

DO CABIMENTO E DOS EFEITOS DA CONCESSÃO DA MEDIDA CAUTELAREMADC – UMA BREVE ANÁLISE

CÍNTIA MENEZES BRUNETTA

Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Ceará

Servidora do Ministério Público da União - Procuradoria da República no Estado do Ceará

Sumário: 1. Introdução; 2. Do cabimento de medida cautelar em ADC – breves considerações; 3. Da Emenda Constitucional n. 3/1993 à Lei n. 9.868/99; 4. Efeitos da concessão da medida liminar na ADC – retorno à advocatária?; 5. Da decadência da medida liminar concedida na ADC; 6. Conclusões; 7. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Como mais importante instrumento de proteção aos direitos fundamentais, o controle de constitucionalidade consiste na verificação de adequação ou compatibilidade de uma lei ou de um ato normativo com a Constituição. Configura-se, na verdade, como uma espécie de garantia constitucional geral, visando impedir o arbítrio do poder público e o conseqüente desrespeito aos direitos fundamentais de forma ampla.

De acordo com Moraes (2002), a idéia do controle de constitucionalidade está ligada tanto à defesa da rigidez e supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico quanto à idéia de proteção dos direitos fundamentais, configurando-se não apenas limites ao Poder do Estado, mas também uma parte da legitimação do próprio Estado.

Tradicionalmente, e em regra, no direito constitucional pátrio, o Judiciário realiza o controle repressivo de constitucionalidade, ou seja, retira do ordenamento jurídico uma lei ou ato normativo contrários à Constituição. Por sua vez, os poderes Executivo e Legislativo realizam, primordialmente, o chamado controle preventivo, evitando que uma espécie normativa inconstitucional passe a ter vigência e eficácia no ordenamento jurídico.

Por meio do controle de constitucionalidade concentrado, procura-se obter a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em tese, independentemente da existência de um caso concreto. Visando-se à obtenção da invalidação da lei, almeja-se garantir a segurança das relações jurídicas, que não podem ser baseadas em normas inconstitucionais.

Esse controle se exerce de modos diversos, quais sejam: a) ação direta de inconstitucionalidade genérica (CF, art. 102, I, a); b) ação direta de inconstitucionalidade interventiva (CF, art. 36, III); c) ação direta de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º) e d) ação declaratória de constitucionalidade (CF, art. 102, I, a, in fine e EC 03/93).

A ação direta de inconstitucionalidade interventiva caracteriza-se por sua dupla finalidade: a declaração de inconstitucionalidade formal ou material de lei ou ato normativo estadual que fira os chamados princípios sensíveis da Constituição Federal (em especial a forma republicana, sistema representativo e regime democrático) - finalidade jurídica - e a decretação de intervenção federal no Estado-membro ou no Distrito Federal – finalidade política.

Em relação à **ação declaratória de constitucionalidade**, o que se pretende, em nome da certeza e segurança jurídicas, é deslindar a controvérsia, tirar a dúvida, superar a polêmica em torno da constitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal. Representa tal instituto, com efeito, um processo objetivo (ação direta), sem partes e sem contraditório, que tem por finalidade precípua a de verificar a compatibilidade de uma norma em face da Constituição Federal, sem envolver a tutela de direitos subjetivos ou a defesa de interesses particulares.

Neste cenário, a tutela jurisdicional a cargo do Estado, como garantia social, há de ser não apenas formalmente assegurada, mas, sobretudo, plena e efetiva, consubstanciada nos princípios do devido processo legal e da inafastabilidade da jurisdição, sendo que para tal mister o sistema jurídico vale-se de certas medidas, a exemplo do poder geral de cautela do juiz (CARVALHO, 2004).

Vale salientar que o fundamento legal do poder geral de cautela nasce, conforme ensinamentos do ilustre jurista Zavascky (1999):

Não propriamente do art. 5º, XXXV da Constituição, como tutela preventiva, mas do sistema constitucional organicamente considerado: configurados, como se configuram na realidade prática, fenômenos de colisão entre segurança jurídica e efetividade da jurisdição, torna-se-á inafastável a necessidade de formular solução harmonizadora, tarefa que, na omissão da lei, deve, por imposição do sistema constitucional, ser assumida necessariamente pelo juiz

2. Do cabimento de medida cautelar em ADC – breves considerações

A questão do cabimento ou não de medida cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADC remete a uma discussão bem mais ampla, que envolve a própria constitucionalidade ou não do instrumento e sua identificação com a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIN.

Atualmente, tal discussão pode parecer infrutífera e inútil, visto que o legislador, alheio a controvérsia invocada pela doutrina e jurisprudência, já se posicionou a favor do cabimento de liminar na ADC, reservando a Seção II do Capítulo III da Lei 9.868/99 sua previsão.

No entanto, de forma a se compreender de forma clara a repercussão advinda desta determinação legislativa, faz-se necessário analisar as razões e motivações do próprio Poder Legislativo quando da elaboração da norma, que veio a suprir uma lacuna no nosso Ordenamento Jurídico e a dirimir controvérsias já levantadas em bancos acadêmicos e Tribunais. E é a isso que se propõe este artigo.

