicial a partir desta data¹³⁸.

A dúvida fulcral que também buscamos responder foi por que, mesmo com a existência do artigo 12, as cautelares continuavam existindo. A simples leitura dos votos não denota nenhuma razão especial para este fato. O que se quer dizer, como afirmamos anteriormente neste capítulo, é que não há qualquer impedimento para que os Ministros concedam a cautelar mesmo com a possibilidade de conversão das cautelares em um rito de julgamento definitivo mais célere. Ora, os Ministros podem vislumbrar que em um determinado caso a cautelar ainda é mais célere que o rito do artigo 12, ou que, pela relevância da matéria, o julgamento pelo artigo 12 demorará muito tempo, ou ainda por não estarem previstos os requisitos do artigo 12.

Destaque para alguns pontos. Também nesta amostra foi possível levantar casos no quais a cautelar era apreciada justamente porque o Tribunal encontrava-se em recesso, ou seja, excepcionalmente. Neste sentido a ADIMC nº 2.602 – MG; ADIMC nº 3.115 – MG e ADIMC nº 2.797 – DF.

Outra constatação interessante diz respeito à convivência, em um mesmo processo, do rito previsto no artigo 12 com a apreciação da medida cautelar. Evidentemente que em regra, por força da literalidade do dispositivo, a conversão da medida cautelar no rito do artigo 12 significa o óbvio, a não apreciação da medida cautelar, visto que o mérito será

¹³⁸ ADI nº 2.829 – PB, Rel. Min. Joaquim Barbosa; ADI nº 3.115 – MG, Rel. Min. Marco Aurélio; ADI nº 3.390 – RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa; ADI nº 3.068 – DF, Rel. Min. Marco Aurélio; ADI nº 2.602 – DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa; ADI nº 3.035 – PR, Rel. Min. Gilmar Mendes; ADI nº 3.255 – PA, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; ADI nº 3.401 – SP, Rel. Min. Gilmar Mendes; ADI nº 3.361 – MG, Rel. Min. Eros Grau; ADI nº 3.244 – MT, Rel. Min. Joaquim Barbosa; ADI nº 2.797 – DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

julgado diretamente. Ocorre que das decisões levantadas, cujo mérito já havia sido apreciado, em três esta regra não prevaleceu, com a apreciação da cautelar e a conversão pelo artigo 12.

A primeira destas ações é a ADI nº 3.255 – PA, que indagava a constitucionalidade das indicações ao Tribunal de Contas daquele Estado. A ADI foi distribuída no dia 08 de julho de 2004 e cautelar foi deferida pelo Presidente do Tribunal, em razão do período de recesso deste em 29 de julho de 2004, para suspender os processos de nomeação para as cadeiras vagas do Tribunal de Contas. No dia 02 de dezembro de 2004 o Ministro Sepúlveda Pertence (Relator), entendeu que, por ter se limitado a paralisar o processo de nomeação, a cautelar não teria abrangido o núcleo do pedido, sendo, portanto, passível de conversão no rito do artigo 12 da Lei nº 9.868/99.

Outro caso é a ADI nº 3.868 – DF, que questionava a constitucionalidade de medida provisória federal, posteriormente convertida em lei, que autorizava o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) a contratar pessoal técnico imprescindível sem concurso, por tempo determinado, nos termos do artigo 37, inciso IX da Constituição Federal. O Ministro Marco Aurélio (primeiro Relator do caso), acionou o dispositivo do artigo 12 para o julgamento definitivo da ação no dia 09 de dezembro de 2003. O requerente voltou a frisar o caráter de urgência do pleito, mas o Relator manteve o rito do artigo 12. Diante da ausência de julgamento por parte do Tribunal, o requerente peticionou novamente no dia 29 de junho de 2004 requerendo fosse julgado o feito. Diante do quadro de inércia instaurado e do período de recesso então vigente, o Ministro Marco Aurélio no dia 1º de julho de 2004 deferiu a liminar para suspender os efeitos da lei até o julgamento final da ADI, que ocorreu dia 25 de agosto de 2004. Neste caso, por diversas razões, um processo que era para ser inicialmente célere, tomou contornos mais complexos, retardando todo o procedimento de julgamento, o que levou o relator à apreciação da cautelar, nos seguintes termos:

“(…) O Partido da Frente Liberal - PFL solicitou preferência no exame do pedido sob o ângulo da liminar. Então, determinei a inclusão do processo em pauta com a urgência cabível, dispensado novo pronunciamento do Procurador-Geral da República, porquanto o contido no processo já engloba o aditamento à inicial. Foi expedida a papeleta relativa à liberação do processo ao Plenário em 18 de junho de 2004. Em 29 de junho de 2004, o requerente voltou a ressaltar a urgência do julgamento, pleiteando a apreciação individual, caso não realizado o pregão no semestre em curso. Despachei, imediatamente, consignando o envio de cópia da peça ao Presidente, a quem compete dirigir os trabalhos do Plenário. A sobrecarga

de processos na pauta e na bancada inviabilizou o crivo do Colegiado. Assim, ante o disposto nos artigos 21, incisos IV e V, do Regimento Interno e 10 da Lei nº 9.868/99, passo a decidir”¹³⁹.

Por fim, o último dos três casos apontados. Trata-se da ADI nº 3.244 – MT, na qual se questionava lei complementar estadual responsável por atribuir uma determinada prerrogativa aos diretores de Agência estadual. Por estar em período de recesso, a cautelar foi apreciada pelo Presidente do Tribunal, no dia 07 de julho de 2004, quanto ele entendeu não ser o caso de “*excepcional urgência*”, conforme exige o artigo 10, § 3º da Lei nº 9.868/99 para a concessão da cautelar sem a oitiva do pleno. Sendo assim, no dia 15 de setembro de 2004 o Ministro Joaquim Barbosa (Relator), adotou o rito do artigo 12 da Lei nº 9.868/99, vez que a cautelar não havia sido apreciada pelo pleno (apenas pelo Presidente).

Podemos afirmar que mesmo com o advento do artigo 12, as cautelares continuam existindo pelas razões mais variadas possíveis. O artigo 12 de fato ocasionou uma redução significativa no número de medidas cautelares apreciadas, porém, a existência da cautelar ficou assegurada pela Lei nº 9.868/99, significadamente para os casos de urgência manifesta.

O artigo 12 deixou claro o papel de “tutela de urgência” da ADIMC, que passou, em regra, a ser utilizada naqueles casos em que a urgência era um elemento significativo e mesmo um rito célere não reduziria o ônus da manutenção de um ato normativo inconstitucional. O artigo 12 trouxe um caráter de excepcionalidade à esta espécie de cautelar, permitindo, por sua vez, que aquelas ações nas quais os elementos cognitivos já estivessem à disposição dos Ministros, fossem julgadas definitivamente desde logo (evitando que as ADIMCs mascarassem um procedimento que possuía muito mais características de um rito específico sumário do que de uma tutela de urgência propriamente dita).

¹³⁹ ADI nº 3.068 – DF, Despacho Min. Marco Aurélio (relator), decisão monocrática. Disponível em www.stf.gov.br.

VII – UM LONGO CAMINHO PARA O MÉRITO: ADIs COM MÉRITO APRECIADO EM MAIS DE 14 ANOS

Considerando o alto grau de satisfatividade das decisões proferidas quando do julgamento das ADIMCs e considerando também o grande período entre a apreciação da cautelar e o julgamento do mérito, optamos por analisar as decisões com os maiores intervalos de tempo, por meio das chamadas “faixas de tempo” (conceito aplicado na pesquisa quantitativa). Para tanto, a análise se concentrou naquelas ações cujo intervalo de tempo foi maior do que 14 anos¹⁴⁰. O intuito não era outro senão descobrir a razão pela qual estas ADIs possuíram um tempo tão grande de tramitação.

Mais uma vez é forçoso salientar que a opção pela análise desta faixa temporal não atende a nenhum critério específico. Optamos por este corte em razão do tempo exigido para a formulação deste trabalho, que impedia uma análise mais ampla. As ações abrangidas foram: ADI nº 213 - PB, Rel. Min. Joaquim Barbosa; ADI nº 96 - RO, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, ADI nº 92 - RO, Rel. Min. Joaquim Barbosa; ADI nº 387 - RO, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, ADI nº 317 - SC, Rel. Min. Eros Grau; ADI nº 215 - PB, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; ADI nº 161 - PR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, ADI nº 287 - RO, Rel. Min. Eros Grau; ADI nº 181 - RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; ADI nº 603 - RS, Rel. Min. Eros Grau; ADI nº 453 - DF, Rel. Min. Gilmar Mendes; ADI nº 100 - MG, Rel. Min. Ellen Gracie; ADI nº 134, Rel. Min. Maurício Corrêa; ADI nº 397 - SP, Rel. Min. Eros Grau; ADI nº 559 – MT, Rel. Min. Eros Grau; ADI nº 572 - PB, Rel. Min. Eros Grau; ADI nº 662 - MG, Rel. Min. Eros Grau; ADI nº 347 - SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa.

¹⁴⁰ Conforme a legenda trazida quando da apresentação dos dados, englobamos nesta análise as ADIs qualificadas como 14, 15 e 16, ou seja, com tempo entre concessão da liminar e julgamento do mérito de 14 a 15 anos, de 15 a 16 anos e de 16 a 17 anos, respectivamente. Para retomar estes conceitos, sugerimos a leitura do capítulo IV.

A leitura das decisões selecionadas trouxe algumas constatações, as quais passamos a abordar.

O primeiro dado relevante é que neste corte nenhuma ação cuja liminar foi deferida e o mérito improcedente, ou cuja liminar foi indeferida e o mérito procedente, foi encontrada. Isto indica que não houve inversões nestas ADIs com o maior tempo de julgamento. Disto podemos inferir que o custo político de inverter uma decisão cautelar depois de um largo período de tempo pode ser um fator que influa na decisão dos Ministros, mesmo que este fato não seja externado nos votos. Um grande lapso temporal faz com que relações jurídicas se consolidem, incrementando o custo de alteração de tais situações já concretizadas.

Outro dado relevante é que a grande maioria destas ADIs questionava normas constitucionais estaduais¹⁴¹. Esta constatação reflete a mesma constatação da primeira etapa do trabalho, qual seja, o tratamento diferenciado dado aos Estados e à União (as análises de normas federais tendem a ser mais céleres).

Este dado pode estar imbricado a uma idéia de separação de poderes, ligada ao próprio papel do STF na definição deste princípio. Como já discutimos em outro trabalho¹⁴², a separação dos poderes como princípio constitucional foi delineado pelo STF no Brasil com base em uma discussão no âmbito essencialmente estadual (sobre normas estaduais). Muito desta discussão foi resultante da edição das Constituições estaduais após a Constituição Federal de 1988. O STF estabeleceu como um postulado básico a simetria das Cartas estaduais com a Carta federal, o que incluía a própria concepção da separação dos poderes, ou seja, o próprio modelo institucional de repartição de competências e de interação de funções estatais.

Luiz Werneck VIANNA afirma que os Governadores são personagens na judicialização da política, pois em nome da governabilidade e da racionalização da administração pública, ameaçadas por leis que foram concebidas como instrumentos de interesses particulares, ingressam no Judiciário para questionar tais diplomas¹⁴³.

¹⁴¹ Dentre as ações correlacionadas, apenas as ADIs nº 387 – RO; nº 287 – RO; nº 559 – MT, nº 662 – MG; nº 603 – RS e nº 453 - DF não abordavam normas constitucionais dos Estados membros (33,33% aproximadamente das ações analisadas).

¹⁴² Trata-se de Iniciação Científica realizada junto à Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), vinculada à Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP), intitulada *A Separação dos Poderes na Carta de 1988 sob a Óptica do Supremo Tribunal Federal*, disponível em <http://www.sbdp.org.br/iniciacoes.php>.

¹⁴³ Luiz Werneck VIANNA, *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*, p. 71.

Em nosso trabalho demonstramos também que o STF desde logo, nas decisões ali analisadas, trouxe inúmeras amarras ao legislador estadual, exigindo a similitude entre o modelo constitucional federal e o estadual. Neste sentido, a existência de matérias cujos projetos de lei eram de iniciativa exclusiva do Chefe do Executivo e sobre as quais havia a proibição de aumento dos gastos previstos nestes projetos (matérias previstas na Constituição Federal – reserva de iniciativa), obrigaram o Legislador local a se adaptar e seguir tais procedimentos, mesmo nas Constituições de seus Estados. Sem dúvida, este aspecto técnico, reserva legal de iniciativa, conjugado com a obrigatoriedade de respeito desta regra pelos Estados, fez com que o número de ADIs propostas pelos Governadores no contexto da separação dos poderes fosse grande e que a matéria com mais referência naquela pesquisa fosse aquela relacionada à Administração Pública.

Nestes casos é possível afirmar que os Governadores foram a juízo não apenas em nome da governabilidade, como afirma Luiz Werneck VIANNA¹⁴⁴ mas também para garantir prerrogativas inerentes à sua função, qual seja, a executiva. Diante de acórdãos seguros sobre a linha interpretativa do STF, o Governador recorria ao Tribunal a fim de ver garantido o modelo de separação dos poderes concebido pela Constituição Federal de 1988. Tal proposição também se explica pelo alto grau de sucesso dos Governadores nestas ações: eles têm as ações julgadas procedentes na sua totalidade em 82,81% dos casos nos quais a Assembléia Legislativa é recorrida e só em 6,25% são julgadas improcedentes completamente¹⁴⁵. Em síntese, se o Legislativo estadual estava limitado pelo modelo de atribuições trazido pela Constituição de 1988 e o STF possuía uma jurisprudência firmada sobre o assunto, eram certos os casos em que o Governador poderia questionar determinadas normas no STF.

Note-se ainda o relevante papel do STF na conformação das Constituições estaduais com a Constituição Federal, conforme assinalamos quando da análise dos dados quantitativos. Foi possível depreender que a maioria das ADIs ajuizadas nos primeiros anos de vigência da Constituição Federal de 1988 foi relativa às Constituições estaduais, ao contrário do que se verificou de 1995 até hoje. Frise-se ainda que este fato foi responsável, como assinalamos, pela disparidade dos números referentes às ADIs com liminares deferidas e mérito procedente, denotando que o STF caminhava, no mais das vezes, no sentido de suspender uma norma constitucional estadual questionada face à Carta Federal.

¹⁴⁴ Luiz Werneck VIANNA, *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*, p. 121.

¹⁴⁵ Existem casos em que as ações são julgadas parcialmente procedentes.

Todos estes fatos demonstram que O STF se viu diante de uma situação peculiar. A Corte era responsável pela delimitação, em muitos casos, do modelo institucional de separação dos poderes adotado pelos Estados nas suas respectivas Constituições estaduais, em contrapartida atuavam diretamente no conflito entre Legislativo e Executivo, que em muito acontecia no campo de atuação do STF¹⁴⁶ (STF como um interlocutor).

Cumpra então indagar, como estes dados se ligam com nossas constatações no âmbito das medidas cautelares? Ora, fica claramente demonstrado que o STF evitou se pronunciar definitivamente sobre algumas questões específicas, como nos questionamentos sobre a constitucionalidade das normas estaduais constitucionais, que versavam, via de regra, sobre aspectos inerentes à separação de poderes em cada Estado. Discutir as razões para esta tendência do STF seria mera especulação, por isso apontamos duas hipotéticas razões. A uma, porque o STF esperaria que a situação estivesse definitivamente consolidada, sem espaço para novas discussões, para só então se pronunciar definitivamente sobre o mérito, ou, a duas, simplesmente esperaria que a ADI perdesse o objeto, vez que a própria Constituição estadual seria alterada naquilo que havia sido questionada liminarmente junto ao Tribunal. Em ambas as hipóteses o STF se absteria de adentrar em um conflito direto com os outros Poderes políticos (Executivo e Legislativo). O que se viu foi um mecanismo (cautelar) nas mãos do Tribunal que ao mesmo tempo em que trazia uma resposta para os requerentes, não trazia, em tese, uma resposta definitiva, eximindo este órgão de qualquer conflito no âmbito da separação dos poderes.

Estas constatações são relevantes para a compreensão do “*modus operandi*” do Tribunal e para compreendermos a maneira que ele utiliza os instrumentos colocados à sua disposição. Neste caso, o uso das cautelares diretamente na delimitação da separação dos poderes pátria, ainda mais em um contexto no qual a medida cautelar pode assumir relevante papel político por meio da análise da “*conveniência*”, como se verá adiante.

¹⁴⁶ O princípio basilar dos Estados democráticos e republicanos contemporâneos, da separação dos poderes, sofreu no Brasil um acentuado movimento de mudança após a Constituição de 1988, a qual mistura o conceito clássico de separação dos poderes com modernas concepções sobre o tema. Repleta de pontos contrapostos, a Carta brasileira, ao mesmo tempo em que fortaleceu o Legislativo, conseqüência lógica da superação do período histórico anterior, manteve o Executivo ainda muito forte o que se vê, por exemplo, através da manutenção do poder de edição de atos normativos unilaterais, as Medidas Provisórias. Com relação ao Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal (STF) – guardião máximo da Constituição Federal - passou a examinar matérias que antes não examinava ou o fazia em menor intensidade, em razão do amplo detalhamento do texto constitucional, pelo aumento de suas competências e pela ampliação do rol de legitimados para a propositura da ADI. Disto decorre uma maior atuação judiciária em diversas matérias, sempre com o objetivo de dar sentido ao texto constitucional. Há também, uma clara facilitação do acesso a este poder pela própria característica consociativa da democracia brasileira, que permitiu às minorias questionarem atos dos Poderes Legislativo e Executivo. Não obstante, o STF se torna palco da resolução dos mais variados conflitos entre os outros dois poderes (que se encontram fortalecidos).

Passando a uma análise mais específica sobre as ADIs levantadas, devemos chamar atenção para a medida cautelar na ADI nº 96 – RO, por trazer em seu bojo grande discussão sobre aspectos da medida cautelar. Por esta razão será importante analisá-la separadamente.

Quanto às demais ADIMCs apontadas neste tópico, alguns pontos merecem destaque. Não parece haver por parte dos Ministros uma preocupação com os requisitos da cautelar. Como já afirmamos, a Constituição Federal faz referência apenas à concessão da ADIMC, sem inserir qualquer exigência quanto aos requisitos clássicos (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*), tal qual a Lei nº 9.868/99. A fixação da exigência destes requisitos é fruto da própria jurisprudência do STF e da teoria geral das cautelares. Em contrapartida o STF não tem nenhuma coerência na utilização destes requisitos como parte integrante das cautelares analisadas.

Em alguns casos, o juízo é feito afastando um requisito e concedendo com base apenas no outro, como na ADIMC nº 387 – RO e ADIMC nº 603 - RS. Outros são os casos nos quais os requisitos sequer são analisados, como na ADIMC nº 92 - RO. Em outros, os dois requisitos são apreciados, como na ADIMC nº 453 – DF, por exemplo.

Cumpra salientar ainda, como se verá adiante, que em determinados casos um terceiro requisito é utilizado, a *conveniência*. O problema de não ter uma posição bem definida no que concerne à exigibilidade dos requisitos é que nunca se sabe qual será o comportamento do STF, pois não há qualquer segurança quanto aos critérios de admissibilidade e julgamento utilizados em cada caso concreto. Este fato pode gerar uma ambigüidade no comportamento do Tribunal, pois em um caso a cautelar pode ser concedida com base em apenas um requisito e em outro ser indeferida em razão da ausência deste mesmo requisito. Exemplos não faltam. Na ADIMC nº 603 – RS ficou reconhecido o *periculum in mora* de maneira expressa pelos Ministros e mesmo assim a cautelar foi indeferida, enquanto na ADIMC nº 1.398 – DF a cautelar foi concedida exclusivamente com fulcro na existência do *periculum in mora*. Neste exemplo não se nega que as ADIs possuíam objetos diferentes, porém isto demonstra não haver coerência (padrão) na apreciação dos pressupostos da ADIMC.

Ainda quanto aos requisitos, outra constatação deve ser assinalada. O *fumus boni iuris*, requisito inerente às cautelares que em alguns casos é assumido pelo STF na apreciação das ADIMCs, possui uma utilização linear, ao menos no que concerne à sua

caracterização. Em muitos casos é reconhecido por existirem precedentes no mesmo sentido, seja aquele já definitivamente julgado ou aquele apreciado cautelarmente, valorizando sua própria jurisprudência com precedente para casos futuros (neste sentido a ADIMC nº 387 - RO, ADIMC nº 161 – PR e ADIMC nº 287 - RO).

Outro dado interessante, os Ministros se preocupam, ao julgarem o mérito da ADI, com a construção do argumento, mesmo votando no sentido da cautelar. Limitam-se a citar o argumento da cautelar, ou nem mesmo fazem referência. Não há uma regra, mas nestes casos, nos quais o período entre os julgamentos é demasiadamente grande, implicando na alteração da composição da Corte, mesmo mantendo-se a decisão cautelar, a fundamentação existe e não se limita a “copiar” aquela proferida quando do julgamento da cautelar.

1 - ADI nº 96 – RO

Trata-se de ADI proposta pelo Governador do Estado de Rondônia que atacava diversos dispositivos da Constituição do Estado os quais tratavam de aspectos da remuneração da Magistratura e do Ministério Público locais. O caso mereceu destaque especial por abordar diversos aspectos da medida cautelar no âmbito do controle concentrado de leis.

Primeiramente, o Ministro Celso de Mello (Relator), fixou a necessária comutatividade dos requisitos essenciais das cautelares, quais sejam o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Para tanto, citou uma série de precedentes. Como afirmamos, não parece ser esta uma regra absoluta dentro do STF, pois existem casos em que as cautelares são deferidas mesmo com a ausência de um destes requisitos.

O julgamento desta medida cautelar é datado de 18 de outubro de 1989, sendo um dos primeiros casos trabalhados pelo STF. Quando deste julgamento, os Ministros tinham uma impressão sobre o instituto que não se consolidou com o passar do tempo. Cumpre citar um trecho no qual este fato é facilmente constatado:

“A excepcionalidade da medida cautelar incidente nas ações diretas de inconstitucionalidade – é preciso acentuar – deve ser considerada como um expressivo fator limitativo de sua concessão, em face do conteúdo eficaz desse singular provimento jurisdicional, que gera e provoca a suspensão

liminar da execução de leis, em cujo favor milita a presunção juris tantum de constitucionalidade (RTJ 66/631)”¹⁴⁷. (grifo nosso)

Cita ainda o Ministro Celso de Mello, jurisprudência da Corte no mesmo sentido, sobre o caráter excepcional da medida (Representação 1.094 - SP). O Ministro vai ainda mais longe ao afirmar que seria justamente esse caráter excepcional que conferiria singularidade à medida cautelar em sede de controle concentrado.

Tentando fortalecer seu fundamento, de excepcionalidade da medida, o Ministro Celso de Mello faz referência à inversão do princípio de presunção de constitucionalidade:

“O exercício prudente do poder cautelar deferido a esta Corte, nas ações diretas de inconstitucionalidade, justifica-se, ainda, pelo necessário respeito – que se impõe – à presunção de constitucionalidade que inere aos atos normativos, especialmente àqueles que resultem do processo legislativo. Afinal, ‘a inconstitucionalidade não se presume. Há de resultar de manifesta ofensa à lei Magna’ (RTJ 66/631)”¹⁴⁸

A medida cautelar seria, portanto, para o Ministro Celso de Mello “grave exceção a esse princípio”¹⁴⁹ (da presunção de constitucionalidade). No entanto, parece-nos que a medida cautelar não foi utilizada ao longo dos anos como um instrumento de excepcionalidade, pelo contrário, cuidou-se de instrumento comumente utilizado pelos requerentes e aplicado pelo STF¹⁵⁰. A maior evidência desta afirmação são os números correlacionados na primeira etapa deste trabalho, que não deixam maiores dúvidas.

Disto resulta que os Ministros possuíam uma concepção errônea do que viria a se tornar a medida cautelar, ao menos até o advento do artigo 12 da Lei nº 9.868/99. Este precedente é importante para demonstrar que até mesmo para o STF a medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade não foi criada para ser utilizada com tamanha frequência,

¹⁴⁷ ADIMC nº 96 – RO, Voto Min. Rel. Celso de Mello, p. 78 (numeração superior). Disponível em www.stf.gov.br.

¹⁴⁸ ADIMC nº 96 – RO, Voto Min. Rel. Celso de Mello, p. 80 (numeração superior). Disponível em www.stf.gov.br.

¹⁴⁹ ADIMC nº 96 – RO, Voto Min. Rel. Celso de Mello, p. 78 (numeração superior). Disponível em www.stf.gov.br.

¹⁵⁰ Talvez esta utilização excessiva reflita não um comportamento deliberado do STF, mas seja o resultado de um Legislativo despreparado, que constrói normas constantemente contrárias aos ditames constitucionais. Este fato conjugado ao aumento no número de legitimados ativos para propor a ADI, talvez tenha forçado a cautelar a assumir um papel corriqueiro dentro do controle de constitucionalidade nacional (quando deveria ser excepcional). Esta afirmação não reflete qualquer constatação científica, simplesmente trata-se de especulação do autor.

mas sim, com parcimônia. No entanto, o próprio Tribunal destruiu esta concepção, ao utilizá-la de maneira significativa.

VIII - A *CONVENIÊNCIA* COMO REQUISITO DA ADIMC

Como já afirmamos anteriormente, o STF não possui um padrão jurisprudencial na delimitação dos requisitos inerentes à medida cautelar na ADI. Em determinados julgados considera necessária a presença do *fumus boni iuris* concomitantemente ao *periculum in mora*, em outros considera suficiente a presença de um destes requisitos isoladamente. Quanto a esta inconsistência na delimitação dos requisitos, não restam dúvidas. Ocorre que o STF vem considerando, em alguns casos, a presença de um terceiro requisito, a *conveniência*.

Criou-se, dentro da jurisprudência do Tribunal, a prerrogativa de em alguns casos se fazer um juízo positivo da *conveniência* da suspensão da vigência da norma questionada. O STF adotou um “*conceito jurídico indeterminado de conveniência política da suspensão de eficácia*”¹⁵¹, ou seja, criou um mecanismo de análise que transcende meros aspectos jurídicos, indo além, inserindo aspectos de escolha política na apreciação da cautelar.

Diversos são os exemplos da utilização deste requisito como forma de julgar a necessidade ou não da suspensão de determinada norma, os quais passamos a abordar :

- **ADI nº 173 – DF (09/03/1990):** Tratava-se de liminar contra lei federal que versava sobre a quitação fiscal. Voto do Ministro Moreira Alves¹⁵²:

"Ora, com a devida vênua do eminente Ministro Carlos Madeira, que indeferiu a liminar ad referendum deste Plenário, entendo que a liminar deve ser concedida, uma vez que é indubitável a relevância da

¹⁵¹ ADIMC nº 3.401 – SP, Voto Rel. Min. Gilmar Mendes, p. 20 (numeração eletrônica). Disponível em www.stf.gov.br.

¹⁵² A intenção aqui não foi abordar um número determinado de decisões, a partir de um corte pré-estabelecido. O único intuito foi o de demonstrar que em determinados casos o STF decide sobre as ADIMCs com base também (ou exclusivamente) na conveniência.

fundamentação da argüição de inconstitucionalidade, além da ocorrência de periculum in mora, tais os entraves à atividade econômica que o artigo 1º da citada lei acarreta, bem como, em decorrência disso, o impedimento ao acesso ao Judiciário, sujeito, por vezes -- como em caso de mandado de segurança --, a prazos fatais. Note-se, ainda -- o que corrobora, também a conveniência da concessão liminar --, que as restrições impostas pelo dispositivo legal em causa, já regulamentado e, portanto, com plena vigência, se tiverem sua aplicação suspensa, não impedirão a atuação do Estado na cobrança de seus créditos fiscais, judicial ou extrajudicialmente.”¹⁵³

- **ADIMC nº 347 – SP (15/08/1990):** Tratava-se de liminar contra norma da Constituição estadual de São Paulo, a qual atribuía competência ao Tribunal de Justiça para processar e julgar originariamente a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal em face da Constituição Federal. Voto do Ministro Moreira Alves:

“E, sem dúvida, é conveniente a suspensão cautelar requerida, tendo em vista que está em causa a questão concernente à competência precípua desta Corte que, nos termos da própria Constituição Federal, é a de guardá-la”¹⁵⁴ (grifo nosso).

- **ADIMC nº 409 – RS (06/12/1990):** Tratava-se de liminar contra norma estadual que atribuía competência ao Tribunal de Justiça daquele Estado para o controle abstrato de atos normativos municipais confrontados com a Constituição Federal. Voto do Ministro Celso de Mello:

“Devo salientar, ainda, que o Plenário desta Corte, para deferir o pedido de suspensão cautelar formulado no recente precedente a que já aludi (ADI nº 347-DF), pautou-se na relevância do tema, bem assim em juízo de conveniência, ditado pela gravidade que envolve a discussão sobre a extensão da competência deste Tribunal no seu papel de guardião supremo da Constituição Federal.

Por essas mesmas razões, defiro o pedido de medida liminar ora formulado, para suspender a eficácia da expressão ‘e a Constituição Federal’, que

¹⁵³ ADIMC nº 347 – SP, Voto Rel. Min. Moreira Alves, p. 28 (numeração superior). Disponível em www.stf.gov.br.

¹⁵⁴ ADIMC nº 173 – SP, Voto Rel. Min. Moreira Alves, p. 17 (numeração superior). Disponível em www.stf.gov.br.

*integra o art. 95, inciso XII, d, da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul*¹⁵⁵ (grifo nosso)

- **ADIMC nº 474 – DF (04/04/1991):** Tratava-se de liminar contra norma do Estado do Rio de Janeiro que permita às pessoas maiores de 16 e menores de 18 anos pleitearem habilitação para dirigir veículos automotores. Voto do Min. Sepúlveda Pertence:

"A inconstitucionalidade formal suscitada é de plausibilidade inequívoca.

De outro lado, são evidentes os riscos sociais ou individuais, de vária ordem, que a execução provisória da lei questionada gera imediatamente,
na medida em que amplia a faixa de descoincidência temporal entre o termo inicial de responsabilidade penal e civil e a autorização para dirigir veículos automotores.

*Defiro a suspensão cautelar: é o meu voto*¹⁵⁶ (grifo nosso)

- **ADIMC nº 704 – PR (25/03/1992):** Tratava-se de liminar contra lei complementar do Estado do Paraná, a qual prorrogava o prazo para criação de município no Estado. Voto do Ministro Sepúlveda Pertence:

*"Por fim, as razões de conveniência, muito bem sustentadas no memorial do Estado do Paraná, são, a meu ver, evidentes, na medida em que vai fazer eleição no município novo e no município antigo, na pendência de uma ação direta de cuja decisão, até o seu eleitorado (sic)"*¹⁵⁷.

- **ADIMC nº 718 – MA (03/08/1992):** Tratava-se de liminar contra lei complementar do Estado do Maranhão que criava alguns municípios. Ementa:

*"A Suprema Corte já proclamou, ainda que por deliberação majoritária, **que se revela conveniente a suspensão cautelar de eficácia de leis ordinárias** que, em ano de eleições, criam Municípios, em face das prováveis repercussões desse ato no processo eleitoral. Precedente: ADI 704-PR.*

¹⁵⁵ ADIMC nº 409 – RS, Voto Rel. Min. Celso de Mello, p. 45 (numeração superior). Disponível em www.stf.gov.br.

¹⁵⁶ ADIMC nº 474 – DF, Voto Rel. Min. Sepúlveda Pertence, p. 21 (numeração superior). Disponível em www.stf.gov.br.

¹⁵⁷ ADIMC nº 704 – PR, Voto Min. Sepúlveda Pertence, p. 125 (numeração superior). Disponível em www.stf.gov.br.

A criação de novas pessoas municipais - a partir do desmembramento dos municípios que constituem as unidades matriciais - implica, ante as graves consequências que daí derivam, o comprometimento inegável da organização político-administrativa e da integridade jurídico-territorial das comunidades locais interessadas.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem considerado que a iminência da realização de plebiscito caracteriza, objetivamente, o requisito do "periculum in mora", para efeito de concessão de medida cautelar em processo de controle normativo abstrato. Precedentes"¹⁵⁸. (grifo nosso)

- **ADI nº 804 – DF (27/11/1992):** Tratava-se de liminar contra lei distrital que criava a respectiva Junta Comercial. Voto do Ministro Sepúlveda Pertence:

"E, sendo relevante, a questão constitucional proposta, a petição inicial demonstrou iniludivelmente a conveniência de sustar provisoriamente a eficácia da lei questionada.

Desse modo, defiro a suspensão cautelar"¹⁵⁹.(grifo nosso)

- **ADIMC nº 3.035 – PR (10/12/2003):** Tratava-se de liminar contra lei paranaense que vedava o cultivo, a manipulação, a importação, a industrialização e a comercialização de organismos geneticamente modificados. Voto do Ministro Gilmar Mendes (Relator):

"Em princípio não se vislumbra interesse jurídico para a suspensão do art. 3º, que cuida da utilização de conceitos de engenharia genética e OGM contidos em lei federal. O mesmo ocorre quanto aquele dispositivo que exclui determinadas atividades das vedações da lei (art. 4º). Todavia, considerando o complexo normativo impugnado, resta evidente que tais normas, isoladamente, não fazem sentido algum. Considero, desse modo, conveniente a suspensão destes dispositivos"¹⁶⁰. (grifo nosso)

¹⁵⁸ ADIMC nº 718 - MA, Ementa, Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em www.stf.gov.br.

¹⁵⁹ ADIMC nº 804 – DF, Voto Rel. Min. Sepúlveda Pertence, p. 52 (numeração superior). Disponível em www.stf.gov.br.

¹⁶⁰ ADIMC nº 3.035 – PR, Voto Rel. Min. Gilmar Mendes, p. 356 (numeração superior). Disponível em www.stf.gov.br.

• **ADIMC nº 2.856 – ES (24/09/2004):** Tratava-se de liminar contra lei do Estado do Espírito Santo que dispunha sobre a necessidade de diploma de graduação em curso superior para o cargo de Agente de Polícia. Voto do Ministro Gilmar Mendes:

“Entendo configurado os requisitos atinentes à plausibilidade jurídica do pedido e à conveniência política da suspensão da vigência da lei, o meu voto é no sentido de deferir a cautelar requerida com efeitos ex tunc”¹⁶¹. (grifo no original)

• **ADIMC nº 3.401 – SP (03/02/2005):** Tratava-se de liminar contra resolução do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que havia alterado a destinação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro, com a conseqüente redução de parcela destinada ao Executivo. Voto do Min. Gilmar Mendes:

“Ao adotar o conceito jurídico indeterminado de conveniência política da suspensão da eficácia, procurou o Tribunal desenvolver um conceito geral que lhe outorgue maior liberdade para avaliar a necessidade ou não de suspensão cautelar da lei ou do ato normativo. É certo, por outro lado, que a utilização desse conceito permite que o Supremo Tribunal desenvolva um modelo diferenciado para o processo cautelar da ação direta de inconstitucionalidade, tanto quanto possível distinto do processo cautelar convencional.

No caso, não tenho dúvida da conveniência política da suspensão do ato, tendo em vista o conteúdo desagregador da medida adotada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, com imediata repercussão na relação entre os Poderes daquele Estado.

Meu voto, portanto, ressalvado melhor juízo quando da apreciação do mérito desta ação direta, é no sentido do deferimento da cautelar para o fim de suspender a vigência da Resolução 196, de 2005”¹⁶². (grifo nosso)

• **ADIMC nº 3.462 – PA (08/09/2005):** Tratava-se de liminar contra autorização legislativa dando ao Poder Executivo a prerrogativa de conceder, por regulamento, os benefícios fiscais da remissão e da anistia. Ementa:

¹⁶¹ ADIMC nº 2.856 - ES, Voto Rel. Min. Gilmar Mendes, p. 852 (numeração superior). Disponível em www.stf.gov.br.

¹⁶² ADIMC nº 3.401 – SP, Voto Rel.Min. Gilmar Mendes, p. 20 (numeração superior). Disponível em www.stf.gov.br.

“1. Ocorrência, no caso, de atuação ultra vires do Poder Legislativo, consubstanciada na abdicação de sua competência institucional em favor do Poder Executivo, facultando a este, mediante ato próprio, a prerrogativa de inovar na ordem jurídica em assunto (liberalidade estatal em matéria tributária) na qual a Constituição Federal impõe reserva absoluta de lei em sentido formal. Precedentes: ADI 1.247-MC, DJ 08.09.95 e ADI 1.296-MC, DJ 10.08.95, ambas de relatoria do Ministro Celso de Mello.

*2. Presença de plausibilidade jurídica na tese de inconstitucionalidade e de **conveniência na suspensão da eficácia do dispositivo atacado.***

3. Medida liminar concedida.”¹⁶³ (grifo nosso)

Seria desnecessário correlacionar mais exemplos neste sentido, a despeito da existência de diversos outros julgados com o mesmo teor¹⁶⁴. O que era preciso evidenciar com estas referências é que a medida cautelar no controle concentrado transcende os aspectos jurídicos, relevando inclusive questões políticas inerentes à norma questionada. Nesta linha, a análise dos Ministros abrange questões extrajurídicas, como o impacto da norma na economia, nas finanças públicas, nas relações sociais, etc., quase como um juízo final de conveniência, pois além da conveniência do legislador ou mesmo do chefe do Executivo, tais atos normativos estariam sujeitos ao crivo político do STF.

Note-se, por fim, que esta amplitude do instrumento não decorre de nenhum dispositivo legal ou mandamento constitucional, mas de construção da jurisprudência do próprio STF. Um instrumento tipicamente jurídico que passou a representar uma forma de participação política do STF em determinado casos junto aos demais Poderes (Executivo e Legislativo)¹⁶⁵.

¹⁶³ ADIMC nº 3.462 - PA, Ementa, Rel. Min. Ellen Gracie. Disponível em www.stf.gov.br.

¹⁶⁴ Foi igualmente o requisito da conveniência da suspensão cautelar que levou a Corte Suprema a adotar tal providência nos seguintes precedentes: ADI nº 417 - ES, Rel. Min. Maurício Corrêa; ADI nº 425 - TO, Rel. Min. Maurício Corrêa; ADI nº 270 - MG, Rel. Min. Maurício Corrêa; ADI nº 401 - DF, Rel. Min. Maurício Corrêa; ADI nº 102 - RO, Rel. Min. Maurício Corrêa; ADI nº 391 - CE, Min. Paulo Brossard; ADI nº 308 - RJ, Rel. Min. Octavia Gallotti; ADI nº 467 - AM, Rel. Min. Sydney Sanches; ADI nº 666 - PE, Rel. Min. Moreira Alves; ADI nº 462 - BA, Rel. Min. Moreira Alves; ADI nº 138 - RJ, Min. Ilmar Galvão.

¹⁶⁵ Fenômeno semelhante, mas não idêntico, ocorre com a denominada suspensão de segurança, tratada no artigo 4º da Lei nº 4.348/64. Possibilita a suspensão da eficácia de liminar ou de sentença concessiva de segurança, desde que, a requerimento de pessoa de direito público direcionado ao Presidente do Tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, fique demonstrado risco de grave lesão à ordem, à segurança, à saúde e à economia pública. Como pode ser facilmente notado, não se trata de juízo expresse de conveniência, porém são conceitos extremamente amplos, que transferem ao Presidente do Tribunal, neste caso por força de lei, a prerrogativa de efetuar um juízo político (e não jurídico) sobre a suspensão de uma decisão.

1 - STF, *Conveniência* e Política

Para a correta compreensão da utilização deste requisito (*conveniência*), julgamos necessário trazer à baila uma comparação do fenômeno aqui apontado com aquele trazido na obra de Oscar Vilhena VIEIRA, *Supremo Tribunal Federal – Jurisprudência Política*.

Para o autor, ao concluir sua obra, o STF é um órgão “*includavelmente político*”¹⁶⁶, pois suas decisões têm um grande e relevado impacto sobre a conduta dos demais Poderes e também da população. Para ele, quem exerce autoridade sobre os demais, exerce função política¹⁶⁷.

Desta assertiva, qual seja, o STF como um Poder político, o autor ressalta na obra dois pontos relevantes: o que para ele seria a origem deste fato e qual seria a consequência. Quanto à origem, aquelas apontadas coincidem com as já abordadas por nós no início deste trabalho. Quando falamos de origem queremos remeter às razões determinantes para que o STF exista como Poder político. Apesar de o Tribunal ter sempre tido uma participação de destaque na nossa história constitucional, foi a partir de 1988 que esta característica (política) se acentuou. Com o advento da Carta, que ocasionou a ampliação do rol de legitimados a acessar diretamente a Corte para questionar a constitucionalidade de leis, somado à extensa constitucionalização de nossa vida política (decorrente do texto de 1988)¹⁶⁸, houve a fixação desta característica ao órgão de cúpula do Poder Judiciário.

Quanto à consequência, apesar de político, o STF continua sendo um Tribunal Constitucional e como tal decide não de acordo com uma vontade própria, mas a partir de uma vontade pré-constituída pela Constituição. Esta seria para o autor a grande diferença entre a atuação política do Tribunal para a atuação política dos demais poderes¹⁶⁹, ou seja, seriam abordagens distintas do mesmo conceito. Depreende-se, portanto que o STF, apesar de também ser um ente político, tem esta característica marcadamente diferente daquela encontrada no âmbito dos outros Poderes estatais, como o Executivo e o Legislativo. Sugere então algumas distinções básicas as quais trazemos sinteticamente.

¹⁶⁶ Oscar Vilhena VIEIRA, *Supremo Tribunal Federal – Jurisprudência Política*, p. 228.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 228.

¹⁶⁸ Cf. Rogério Bastos ARANTES e Cláudio Gonçalves COUTO, *Constituição ou Políticas Públicas? Uma Avaliação do Governo FHC*.

¹⁶⁹ Cf. Oscar Vilhena VIEIRA, *Supremo Tribunal Federal – Jurisprudência Política*, p. 229.

O processo decisório judicial seria caracterizado pela submissão aos seguintes critérios:

- 1) Tomar decisões com base em decisões anteriores, seguindo a normatividade (regras e princípios) e não outros critérios extraconstitucionais ou legais.
- 2) Procedimento justo.
- 3) Manutenção do imperativo da imparcialidade do juiz, decorrente do princípio da igualdade.
- 4) A decisão deve ser a decorrência mais correta, mais bem justificada, desse procedimento que busca a realização da justiça.

O processo decisório do Legislativo e do Executivo seria caracterizado pela submissão aos seguintes critérios:

- 1) Submetidos à Constituição, porém imersos em um contexto de maior discricionariedade.
- 2) Caracterizado pela regra da maioria, o que inclui barganhas e compromissos, e não igualdade das partes.
- 3) O Executivo (não a Administração) e o Legislativo não são imparciais.
- 4) Suas decisões vinculam a coletividade como uma decorrência de um processo político, vencido por quem mais poder alcançou.

Prossegue Oscar Vilhena VIEIRA:

“Assim, se esta proposição fizer sentido, um tribunal como Supremo Tribunal Federal deveria decidir em maior conformidade com uma ética de princípios do que com uma ética de resultados, consequencialista. É a partir de sua interpretação da Constituição que deve o Tribunal derivar suas decisões. Não cabe a ele explorar as eventuais consequências, em bases utilitárias, de uma ou outra decisão, para assumi-la como correta. Esta função foi entregue pela Constituição aos demais Poderes, que são responsáveis politicamente”¹⁷⁰.

É neste ponto que a digressão de Oscar Vilhena VIEIRA passa a nos interessar. Pela passagem supramencionada, depreendemos facilmente duas correntes de atuação possíveis para o STF, uma consequencialista e outra pautada em uma ética de princípios. Daí

¹⁷⁰ Oscar Vilhena VIEIRA, *Supremo Tribunal Federal – Jurisprudência Política*, p. 230.

que os Tribunais, em regra, deveriam seguir aquilo que ele denominou de ética de princípios. Critérios como eficiência, utilidade, conveniência, oportunidade, segurança ou governabilidade estariam ligados a ética consequencialista, que não seriam legitimamente atribuídas ao Supremo Tribunal Federal.

Parece-nos que a análise de *conveniência* na apreciação das medidas cautelares no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade aproxima o STF, nestes casos, a uma visão consequencialista, e não *principlista*. Os Ministros levam em consideração questões extraconstitucionais e estão muito mais propensos a garantir a governabilidade e não em assegurar um direito muitas vezes evidente. Oscar Vilhena VIEIRA entende que, embora presente em alguns julgados, este tipo de posicionamento não é regra dentro do STF. O que queremos reafirmar, com base em sua obra, é que em muitos casos a medida cautelar serviu de meio para o STF assumir uma ética *consequencialista*, indo além da mera aplicação do texto constitucional. Talvez, assumir este papel por meio de um provimento provisório, ao menos em tese, é muito menos oneroso frente à opinião pública e demais Poderes, do que em uma decisão definitiva.

IX - AS ADIS COM RESULTADO LIMINAR DISTINTO DO MÉRITO

Com intuito de compreender ainda mais o funcionamento do STF no que concerne à utilização das medidas cautelares em ações diretas de inconstitucionalidade, optamos por analisar também um determinado número de ADIs com resultado invertido. O que se buscou enfatizar foram aquelas decisões nas quais a liminar era deferida e o mérito julgado improcedente, ou naqueles casos de liminar indeferida e mérito procedente.

Este grupo de acórdãos foi aquele com menor incidência na pesquisa quantitativa. Especificamente quanto às inversões, a maioria das ações levantadas na primeira etapa da pesquisa eram relativas a casos com liminar indeferida e mérito procedente (75,64% dos casos), enquanto casos com liminar deferida e mérito improcedente ocupam uma parcela menor (24,36% dos casos).

Parece-nos, a partir de um primeiro exame dos números, que os casos de inversão com o indeferimento da cautelar impõem situações muito mais facilmente contornáveis pelo STF, pois a liminar pode ser indeferida por ausência de um dos seus requisitos, mantendo os efeitos da lei até o julgamento final. No entanto, a inversão nos casos de deferimento da cautelar implica necessariamente que o STF analisou, ao menos em tese, os requisitos da cautelar. Como já assinalamos, a apreciação da ADIMC pelo STF não segue uma linha coerente no exame dos requisitos da cautelar, porém, o seu deferimento, em regra, demonstraria ter existido um juízo mínimo sobre a constitucionalidade, o que dificultaria a justificação de mudança de posicionamento. Afirmamos com isso que causaria estranheza o STF se posicionar pela inconstitucionalidade de uma matéria em juízo cautelar e posteriormente, em juízo definitivo, deixar de considerar aquela inconstitucionalidade. Ora, salvo alteração na composição da Corte, o que levaria um Ministro a alterar sua postura se os elementos cognitivos, como afirmamos insistentemente, já estavam colocado de plano? Se a

norma era a mesma, conseqüentemente a inconstitucionalidade afirmada no caso também seria a mesma, não haveria, *a priori*, razão para uma mudança de posicionamento.

Como o exame efetivo de todos os acórdãos ditos invertidos se fazia impossível, em decorrência do tempo de elaboração deste trabalho, cuidamos de analisar 20% (vinte por cento) das decisões, selecionadas aleatoriamente.

Outro fato interessante é que em alguns casos, apesar de aparecer em nosso corte como uma ADI “invertida”, na prática, não houve qualquer inversão. Explicamos. Em muitos destes casos houve a concessão parcial da cautelar pretendida ou o julgamento parcialmente procedente do mérito. No entanto, apesar de aparecerem na listagem como invertidas, não o foram na prática, pois eram mantidas na medida do julgamento parcial da cautelar. Exemplificativamente, podemos descrever a seguinte situação: ADIMC deferida em parte para suspender um determinado ato normativo, ADI respectiva julgada improcedente parcialmente (no que não havia sido concedida a liminar) e procedente parcialmente (naquilo que havia sido suspenso liminarmente). Longe de viciar nossa pesquisa, esta constatação vem ao encontro de nossa principal afirmação: o grau de alteração das cautelares em sede de controle concentrado é mínimo¹⁷¹.

Quanto àquelas que de fato foram revertidas, é possível fazer alguns apontamentos relevantes.

Algumas cautelares indeferidas, que tiveram o mérito julgado procedente, o foram por não ter ficado demonstrado que a não concessão da cautelar traria a ineficácia da decisão futuramente prolatada quando do julgamento definitivo do mérito (ausência de *periculum in mora*). Trata-se de típico juízo das cautelares, diante da ausência dos requisitos autorizadores de sua concessão. Neste sentido a ADI nº 634 – RO, ADI nº 621 – PR, ADI nº 616 – MS, ADI nº 28 (diversos Estados), ADI nº 14 – DF, ADI nº 1.546 – SP, ADI nº 632 – PR e ADI nº 631 – SC.

Chama a atenção também a ADI nº 154 – RJ, de relatoria do Ministro Octavio Gallotti. A cautelar foi deferida e o mérito improcedente. Tratava-se de ADI contra norma da Constituição do Rio de Janeiro que dispunha sobre a criação de órgão de controle para as contas municipais. Faz-se necessário uma alusão ao voto do Ministro Sepúlveda Pertence, que melhor resume a razão de concessão da cautelar:

¹⁷¹ Neste sentido: ADI nº 550 – MT; ADI nº 425 – TO (10% da amostra).

“Senhor Presidente, também estou de acordo, ante as ponderações do eminente Relator quanto à conveniência da suspensão, não sendo inconveniente nela.

Não me comprometo, por ora muito, com o mérito, porque gostaria de refletir melhor sobre se Tribunais, Conselhos, Órgãos de Contas Municipais, do § 4º do art. 31, são os mesmos Conselhos ou Tribunais dos Municípios, a que se refere o § 1º.

Concedo a Liminar”¹⁷².

Mais uma vez fica claro o critério de *conveniência* na apreciação da cautelar. O Ministro expressamente deixou de analisar o objeto da ação (constitucionalidade do ato normativo), conseqüentemente o *fumus boni iuris*, postergando esta análise para depois de um juízo mais aprofundado sobre a matéria. É interessante notar que o Ministro Sepúlveda Pertence e o Ministro Octavio Gallotti (relator) quando do julgamento definitivo fizeram referência ao fato de que a concessão da cautelar se deu exclusivamente com base nas razões de *conveniência* então deduzidas, com mero juízo “*a primeira vista*”. Asseverou o Ministro Sepúlveda Pertence que a reflexão posterior sobre o tema, pautando-se principalmente no parecer da Procuradoria da República, convenceu-o sobre a constitucionalidade do órgão questionado, levando ele a julgar a ação como procedente.

Outro acórdão no qual a *conveniência* é utilizada como argumento primordial é a ADI nº 219 – PB. O motivo de inversão, quanto a um dos dispositivos impugnados, também foi a ausência de *periculum in mora* quando da apreciação da cautelar. No entanto, este fato perdeu espaço para trecho do voto do Ministro Moreira Alves (voto vencido):

“Sr. Presidente, entendo que, neste caso, o problema não é de periculum in mora mas de conveniência.

Não vejo inconveniência alguma em suspender esse texto, até porque, se não houver periculum in mora, pelo menos há, no caso, aspectos relevantes e delicados.

Assim, com a devida vênia, não havendo inconveniência na suspensão e havendo relevância jurídica, defiro a liminar”¹⁷³.

¹⁷² ADIMC nº 154 – RJ, Voto Min. Sepúlveda Pertence, pág. 27 (numeração superior). Disponível em www.stf.gov.br.

¹⁷³ ADIMC nº 219 – PB, Voto Min. Moreira Alves, pág. 31 (numeração superior). Disponível em www.stf.gov.br.

Note-se que o Ministro claramente diferencia o *periculum in mora* da *conveniência*, deixando claro ser este um requisito complementar àqueles tradicionalmente conhecidos.

Na ADI nº 352 – SC vários dispositivos eram questionados. A liminar foi deferida integralmente e o mérito em parte improcedente e em parte prejudicado. Tratava-se de ADI contra determinada lei estadual que criava despesa sem a indicação da fonte de custeio. A norma foi suspensa na sua integralidade. No mérito foi julgada prejudicada quanto a um dispositivo, que seria de eficácia temporária já esvaída, e improcedente quanto aos demais dispositivos. Da fundamentação do Ministro Sepúlveda Pertence foi possível depreender que a plausibilidade jurídica do pedido cautelar foi reconhecida exclusivamente em razão do dispositivo que posteriormente perdeu a eficácia, pois quando era eficaz levava à constitucionalidade da norma.

Outro caso de reversão foi a ADI nº 838 - DF. Trava-se de ADI contra lei distrital que permitia o remanejamento de agentes públicos para outros cargos que não aqueles nos quais foram aprovados. A liminar foi indeferida por não ter sido visualizado grave dano à ordem econômica e por, no entender do Ministro Octavio Gallotti, então Relator, não estar sendo violado o artigo 37, II da CF. No mérito, a ADIMC foi julgada procedente para declarar a norma inconstitucional. O Ministro Sydney Sanches, novo relator, ao proferir seu voto, cuidou de explicar que o indeferimento da ADI se deu com base em um dispositivo constitucional que de fato não estava sendo violado, porém, outros vícios maculavam a citada lei, o que justificaria a mudança de posicionamento da Corte. Neste contexto, é importante salientar uma máxima reafirmada quando deste julgamento, qual seja, o STF não está vinculado ao que é aduzido na inicial. Ora, os Ministros podem por argumentos outros que não aqueles trazidos pelo requerente julgar a ADI. Foi o que se visualizou neste caso.

A *conveniência* mais uma vez foi trazida à tona no julgamento da ADI nº 718 – MA. Tratava-se de ADI contra lei complementar do Maranhão que disciplinava a criação de municípios em ano de eleições municipais. Alegava-se violação aos artigos 16 e 18, § 4º da Constituição Federal, que assim versavam (redação antiga):

Art. 16 A lei que alterar o processo eleitoral só entrará em vigor um ano após sua promulgação.

Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

(...)

§ 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios preservarão a continuidade e a unidade histórico-cultural do ambiente urbano, far-se-ão por lei estadual, obedecidos os requisitos previstos em lei complementar estadual, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações diretamente interessadas.

O Supremo Tribunal Federal vinha deferindo cautelares para suspender este processo de criação em razão da *conveniência*, pelas prováveis repercussões no processo eleitoral vindouro. A iminência da realização do plebiscito ainda caracterizaria o *periculum in mora*. Contudo, como se nota da simples leitura do texto constitucional vigente à época, não havia qualquer impedimento expresso para que os municípios fossem criados em anos eleitorais, posicionamento este acolhido pelo Tribunal quando do julgamento do mérito (a vedação do artigo 16 não atingia a criação de municípios, por não se tratar se processo eleitoral).

Ocorre que o STF só voltou a julgar o mérito destas ações após a alteração da redação constitucional pertinente que dificultou o processo de criação de municípios. Com este movimento o Tribunal se limitava a declarar improcedente a ação, evidentemente sem levar em conta a nova redação. Ora, muito tempo já havia se passado desde a data programada para a realização do plebiscito, ou seja, aquela lei já não mais seria eficaz. Hoje, com a nova redação, qualquer movimento para criação de município está paralisado por exigir lei complementar federal regulando a matéria. Talvez esta tenha sido mais uma resposta política da Corte, neste caso ao grande movimento municipalista então vivenciado pelo país.

X - O CASO PROER

A entrada em vigor do Plano Real (do dia 1º de julho de 1994) causou alguns impactos relevantes no Sistema Financeiro Nacional, mais especificamente sobre os bancos. O Plano Real e todas as medidas a ele inerentes causaram, de um mês para o outro, a redução da volatilidade dos mercados e a redução drástica da inflação, que girava em torno de 50% ao mês e passou a 2% ao mês. Os bancos eram as entidades que mais lucravam com a alta inflação e tiveram que se adequar à nova mentalidade instalada no país, resultante na perda de receita inflacionária (em média o *float* era de 30% ao mês). Ocorre que muitas instituições não souberam atravessar este período de transição e traziam fortes indícios de uma quebra generalizada.

É certo que os bancos devem ser líquidos e solventes no que concerne a suas contas depósito. Porém, uma instituição financeira só se sustenta na medida em que utiliza parte do capital confiado, em investimentos e na disponibilização de crédito a um determinado custo. Evidentemente que todo o dinheiro depositado em banco não está lá disponível, pois há uma presunção lógica de que todos os correntistas não resgatarão todos os depósitos de uma só vez. É isto que alimenta, basicamente, toda a estrutura dos bancos tradicionais.

A falta de ajuste ao período de transição que insurgiu com o Plano Real ocasionou a “quebra” de muitos bancos. Ora, uma situação de desarranjo pode levar a uma condição de manifestação do risco sistêmico. Diante do alto grau de insolvência dos bancos os seus correntistas ainda solventes podem iniciar uma corrida desenfreada para retirar todo o capital investido ou depositado em uma determinada instituição. Como afirmamos anteriormente, esta busca desregulada geraria um efeito cascata. Os bancos não teriam como “pagar” todos os correntistas, se tornando insolventes com a conseqüente quebra.

Após a crise do Banco Econômico, 22º (vigésimo segundo) banco sob intervenção ou em liquidação desde o início do Plano Real, o Governo Federal implantou o Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional (PROER). O intuito não era outro senão o de garantir a calma e estabilidade no Sistema Financeiro Nacional, garantindo a liquidez e a solvência dos bancos, assegurando os interesses dos investidores e depositantes. Em outras palavras, o que fez o PROER foi assegurar os investimentos e a poupança da sociedade, garantindo que o resgate de qualquer valor fosse efetuado pelo banco. Esta medida, simples, permitiu que a população ficasse mais calma e não iniciasse uma corrida para retirar suas economias dos bancos, com “medo” da insolvência. O PROER permitiu a reestruturação dos bancos e impediu a falência do sistema financeiro nacional.

Esta medida de importância singular na manutenção do equilíbrio financeiro no país trouxe uma série de minúcias jurídicas para o debate, as quais foram perquiridas junto ao Supremo Tribunal Federal.

O PROER foi instituído pela Resolução nº 2.197 de 31 de agosto de 1995 e Resolução nº 2.211 de 16 de novembro de 1995, ambas do Conselho Monetário Nacional, e pela Medida Provisória (MP) nº 1.182 de 17 de novembro de 1995. De imediato, o Partido dos Trabalhadores ingressou com uma ADI (ADI nº 1.376 – DF) questionando a constitucionalidade da medida provisória supramencionada. Os argumentos arrolados eram de três ordens. A uma, questionavam o artigo 1º da MP por tratar de matéria reservada à lei complementar pelo artigo 192 da Constituição Federal. A duas, questionavam os artigos 2º e 3º por instituírem isenções e incentivos fiscais por meio de lei não específica (Art. 150, § 6º da CF). A três, alegavam que os últimos artigos ainda contrariavam o princípio da isonomia, do direito adquirido e de que ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado (art. 5º, XX, da CF).

Sem maiores delongas, por não ser necessário para os objetivos deste trabalho aprofundar a discussão sobre estes pontos específicos, cumpre abordar o tratamento dado pelos Ministros a apenas um destes pontos. O Ministro Ilmar Galvão (relator) afastou o primeiro argumento por entender que a MP não criava o PROER, limitando-se a explicitar alguns pontos do programa, definido seus contornos. Por esta razão não haveria ofensa ao artigo 192 da Constituição Federal, que reservou à lei complementar a disciplina do Sistema Financeiro Nacional, já que não pretendeu inovar neste campo, o que de fato seria vedado se não fosse esta uma hipótese de inovação por meio de lei complementar. Para o Ministro Ilmar

Galvão, o PROER foi criado pelas resoluções supramencionadas e por tal razão não lhe seria atribuível inconstitucionalidade alguma neste sentido. Quanto aos demais argumentos, o Ministro Relator também afastou as inconstitucionalidades alegadas, indeferido a medida cautelar. É importante salientar que o Ministro Ilmar Galvão não abordou expressamente os ditos requisitos essenciais da medida cautelar, quais sejam o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Cumprido frisar que o julgamento final foi pelo indeferimento da medida cautelar, por maioria de votos. Votaram em sentido contrário ao Ministro Ilmar Galvão o Ministro Marco Aurélio e Ministro Néri da Silveira, entendendo que a matéria deveria ser tratada por lei complementar e não por MP, ambos por meio de uma breve fundamentação¹⁷⁴.

Dado este fato, o Partido dos Trabalhadores logrou ingressar com nova ADI, desta vez atacando as Resoluções do CMN supramencionadas. Trata-se da ADI nº 1.398 – DF¹⁷⁵, de relatoria do Ministro Francisco Resek. O argumento primordial era o mesmo. As resoluções teriam regulamentado campo reservado pela Constituição à lei complementar e por tal razão seriam inconstitucionais. Neste sentido, a redação do artigo 192 é inequívoca ao afirmar:

“o sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive, sobre a criação de fundo ou seguro, com o objetivo de proteger a economia popular, garantindo créditos, aplicações e depósitos até determinado valor, vedada a participação de recursos da União” (redação vigente à época).

Outros argumentos foram levantados, mas que são irrelevantes para o trabalho.

Ora, na ADI nº 1.376 – DF os Ministros já haviam fixado que a MP não criou o PROER, mas sim as resoluções agora questionadas. Este era inclusive o argumento do próprio Governo naquela ADI. Não bastassem estes apontamentos, o Ministro Francisco Resek, relator da ADI nº 1.398 – DF, reconheceu que os atos foram editados para suprir a exigência constitucional de lei complementar.

¹⁷⁴ Votaram com o Ministro Relator os Ministros Celso de Mello, Moreira Alves, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Francisco Resek e Maurício Corrêa.

¹⁷⁵ Os Ministros consideraram que as resoluções tem caráter normativo autônomo, e por tal razão não consideraram que esta seria uma inconstitucionalidade reflexa (a jurisprudência do STF é firme ao não aceitar no controle concentrado de constitucionalidade aquelas inconstitucionalidades denominadas reflexas, que não atingem diretamente a Constituição, mas antes a lei).

“Na realidade, a criação de fundo ou seguro, com a finalidade de resguardar a economia popular e de garantir créditos, aplicações e depósitos até determinado valor – além de absolutamente proibida a participação de recursos da União na implementação desse mecanismo – traduz matéria que foi constitucionalmente submetida, em regime de exclusividade, ao domínio normativo da lei complementar”¹⁷⁶.

Estava então caracterizado o *fumus boni iuris* da alegação trazida pelo Partido dos Trabalhadores na inicial. Faltava então, para o deferimento da medida cautelar, a caracterização do *periculum in mora*. Ocorre que para o Ministro Francisco Resek, este requisito não ficou demonstrado, pois o autor teria se limitado a demonstrá-lo por meio de uma notícia jornalística, na qual era informada a data da liberação do seguro de depósito (data próxima àquela do ingresso da ADI). O Ministro Francisco Resek entendeu não estar demonstrada a presença do requisito e por tal razão a medida cautelar seria digna de indeferimento.

“Desse modo, sem condições para confirmar, formalmente e de maneira responsável, a ocorrência de tais circunstâncias – todas elas necessárias à caracterização do requisito do periculum in mora -, não posso, sob pena de gerar tumulto, desordem e insegurança na comunidade dos correntistas e dos poupadores, ordenar a imediata suspensão de eficácia das resoluções impugnadas, especialmente nos pontos indicados pelo autor da presente ação direta.

(...)

Desse modo, e não obstante reconhecendo a plausibilidade jurídica da tese de inconstitucionalidade sustentada pelo Partido dos Trabalhadores, entendo mais prudente requisitar prévias informações ao Conselho Monetário Nacional, a fim de que, com elas, seja possível ao Plenário do Supremo Tribunal Federal apreciar, com segurança, o pedido de suspensão cautelar de eficácia das Resoluções n. 2.197/95 e n. 2.211/95”¹⁷⁷.

¹⁷⁶ ADIMC nº 1.398 – DF, Voto Min. Francisco Resek, pág. 94 (numeração superior). Disponível em www.stf.gov.br.

¹⁷⁷ ADIMC 1.398 – DF, Voto Rel. Min. Francisco Resek, pág. 99 (numeração superior). Disponível em www.stf.gov.br.

Outros argumentos levaram à suspensão parcial da aplicação da norma, mas que em nada prejudicaram a manutenção do PROER. Ou seja, alguns pontos específicos da regulamentação foram suspensos, mas o PROER perdurou, mesmo diante da inconstitucionalidade reconhecida “em termos” (que viciaria toda a resolução)¹⁷⁸. Em seguida, o Ministro Maurício Corrêa, foi ainda mais longe. Acompanhando o Ministro Francisco Resek, proferiu:

“E o faz bem, tendo-se em vista que as medidas preconizadas nas normas questionadas, objeto desses atos do Banco central do Brasil, visam exatamente a proteção do pequeno poupador. Já, pois, superposta à questão superficial, conveniência social de alta relevância, que pelo seu próprio conteúdo, indica seja preservado o princípio a que visaram as respectivas Resoluções”¹⁷⁹.

Prosseguiu o Ministro Marco Aurélio em seu voto, também acompanhado o relator:

“(...) não fosse a repercussão do deferimento de uma liminar em maior extensão, considerada principalmente os pequenos investidores, os pequenos correntistas, não teria a menor dúvida em atuar no campo pedagógico, sinalizando ao autor do ato atacado que ele também deve obediência à lei Maior, à Constituição Federal. Sensibiliza-me, contudo, o que foi dito relativamente à necessidade de manter-se, com eficácia, parte do diploma atacado visando a proteger justamente esses pequenos investidores. Assim, projeto o exame do vício formal para o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade”¹⁸⁰.

Os Ministros, por unanimidade dos votos, mesmo argumentando ser o PROER formalmente inconstitucional, não suspenderam liminarmente sua aplicação, por entenderem não estar presente o *periculum in mora* e, primordialmente, para preservar o sistema financeiro nacional de um colapso, o que prejudicaria substancialmente pequenos correntistas. Esta ADI foi distribuída em 26 de janeiro de 1996, a medida cautelar foi indeferida no dia 13 de março de 1996 e o julgamento ficou parado até o dia 04 de dezembro de 2003, quando o julgamento foi retomado, para no mérito julgar a ação prejudicada. A emenda constitucional

¹⁷⁸ Foi considerada inconstitucional apenas a constituição dos fundos com recursos da União, pois se trataria da constituição de fundo privado com recursos público.

¹⁷⁹ ADIMC 1.398 – DF, Voto Min. Rel. Maurício Corrêa, pág. 103 (numeração superior). Disponível em www.stf.gov.br.

¹⁸⁰ ADIMC 1.398 – DF, Voto Min. Rel. Marco Aurélio, pág. 104-105 (numeração superior). Disponível em www.stf.gov.br.

nº 40/2003 alterou a redação do artigo 192 da Constituição Federal e conseqüentemente alterou o fundamento constitucional que servia de base para o questionamento das resoluções. Sendo assim, julgou-se prejudicada a ADI. O STF deixou a ADI paralisada até que a crise fosse superada e uma causa superveniente fizesse com que a ação perdesse seu objeto.

Alguns pontos desta ADI merecem destaque. Os Ministros reconheceram o *periculum in mora* para um dos argumentos levantados, qual seja, de que verbas da União não poderiam fazer parte de um fundo de caráter privado, por serem recursos públicos. No entanto, no que concerne ao vício formal e conseqüentemente à existência do PROER, os Ministros não reconheceram a presença do requisito. A dúvida que colocamos é: não teria sido a utilização deste requisito da cautelar mera manobra para manter a existência do PROER? O que trazemos à baila refere-se ao fato de serem duas disposições inseridas na mesma norma, ora, se o *periculum in mora* de uma está presente, não estaria quanto ao outra?

A despeito desta observação, chama atenção ainda o posicionamento de dois Ministros, que votaram em sentidos diametralmente opostos nas duas ADIs referentes ao tema. Os Ministros Marco Aurélio e Néri da Silveira no julgamento da ADI nº 1.376 – DF consideraram que o tema só era passível de disciplina via a lei complementar, e por tal razão não poderia ser tratado por uma medida provisória. Ocorre que na ADI nº 1.398 – DF os Ministros ao menos constroem um argumento no sentido de justificar a mudança de posicionamento, pois acompanham o relator integralmente. Por que uma medida provisória que dispõe sobre o mesmo mote de uma resolução não pode disciplinar matéria reservada à lei complementar, enquanto esta resolução pode? Até mesmo o argumento de que estariam em jogo as economias populares poderia ser levantado por estes Ministros quando do julgamento da ADI nº 1.376 – DF, o que ocorreu. Existiria então mais urgência em uma do que em outra?

Todas estas questões que lançamos têm o único intuito de demonstrar o real papel do STF no caso em análise. O que se quer afirmar é que os Ministros tinham uma situação no mínimo curiosa diante de si. De um lado uma disposição normativa flagrantemente inconstitucional, de outro toda a economia nacional, que dependia do PROER para se manter erguida, como era sabido à época. Pautados em uma opção exclusivamente política, os Ministros utilizaram a medida cautelar e a suposta ausência do *periculum in mora*, para, mesmo contra suas convicções técnicas (afirmadamente a resolução seria formalmente inconstitucional), manter vigente um sistema fadado à futura constatação do vício de

inconstitucionalidade. Em prol de um bem maior (economia nacional) os Ministros utilizaram um instrumento jurídico para manter em pé o sistema financeiro nacional¹⁸¹.

1 - Os casos politicamente análogos¹⁸²

Neste ponto é relevante estabelecermos um diálogo com outros dois casos politicamente análogos e por isso mesmo merecedores de destaque. Quando utilizamos a expressão *politicamente análogos*, fazemos referência a dois outros casos de pronunciamento de uma Corte constitucional em um momento de grave crise econômica, um na Argentina e outro no Brasil. Este diálogo é interessante para comparar o comportamento do STF, seja com ele próprio, seja com um Tribunal estrangeiro.

No Brasil, o PSB (Partido Socialista Brasileiro) ajuizou uma ADI (ADI nº 534 – DF) impugnando a Lei nº 8.024/90, resultado da conversão de uma medida provisória, a qual dispunha sobre a liquidez dos ativos financeiros e a retenção de cruzados novos, moeda nacional da época (1990), pelo Banco Central do Brasil. Supostamente esta seria a medida necessária para dar suporte econômico ao programa de estabilização econômica conhecido como Plano Collor I.

Na Argentina foi impugnado perante a Suprema Corte do país (*Corte Suprema de Justicia de la Nación* - CSJN) o chamado *Corralito* (2002), uma restrição ao saque do dinheiro depositado, seja da contas correntes, poupanças, ou qualquer outro meio de depósito. Objetivava-se com isto impedir a saída maciça de capital dos bancos nacionais, ou seja, buscava-se evitar uma corrida bancária e o conseqüente colapso do sistema, tal qual explicitamos no caso PROER.

No Brasil se instaurou uma crise sem precedentes, dentro da própria Justiça brasileira, mais especificamente na Justiça Federal, aquela competente para apreciar a enxurrada de ações propostas contra o bloqueio. O aparelho judiciário então em funcionamento no país não era apto para processar tamanha quantidade de ações em um período tão pequeno. Ademais, havia uma demora no pronunciamento do STF sobre a

¹⁸¹ Aqui também ficou evidenciado o jogo constante com os requisitos da cautelar, frisando também o relevante papel da conveniência nas decisões proferidas.

¹⁸² As informações referentes à crise argentina foram retiradas de *sites* de agências de notícia do país e mundial. Cf. www.bbcmundo.com, notícia de 01 fevereiro de 2002 e www.terra.com.ar, notícia de 01 de fevereiro de 2002 e 02 de fevereiro de 2002.

questão, o que levou a inúmeras concessões de liminares para a liberação de montantes bloqueados, colocando em cheque a viabilidade do plano no seu viés econômico¹⁸³.

O STF só veio a se pronunciar meses depois da instituição do bloqueio, quando do ajuizamento da ADI supramencionada¹⁸⁴. O resultado? Liminar indeferida. O STF, por maioria de votos, manteve eficaz a norma impugnada. Os Ministros derrotados, Celso de Mello, Néri da Silveira e Paulo Brossard, pautaram-se principalmente no argumento de que o bloqueio feriria o direito constitucional à propriedade, além de caracterizar empréstimo compulsório e como tal necessitar de lei complementar para sua instituição. O Ministro Ilmar Galvão, indicado pelo então Presidente Fernando Collor para compor a Corte, inaugurou a tese contrária. Para tanto, considerou “*dispensável (...) analisar a matéria sobre o prisma da constitucionalidade*”¹⁸⁵, se limitando a analisar no caso a relevância da questão e risco de dano irreparável¹⁸⁶.

Note-se que a relevância da questão, para o Ministro, se afastou de qualquer análise mais técnica, bastando tão somente a demonstração do elevado número de ações propostas questionando a mesma norma. De outra ponta, avaliou que o *periculum in mora* deveria ser examinado a partir de um enfoque ambivalente, que compreendesse as duas partes envolvidas na relação jurídica, ou seja, era preciso analisar também os danos para a economia resultantes da suspensão da norma. Para o Ministro Ilmar Galvão os danos resultantes da suspensão da norma seriam muito maiores para o Estado do que o dano relativo à não suspensão para os particulares. Ademais, os danos à economia seriam estendíveis também à sociedade, que se veria diante de uma gigante onda inflacionária¹⁸⁷.

Outro argumento que aparece nos votos vencedores, sobremaneira no voto do Ministro Carlos Velloso, é o caráter satisfativo de eventual medida cautelar concedida, pois esgotaria a matéria e importaria em decidir a causa. Ora, concedida a liminar haveria o

¹⁸³ Cf. Oscar Vilhena VIEIRA, *Supremo Tribunal Federal – Jurisprudência Política*, p. 196.

¹⁸⁴ Nesta ADI o STF também firmou o caráter excepcional da ADIMC. No termos do voto do Ministro Celso de Mello (relator), “*inexiste dúvida, portanto, de que o deferimento do pedido cautelar, nas ações diretas de inconstitucionalidade, traduz medida de caráter excepcional, que opera conseqüências jurídicas extremamente graves e sérias, cuja realidade não se pode perder de vista*” (ADI nº 534 – DF, Voto Min. Rel. Celso de Mello, pág. 222 (numeração superior), disponível em www.stf.gov.br).

¹⁸⁵ ADI nº 534 – DF, Voto Min. Rel. Ilmar Galvão, pág. 256 (numeração superior). Disponível em www.stf.gov.br

¹⁸⁶ Este argumento parece um pouco contraditório na medida em que afasta a análise do *fumus boni iuris*, requisito fundamental à concessão da cautelar tradicionalmente concebida. Deixar de analisar a matéria sobre o prisma da constitucionalidade significa deixar de apreciar o cerne da pretensão urgente, a aparência de que o direito alegado é carecedor de tutela (ao menos em um juízo preliminar). Este fato demonstra, novamente, a incoerência do STF na utilização dos requisitos da ADIMC, mais, a prevalência de outros aspectos que não jurídicos.

¹⁸⁷ A análise do STF se deu 15 (quinze) meses depois da entrada em vigor da respectiva lei.

desbloqueio dos cruzados e todo o plano econômico viria abaixo, derrubar-se-ia uma opção política do Executivo e do Legislativo, o que só poderia ocorrer, se caracterizada a violação à Constituição, quando do julgamento final do mérito da ação. Para o Ministro Celso de Mello o indeferimento da cautelar não prejudicaria a ação e, portanto, sendo aquele um julgamento liminar e não o julgamento do mérito, caberia o indeferimento¹⁸⁸.

No caso análogo, a CSJN considerou inconstitucional todos os decretos relacionados com o congelamento dos depósitos bancários, em posição diametralmente oposta àquela assumida pela Corte brasileira. O argumento fulcral da Corte se pautou na irrazoabilidade do *Corralito* e por significar um aniquilamento da propriedade privada (tais quais os votos vencidos no caso brasileiro), protegida nos artigos 17 e 18 da Constituição argentina. A Corte se manteve blindada às pressões do Governo para considerar as medidas constitucionais. O argumento governista, “*ad terrorem*”, se pautava na idéia de que uma vez considerado inconstitucional o *Corralito*, estaria instaurado o caos no sistema financeiro argentino.

É interessante ressaltar o contexto no qual essa decisão foi proferida. A CSJN vinha sendo comumente acusada de votar sempre a favor do Governo, sempre a favor do poder. Havia um cenário desfavorável, de pressão da opinião pública, cercando o Tribunal. A decisão tomada, nitidamente contrária ao Governo, podia ser uma resposta a estas pressões, como um grito de independência. O movimento da Corte não ficou barato. O Governo iniciou uma queda de braço institucional, buscando saídas para destituir os membros do Tribunal.

A resposta da Corte argentina demonstrou, ao menos neste caso específico, independência com relação aos aspectos políticos envolvidos na análise da questão. A CSJN pautou-se tão somente nos aspectos jurídicos. O STF, seja no caso dos cruzados bloqueados, seja no caso PROER, optou por se afastar dos aspectos eminentemente jurídicos, relevando em escala praticamente absoluta o viés político da questão. A ADIMC que questionada o PROER ficou sem resultado final até a alteração da Constituição naquilo que fundamentava a ação. A ADIMC referente ao bloqueio dos cruzados teve final semelhante, tendo sido julgada prejudicada, em razão do exaurimento dos efeitos da norma impugnada.

¹⁸⁸ Para afastar a concessão da cautelar os Ministros vencedores se pautaram em um dos requisitos da cautelar (*periculum in mora*), no entanto desconsideraram outro (*fumus boni iuris*). Mais uma vez o STF utilizou a ADIMC sem respeitar o que a teoria geral das cautelares chama de requisitos essenciais para o deferimento de uma cautelar, ou mesmo sem manter um padrão na utilização dos critérios.

XI – CONCLUSÃO

O desenvolvimento deste trabalho trouxe algumas respostas às indagações sobre a ADIMC. De um lado demonstrando o funcionamento e a forma de sua utilização pelo STF, de outro trazendo algumas constatações quanto ao real significado desta medida no contexto do controle concentrado de constitucionalidade das leis exercido pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro.

A partir dos apontamentos efetuados, é forçoso indagar inicialmente se existe de fato uma medida cautelar no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade das leis.

Parece-nos que esta questão deve ser compreendida a partir de dois enfoques distintos, qual seja, um anterior à edição da Lei nº 9.868/99 e outro posterior a tal edição. A razão da existência deste marco temporal na compreensão da ADIMC decorre do advento do rito previsto no artigo 12 desta lei, que foi um divisor de águas na apreciação desta tutela e também no seu significado.

Nos moldes atuais (na vigência da Lei nº 9.868/99), depreendemos a partir das análises efetuadas que as ADIMCs de fato vêm sendo utilizadas tão somente naqueles casos de extrema urgência, incapazes, por sua natureza ou pelo momento de ajuizamento da ação, de aguardar o julgamento pelo rito do artigo 12. O tratamento dado pela Lei nº 9.868/99 alçou a medida cautelar à condição de tutela de urgência, possibilitando que a medida fosse capaz de salvaguardar situações que pudessem comprometer o julgamento de mérito ou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Defendemos, portanto, que o artigo 12, responsável por marcar a utilização da ADIMC, também significou a assunção da ADIMC ao que de fato se espera de uma tutela de urgência propriamente dita, conforme passamos a explicar.

O surgimento deste dispositivo permitiu que os Ministros levassem o pleito cautelar diretamente a plenário para o julgamento definitivo, com prazos específicos de manifestação da Advocacia Geral da União e do Ministério Público, garantindo maior celeridade ao processo. No entanto, como ressaltamos ainda na exposição da pesquisa, o artigo 12 não pode ser considerado um remédio para todos os males, porquanto também pôde ser utilizado como um mecanismo de “não decidir temporário”.

Frise-se, não estamos afirmando aqui que o Tribunal deixe de decidir uma matéria, mas apenas que pode deixar de decidir uma matéria por meio de um tratamento urgente, mais célere, ou seja, deixa de decidir por um determinado tempo. Ora, havendo o pedido de cautelar possibilita-se a conversão no rito do artigo 12 em razão de uma celeridade intrínseca à própria concepção do rito. Não haveria razão lógica na conversão de uma suposta “tutela de urgência” em um rito mais lento. Porém, na prática, em alguns casos, poucos é bem verdade, houve um lapso temporal demasiadamente grande entre a distribuição da ação e o julgamento de mérito. Este fato reflete a possibilidade de sucessivos pedidos de vista ou mesmo pela formatação da pauta de julgamentos, conforme trouxemos no decorrer do trabalho.

Neste contexto, é inegável o decréscimo no número de ADIMCs a partir do biênio 1998/1999, quando do surgimento da Lei nº 9.868/99. Os gráficos apresentados ainda na primeira etapa do trabalho são bastante esclarecedores neste sentido.

Paralelamente a este decréscimo e ao impacto ocasionado pela Lei nº 9.868/99, outra constatação vem à baila. Defendemos que o advento do rito previsto no artigo 12 demonstrou o real significado até então atribuível à ADIMC no âmbito do STF. E aqui talvez tenhamos a grande verificação deste trabalho. Apesar de seu nome, a ADIMC anterior à edição da Lei nº 9.868/99 se mostrou não uma tutela de urgência, mas na realidade um procedimento especial de julgamento antecipado do mérito da ação. Explicamos. Procedimento por ser realizado de forma diferenciada, qual seja, ADIMC. Especial por ser urgente, ao menos em tese, ou digno de um juízo que justifique o julgamento antecipado. Julgamento antecipado do mérito em razão do grau, quase absoluto, de manutenção da liminar e, conseqüentemente, em razão do elevado grau de satisfatividade da ADIMC.

Esta afirmação carece de outros elementos, para não beirar o absurdo. Antes de mais nada é preciso afirmar que não estamos aqui propondo a redefinição do conceito formal da ADIMC. Formalmente, a ADIMC continuará sendo uma tutela de urgência, por ser, ao

menos em tese, utilizada para garantir a eficácia do julgamento final, e por ser, também em tese, passível de alteração quando do julgamento do mérito. Ora, o que queremos afirmar é que formalmente a ADIMC, mesmo antes do advento do artigo 12 da Lei nº 9.868/99, continua sendo uma tutela de urgência, não podendo ser considerada mero julgamento antecipado, por lhe faltarem elementos essenciais para tal qualificação.

Ao afirmarmos que se trata de procedimento especial de julgamento antecipado do mérito da ação, queremos fazer referência ao aspecto material, ou fático. A praxis do Tribunal deixou claro que a ADIMC se constituiu no mesmo procedimento que o julgamento final de mérito. Apesar de ter a forma de uma tutela de urgência específica, a prática demonstrou ter sido sua utilização contrária a esta forma, por ser o próprio julgamento final, por estar imbuída de alto grau de satisfatividade. Julgar a liminar e o mérito significava julgar a mesma coisa, do mesmo modo, na mesma intensidade cognitiva. Tratava-se então de duplo julgamento, conforme reconheceu o próprio STF (Recurso Extraordinário nº 505.477 – SP).

É importante neste ponto fazer um diálogo com o Código de Processo Civil. Uma das formas de julgamento conforme o estado do processo previsto no Código é o julgamento antecipado da lide, nos termos do artigo 330, transcrito abaixo.

Art. 330 - O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença:

I - quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência;

II - quando ocorrer a revelia.

Afastada a hipótese de revelia, que não nos interessa tendo em vista o objeto do trabalho, o artigo informa que o juiz conhecerá diretamente do pedido quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou sem necessidade de prova em audiência. Justifica-se o presente instituto diante da desnecessária produção de provas, ou em outras palavras, por ser dispensável a fase instrutória¹⁸⁹. Ora, o julgador se faz convencido da desnecessidade de outras provas para a formação de seu convencimento, por já estarem presentes todos os elementos fulcrais para a formação de sua cognição. Neste sentido o dispositivo mencionado é suficientemente auto-explicativo.

Evidente que tecnicamente não seria a hipótese da ADIMC amoldada na hipótese do artigo 330. Entretanto, a presença destes elementos convém para apontar o

¹⁸⁹ Cf. Cassio Scarpinella BUENO, *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil procedimento comum: ordinário e sumário*, p. 219.

instituto que mais se aproxima da ADIMC. Diante dos dados apresentados, conjugados com a análise dos acórdãos, além dos elementos teóricos apontados ao longo do trabalho, parece-nos que a formatação da ADIMC anterior ao advento da Lei nº 9.868/99 possui traços muito mais marcados de um julgamento antecipado do que de uma tutela de urgência, seja uma tutela antecipada ou uma medida cautelar. Diante de um quadro de urgência, ou até de *conveniência*, antecipava-se o julgamento final mascarado em uma tutela de urgência.

É preciso deixar claro que no caso específico das ADIMCs rompemos com a concepção *comum* de julgamento antecipado da lide. Nos procedimentos comuns, o julgamento antecipado, a despeito de significar uma redução procedimental, não significa a realização de "efeitos práticos" para fora do processo, diferentemente das tutelas de urgência. Explicamos. Uma vez proferida a sentença no julgamento antecipado da lide, seus efeitos (efetiva tutela jurisdicional) estão condicionados à interposição de recurso, que em regra suspendem a efetivação da sentença (art. 520 do CPC). De outra ponta, as tutelas de urgência trazem no seu bojo a devida tutela jurisdicional, gerando efeitos concretos, para fora do processo, imediatamente, independentemente da interposição de recurso¹⁹⁰.

Quebramos esse paradigma na medida em que concebemos, materialmente (na prática), um julgamento antecipado da lide com efeitos concretos para fora do processo, garantindo a efetiva tutela jurisdicional. Inexiste qualquer condicionante (recursal ou não recursal) para que a decisão proferida pelo STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade tenha efeitos imediatos, seja a ADIMC ou ADI. Um julgamento antecipado aqui gera efeitos práticos por não existir instância superior capaz de revisar aquela decisão, por não existir recurso hábil a suspender os efeitos da decisão. Isto foi o que sempre aconteceu (materialmente) com a ADIMC e o que acontece hoje, efetivamente, com os julgamentos convertidos pelo rito do artigo 12.

Aqui se faz necessário uma referência ao requisito da ADIMC qualificado como *conveniência*. Como foi diversamente salientado ao longo do trabalho, a inserção deste requisito na apreciação destas cautelares trouxe uma série de nuances para a pesquisa. Porém, trata-se de mais uma fator a demonstrar não ser a ADIMC de fato uma tutela de urgência, mas sim um julgamento antecipado do mérito. Como bem sabemos, em muitos casos o juízo de urgência¹⁹¹ não era efetuado pelos Ministros, mas tão somente o de

¹⁹⁰ Cf. BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil procedimento comum: ordinário e sumário*, p. 222.

¹⁹¹ Quando fazemos referência à urgência, estamos nos referindo ao *periculum in mora*.

conveniência. Em alguns casos o STF não buscava compreender se a não concessão da cautelar tornaria a decisão final sem efeito ou se os danos causados pela norma seriam irreversíveis. Pautavam-se, nestes casos, em mero juízo político de *conveniência*. Afirmamos, portanto, que a cautelar era deferida muitas vezes mesmo diante da ausência da urgência (ao menos diante da ausência de sua demonstração). Ora, falta, para ser tutela de urgência, o seu principal elemento: a urgência, pois um juízo de *conveniência* não significa a garantia da eficácia da decisão final, mas tão somente uma escolha política, quase discricionária, por parte dos Ministros.

Não se diga também que o grande lapso temporal entre o mérito e a cautelar retiraria o caráter de julgamento antecipado. São de duas ordens os argumentos para afastar esta assertiva. A uma porque, como afirmamos, não afastamos o caráter formal da medida cautelar, mas unicamente o seu caráter material. A duas, porque mesmo diante de um grande período entre o julgamento cautelar e o final, os números demonstraram a grande frequência em que a decisão liminar era mantida (alto grau de definitividade), talvez diante do alto custo em se alterar uma decisão.

A tutela de urgência objetiva garantir que aquela costumeira distância entre o ajuizamento da ação e a tutela definitiva não traga prejuízos à eficácia do processo, garantia intrínseca ao próprio direito de ação. O que deixamos claro no decorrer do trabalho foi que não há, na grande maioria das ADIMCs apreciadas pelo STF, este problema “temporal”, pois os Ministros mantêm o que julgaram cautelarmente quando do julgamento final. Diga-se ainda que a ação não é julgada anteriormente por mera liberalidade do condutor da pauta¹⁹², pois os elementos já estão postos e não há a necessidade de nenhum ato probatório que auxilie o Ministro na formatação de sua convicção. A ADIMC não objetiva, como é da natureza das tutelas de urgência, a garantia de efetividade do processo, ou em outras palavras, da tutela definitiva, por ser ela a própria tutela definitiva (no sentido material).

Como afirmamos neste mesmo trabalho,

“ ... o risco de dano ou prejuízo às partes liga-se à própria cognição plena que deve ser efetuada no processo, pois esta cognição demanda tempo e a conjugação de diversos atos processuais, ocasionando muitas vezes

¹⁹² Quando afirmamos se tratar de mera liberalidade dos Ministros, estamos fazendo referência ao fato de não existir qualquer penalidade ou mesmo prazo que os vincule ao julgamento em determinado tempo, assim os Ministros podem demorar quanto tempo imaginarem conveniente para julgarem um caso. Reconhecemos também que o número de ADIs, conjugadas com as demais ações de competência STF, dificultam em muito a apreciação em tempo satisfatório.

prejuízos ao direito pleiteado. Ocorre que as ADIMCs possuem algumas peculiaridades, que podem resultar em conseqüências diferentes quando se estabelece este tipo de análise. A despeito de tais medidas cautelares serem formalmente espécie de tutela de urgência, o que não se nega, elas se desenvolvem em um contexto de processo objetivo, ou seja, sem contraditório, ampla defesa, partes ou dilação probatória. O que há na realidade é mera formação de juízo por parte dos Ministros. Trata-se de uma decisão provisória, mas com aparência técnica de decisão definitiva, por estarem presentes desde logo todos os elementos cognitivos”.

A cognição nada mais é do que o ato do magistrado analisar, considerar e valorar os elementos trazidos pelas partes, o que, no processo objetivo em comento são apresentadas desde logo ao Tribunal. Todos os elementos necessários para a formatação da convicção do juiz são colocados de pronto, por ser matéria exclusivamente de direito, permitindo que a Corte se valha no mais das vezes da cognição exauriente no julgamento cautelar. Exauriente porque completa, porque profunda, porque efetuada diante de todos os elementos necessários para tanto.

A quantidade e qualidade das informações utilizadas pelos Ministros para a elaboração de seus votos nas ADIMCs é a mesma disponibilizada quando do julgamento definitivo. O que se discute no mérito ou na cautelar é a mesma inconstitucionalidade, com base nos mesmos elementos cognitivos. Por esta razão, ainda no início do trabalho afirmamos a existência de uma relação de proximidade muito grande entre o conteúdo da medida cautelar e o conteúdo da respectiva decisão de mérito. Em que pese a diferença formal entre a tutela cautelar (suspensão da norma) e a tutela final (declaração de inconstitucionalidade da norma) na ADIMC, ambas possuem o mesmo efeito prático, qual seja, a não aplicação de uma norma. Deste modo, realça-se o seu caráter satisfativo, que neste trabalho também demonstrou ser definitivo, aproximando os conceitos, como já afirmamos no Capítulo V, subtítulo 3.

Há de se pensar ainda que nesta hipótese o tempo não traz empecilhos para a cognição jurisdicional. Na realidade, na apreciação das ADIMCs o tempo funciona como um definidor, consolidador das situações fáticas englobadas pela lei supostamente inconstitucional.

O próprio tempo entre a apreciação da cautelar e o julgamento final, extenso na maioria das vezes (por liberalidade dos Ministros), traz um ônus aos julgadores. A inversão do resultado da ADIMC impõe que se retorne ao *status quo ante*, aquele do momento da

concessão da cautelar. Um grande lapso temporal torna a situação assaz delicada para a Corte, pois implica em uma intervenção direta em situação de fato já consolidada pelo tempo (por meio de uma tutela tecnicamente provisória). Haveria, portanto, um alto custo social em se alterar o resultado. A doutrina também compartilha esse entendimento: “*Tenho para mim, inclusive, que a suspensão da eficácia da norma torna impossível a recuperação de qualquer efeito relativo aquele período, se vier a liminar a ser cassada*”¹⁹³. O exemplo dos autores mencionados é bastante esclarecedor. Imagine o contribuinte do ICMS (Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços), que não efetuou o pagamento do imposto por estar suspensa a norma que o instituiu (por força de uma ADIMC), e posteriormente a liminar fosse cassada, determinando a constitucionalidade da lei outrora suspensa. Nesta situação, seria impossível para o contribuinte recuperar o tributo não pago no período de suspensão, pois seria inviável buscar junto a todos os consumidores as respectivas notas fiscais de compra, ou mesmo os registros do próprio contribuinte se o período de suspensão foi grande.

Também por estas razões frisamos ainda no início que o artigo 12 muda a concepção, para nós, da ADIMC. Porquanto, após a sua existência, a ADIMC passou a ser concedida, em regra, naqueles casos marcadamente urgentes, que por razões diversas não podiam nem mesmo esperar a conversão no rito do art. 12, ou por razões outras que demonstrassem ser necessária a tutela pleiteada. A criação de um procedimento mais célere manteve em aberto outras hipóteses de utilização da cautelar. Como afirmamos anteriormente, o artigo 10 possui uma prescrição genérica de cabimento, mesmo sem a oitiva dos órgãos ou autoridades que emanaram a lei.

Outras constatações ainda merecem destaque. Ao longo do trabalho, significadamente na apresentação dos dados da pesquisa quantitativa, ficou evidenciado um fato que futuramente pode dar ensejo a uma nova pesquisa, mas merecedor de destaque aqui por ter sido constatado no âmbito do estudo das medidas cautelares em ação direta de inconstitucionalidade. Parece-nos claro haver dentro do STF tratamento diferenciado entre a União e os Estados, ou seja, o STF comporta-se distintamente conforme a origem do ato normativo, se matéria estadual ou matéria federal. Os indícios para tal conclusão são de três ordens, os quais passamos a abordar:

(i) Dentre as ADIMCs cujo objeto era exclusivamente atos normativos estaduais, a significativa maioria era deferida (78,56% dos casos). Quando o objeto das

¹⁹³ Ives Gandra da Silva MARTINS e Gilmar Ferreira MENDES, *Controle Concentrado de Constitucionalidade – comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*, p. 187.

ADIMCs se limitava exclusivamente a atos normativos federais, a maioria das liminares era indeferida (60,18% dos casos). Nota-se claramente uma inversão na tendência de deferimento quando mudamos a origem da norma impugnada, em outras palavras, as normas estaduais tenderam, ao longo dos anos, a serem proporcionalmente mais suspensas do que aquelas federais. Evidentemente que no universo global das ADIMCs, incluindo-se aí tanto as normas federais quanto as normas estaduais, haveria uma tendência de deferimento facilmente perceptível, como assinalamos no capítulo referente. No entanto, este fato é resultado do maior número de ADIMCs cujo objeto era exclusivamente atos normativos estaduais, o que impactou na formatação dos números gerais (em todo o universo analisado, 69,12% das ADIMCs foram deferidas – inclui-se aqui todos os tipos de atos normativos).

(ii) O tempo de julgamento também foi outro fator de diferenciação visualizado. Apesar de não haver grande variação entre as médias de tempo entre o julgamento liminar e o julgamento de mérito, o mesmo cenário não se repetiu quanto à média entre a apreciação das ADINs contra atos normativos federais e ADINs contra atos normativos estaduais. Enquanto a média de dias entre o julgamento da ADIMC e da respectiva ADI sobre atos normativos estaduais é de 2119 dias, a média federal é de 1666 dias. Há uma diferença de mais de um ano nestas médias, ou um acréscimo de 27,19% na média de dias. Há, visivelmente, uma diferença no tempo médio de apreciação do mérito das ações diretas de inconstitucionalidade quando questionados atos normativos federais de um lado e atos normativos estaduais de outro. Outros dados semelhantes foram apontados no capítulo referente.

(iii) Por fim, do total de cautelares contra normas federais apenas 30,09% (65 de 216) foram julgadas definitivamente, desconsiderando a prejudicialidade, ou seja, os Ministros apenas se manifestam definitivamente sobre o mérito de ações contra normas federais em 30,09% dos casos. Já do total de cautelares contra normas estaduais, 66,85% (474 de 709) são julgadas definitivamente, desconsiderando a prejudicialidade, com a necessária manifestação dos Ministros no mérito.

A conjugação de todos estes dados deixou clara uma tendência dentro do STF, ao menos no que concerne à apreciação das ADIMCs. Existe um tratamento diferenciado dado pelo STF à União (quando é requerida) em detrimento daquele dado aos Estados (quando são requeridos). Mesmo sem ter buscado inicialmente abordar esta questão, a constatação surgiu na pesquisa e como tal merece especial destaque. Muito arriscado seria apontar explicações, que podem ser das mais variadas ordens, porém, sugerimos algumas

razões, apenas a título de especulação, sem qualquer caráter científico. O STF estaria mais sujeito às pressões federais do que aquelas advindas dos Estados. Os Ministros são indicados pelo Presidente da República, são sabatinados pelo Senado Federal, nada tendo com os Governadores ou respectivas Assembléias Legislativas. Ademais, estamos diante de uma federação extremamente enfraquecida frente o poder central da União, que se viu ainda mais amesquinhada com a necessária simetria constitucional dos modelos estaduais ao modelo federal. Ora, o STF estaria mais sensível aos aspectos que permeiam a governabilidade no âmbito federal? Esta é uma dúvida que deixaremos para um próximo trabalho.

Não queremos discorrer novamente sobre os aspectos da judicialização da política ou sobre os caracteres da separação dos poderes imbricados à utilização das ADIs e das ADIMCs. O que deixamos fixado, como constatação apresentada, é que a ADIMC esteve no centro de diversas discussões políticas, pela própria natureza do STF. O Tribunal atua em campo delicado, por ser o placo da eclosão dos mais variados conflitos entre Executivo e Legislativo, o que se visualizou principalmente no âmbito dos Estados, e até mesmo entre minorias e maiorias parlamentares.

Pelo próprio caráter de satisfatividade desta medida, ela se mostrou o meio de desenvolvimento da solução de determinadas controvérsias no âmbito de disputas políticas. Mais do que isso, foi muitas vezes o núcleo da manifestação da atuação política do STF, por um motivo muito óbvio. Era no momento da sua apreciação, geralmente em data próxima ao questionamento da norma, que o STF agia, no momento de maior turbulência, quando a eclosão das opiniões e sentimentos mais se ressaltava. Ora, a apreciação do mérito, quando não havia prejudicialidade, era efetuada anos mais tarde, quando as situações conflituosas estavam já sob o manto da paz social, ou das situações jurídicas estabelecidas, como já afirmamos nesta conclusão. Em contrapartida, a Corte se valia de um meio tecnicamente provisório para a solução da demanda, postergando para um futuro certamente indefinido a apreciação tecnicamente final.

O novo movimento constitucionalista estadual, que encapou a idéia de simetria com a Carta federal, impôs uma atuação contínua do STF nesta conformação¹⁹⁴. O meio em

¹⁹⁴ Isto explica outra constatação. De todas as ADINs cujo mérito foi apreciado, em mais de 14 anos, em sua grande maioria eram questionadas normas constitucionais estaduais (66,66% dos casos). Sobre isto assinalamos ainda, no campo das liminares deferidas com mérito procedente, que a maioria das ADIMCs ajuizadas até o ano de 1994 era relativa a Constituições estaduais (56,07% dos casos). A partir de 1995, este quadro se alterou com a maioria das ações sendo referentes a leis estaduais (49,41% dos casos), enquanto os casos nos quais se questionava normas constitucionais estaduais ocuparam um espaço significadamente menor do que aquele até então ocupado (24,12% dos casos).

que isto se deu, no mais das vezes, foi a ADIMC, pois se tratava da primeira manifestação do STF, que impunha um comportamento ao constituinte. Isto poderia levar à alteração dos dispositivos impugnados, pendentes de julgamento final, mas suspensos em sede de cautelar, o que trazia a conseqüente prejudicialidade da ação. Por que este não poderia ser um movimento deliberado por parte do STF? Garante-se o suposto pleito por meio de provimento jurisdicional provisório e posteriormente “engaveta-se” a ação. O legislador, percebendo o “equivoco constitucional” pode reformular a norma, ou, diante de um lapso temporal relativamente grande, o STF pode esperar que a situação se acalme, evitando uma intervenção direta e incisiva em conflitos específicos.

Outro ponto a ser fixado como conclusão do trabalho liga-se à idéia da *conveniência*. Impossível negar, a partir das transcrições realizadas no capítulo específico, que a *conveniência* tomou ares de requisito autônomo, que transcende a mera verificação do *fumus boni iuris* ou do *periculum in mora*. Como os próprios Ministros reconheceram, tratar-se-ia de um conceito jurídico indeterminado, de *conveniência* política da suspensão da norma impugnada. Leva-se em consideração outros elementos que não aqueles estritamente jurídicos. Neste sentido o exemplo mais esclarecedor foi o caso PROER, no qual mesmo diante de inconstitucionalidade reconhecida, optou-se por suspender a norma e não causar danos de grande porte na economia, sobremaneira a de relevo popular.

Indagamos de onde os Ministros teriam retirado a tal *conveniência* política com requisito de concessão da cautelar? A Constituição nada fala, muito menos a legislação pertinente. Trata-se, portanto, de criação da própria jurisprudência da Corte, que vem sendo utilizada até os dias atuais. É o típico caso, nas palavras já referidas de Oscar Vilhena VIEIRA, de um juízo conseqüencialista, não pautado exclusivamente na ética de princípios constitucionais. Não podemos dizer se esta é uma atuação excepcional do STF porque em outros casos prevaleceria a visão principialista, nos entanto, em diversas ADIMCs este requisito político, pautado em fundamento qualquer menos jurídico, prevaleceu.

Este tipo de atuação do STF se aproximou em alguns momentos, dentro das próprias características trazidas pelo autor supra, com a atuação dos Poderes tipicamente políticos, Legislativo e Executivo. Para o autor, a grande diferença entre a atuação política do STF (política por ser impositiva aos demais Poderes e à própria sociedade) e a atuação política do Executivo e Legislativo era que para o primeiro prevaleceria sempre a ordem normativa posta, ou a vontade da Constituição, por meio de uma ética principialista, enquanto aos demais prevaleceria um campo discricionário maior, de opção, de *conveniência*

(consequencialista). No entanto nem sempre parece ser esta a ordem das coisas. Isso para nós importa na medida em que o STF eleva a medida cautelar de mero instrumento processual para a condição de instrumento político (em alguns casos).

Em síntese, nossa conclusão fulcral pode ser dividida em alguns pontos:

(i) A ADIMC pode ser dividida temporalmente pelo advento do artigo 12 da Lei nº 9.868/99.

(ii) Antes deste marco, apesar de reservar seu caráter formal de tutela de urgência, foi materialmente muito mais próxima de um procedimento especial de julgamento antecipado do mérito da ação.

(iii) A ADIMC apenas se tornou materialmente uma tutela de urgência após o advento do artigo 12 da Lei nº 9.868/99, pois só então passou a ser utilizada naqueles casos realmente ensejadores deste tipo de tutela.

(iv) A ADIMC esteve no foco das discussões políticas pátrias e foi um dos palcos da solução de conflitos entre Legislativo e Executivo. Além disso, ela parece conservar até hoje, desde a sua concepção junto à Corte, a possibilidade de ser instrumento tipicamente político com uma máscara processual, uma forma de intervenção judicial por meio de conceitos usualmente atribuíveis aos demais Poderes.

(v) Claramente a ADIMC demonstrou haver um comportamento distinto do STF no que concerne às matérias federais em contraposição às matérias estaduais.

Por fim, indagamos se nossa hipótese foi demonstrada. Vislumbramos antes do início do trabalho que *a ADIMC é uma tutela de urgência, com características próprias, que passou a ter no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro aparência de tutela definitiva, sendo impactante o advento da Lei nº 9.868/99 na sua apreciação. Outrossim, a ADIMC foi utilizada em muitos momentos como instrumento político pelo STF.*

A hipótese se mostrou parcialmente verdadeira. A ADIMC é hoje para nós tutela de urgência, em todos seus aspectos. Porém, antes da edição da Lei nº 9.868/99 (principalmente em relação ao artigo 12) a ADIMC tinha duplo caráter, de tutela de urgência (formal) e de julgamento antecipado (material), o que confirma a segunda parte da hipótese: *a ADIMC passou a ter no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro aparência de tutela definitiva.* Quanto ao impacto da Lei nº 9.868/99, ela foi significativa na medida em que ocasionou uma redução drástica no número de ADIMCs apreciadas pelo STF. No que

concerne à sua utilização como instrumento político, a partir da pesquisa ficou demonstrado que a ADIMC foi utilizada como instrumento político, seja pela utilização da *conveniência* como requisito de concessão, seja por ter sido palco dos mais variados conflitos entre Poderes, seja por ter demonstrado haver tratamento distinto entre Estados e União dentro do Tribunal. Entretanto, não foi possível precisar se a ADIMC foi “*utilizada em muitos momentos*” com este viés, apenas podemos afirmar que foi utilizada (constatou-se a existência do fenômeno, mas não em qual intensidade).

BIBLIOGRAFIA

ABRANCHES, Sérgio Henrique H. de. *Presidencialismo de Coalizão: O Dilema Institucional Brasileiro*. Revista Dados, Rio de Janeiro, vol. 31, n. 1, 1988.

ALVIM, Arruda. Manual de Direito Processual Civil. *Processo de Conhecimento*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Vol. II.

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tutela Antecipada da Reforma Processual*. Rio de Janeiro: Destaque, 2003.

ARANTES, Rogério Bastos. Judiciário: entre a Justiça e a Política. In: AVELAR, L.; CINTRA, A. O (Org.). *Sistema Político Brasileiro: uma Introdução*. São Paulo: UNESP, 2004. p. 79-108.

ARANTES, Rogério Bastos; COUTO, Cláudio Gonçalves. *Constituição ou Políticas Públicas? Uma Avaliação do Governo FHC*. In: ABRUCIO, Luiz Fernando (Org.); DURAND, M. R. L. *O Estado numa Era de Reformas: os anos FHC*. Brasília: Enap, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil - teoria geral do direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARVALHO, Marcio Cruz Nunes de. *Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

_____. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil - procedimento comum: ordinário e sumário*. São Paulo, Saraiva, 2007.

_____. *Tutela Antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

COUTO, Cláudio Gonçalves. *O Averso do Averso – conjuntura e estrutura política na recente agenda política brasileira*. São Paulo em Perspectiva, São Paulo, v. 15, n. 4, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. Vol. I.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005. Vol. I.

_____. *Dicionário Jurídico*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005. Vol. IV.

LIJPHART, Arend. *Modelos de Democracia*. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 2003.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade – comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

_____. *Jurisdição Constitucional – o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Tutela de Urgência e Efetividade do Direito*. Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, vol. 28, abril/junho 2003.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo Civil Comentado e legislação extravagante*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Efetividade e Processo Cautelar*. Revista de Processo, São Paulo, vol. 76, 1994.

SILVA, Ovídio Araujo Baptista. *Do Processo Cautelar*. 3ª ed. São Paulo: Forense, 2003.

VIANNA, Luiz Werneck. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal – Jurisprudência Política*. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997. Vol. II.

_____. *Curso de direito processual civil*. 42ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005. Vol. I.

_____. *Curso de direito processual civil*. 39ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006. Vol. II.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de Tutela*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 257.

WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. 3ª Ed. São Paulo: DJP, 2005.