3. Da Emenda Constitucional n. 3/1993 à Lei n. 9.868/99

A Assembléia Constituinte de 1988, ao inserir a Ação Direta de Inconstitucionalidade no Sistema Normativo brasileiro previu, expressamente, a possibilidade de concessão de liminar. De fato, no artigo 102, inciso I, alínea 'p', da Lei Fundamental, dispôs o legislador que “**competete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, o pedido de medida cautelar das ADINs**”.

No entanto, não obstante ter sido este o posicionamento do constituinte originário, tem-se que o legislador derivado, ao introduzir a ação declaratória de constitucionalidade em nosso processo constitucional, através da Emenda nº 3 de 17 de março de 1993, manteve-se silente quanto à possibilidade de concessão de liminar no aludido instrumento.

A referida omissão acarretou, por conseguinte, diversas discussões, tanto por parte da doutrina, quanto da jurisprudência.

De forma a se compreender as nuances que deram origem à vontade externada pelo legislador através da lei 9.868/99, faz-se imperativo analisar os pontos controversos do cabimento ou não da medida cautelar na ADC, que acarreta questionamentos singulares por parte do mundo jurídico brasileiro.

A princípio, a análise da possibilidade de concessão de liminar na ADC poderia ser considerada uma repetição inútil, já que as leis e atos normativos trazem a presunção de constitucionalidade, não necessitando, pois, de uma medida cautelar para assegurar a efetividade dos mesmos. A compreensão deste ponto é bem explicitada por *Castro Nunes* no momento em

que externa o entendimento no sentido de que as leis do Congresso e os atos de igual força, ainda que emanados do Executivo, são, quando argüidos de inconstitucionais, presumidamente válidos:

Presume-se que a legislatura agiu dentro dos seus poderes constitucionais; de modo que, na dúvida, a Corte se abstém de pronunciar a invalidade do ato. A oposição entre a Constituição e lei deve ser tal que o juiz experimente uma clara e forte convicção - ‘a clear and strong conviction’ - da incompatibilidade entre ambas existente.”
(grifos nossos) (*apud* VELOSO, 2000).

Assim, na concessão de liminar na ADC o Excelso Pretório estaria afirmando o que se presume.

Entretanto, partindo-se de uma análise mais aprofundada, considera-se, que, embora a Emenda Constitucional - EC nº. 3/93 tenha silenciado quanto a este requisito, já havia se firmado o entendimento de que a Ação Declaratória de Constitucionalidade só era cabível havendo controvérsia, dúvida sobre a legitimidade da norma, existindo dissídio judicial a respeito do assunto, proporcionando um estado de incerteza que favoreceria a insegurança jurídica (aliás, entendimento este previsto expressamente após o advento da Lei 9868/99 – artigo 14).

Tal compreensão foi fruto, dentre outros fatores, de uma preocupação explicitada pelo Exmo. Ministro do Supremo Tribunal Federal Néri da Silveira por ocasião do julgamento da ADC número 01 em 27 de outubro de 1993, que concluiu que, caso não houvesse sido demonstrado, com a inicial, o dissídio já instaurado em torno do ato normativo à época do ajuizamento da ação, não se justificaria a atuação da Suprema Corte, *verbis*:

O litígio não teria justificativa, na instância originária e única desta Corte, que se transformaria, desse modo, em órgão de consulta prévia, acerca da constitucionalidade da lei ou ato normativo federal, para que os Poderes da República aplicassem a norma, com certeza de sua validade. Decerto esta não é tarefa compatível com a competência do STF, não se enquadrando na atribuição precípua do guarda da Constituição, ut art. 102, caput, do Texto Básico, onde não se insere a função

consultiva. Não demonstrada a controvérsia entre Juízos e Cortes Judiciárias, acerca da constitucionalidade da lei ou ato normativo federal, objeto da ação declaratória de constitucionalidade, esta não há de ter curso no STF.” (grifos nossos)

Logo, a ADC só teria pertinência quando a referida presunção de constitucionalidade se encontrasse bastante abalada, existindo discussões já instauradas em Cortes, Juízos ou órgãos judiciários. Compartilhava esta posição Mendes (*apud* VELOSO, 2000) que, considerando a natureza e o escopo da ação declaratória de constitucionalidade, a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante das decisões proferidas nesses processos, entendia “*ser plausível admitir a concessão de medida cautelar, a fim de evitar o agravamento do estado de insegurança ou de incerteza jurídica que se pretende eliminar*”.

Com efeito, assegurava-se, desta forma, a plena aplicação da lei controvertida até a pronúncia da decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal - STF, evitando a condenação da ADC à inutilidade, pois longuíssimo tempo, em regra, seria dispensado entre o seu ajuizamento e a decisão definitiva, enquanto diversas decisões conflitantes entre si seriam pronunciadas (muitas delas com o risco de reforma ou cassação na instância judicial).

Antes mesmo da edição da Lei nº 9.868/99, que veio a trazer expressa a possibilidade de cautelar, o STF, no julgamento da ADC nº. 4 - DF, de 11.2.1998, conheceu do pedido de liminar por entender possível o exercício pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de ação declaratória de constitucionalidade, do poder geral de cautela, nestes termos:

O Tribunal, por votação majoritária, deferiu, em parte, o pedido de cautelar, para suspender, com eficácia ex nunc e com efeito vinculante, até final julgamento da ação, a prolação de qualquer decisão sobre pedido de tutela antecipada, contra a Fazenda Pública, que tenha como pressuposto a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.494, de 10/9/97, sustando, ainda, com a mesma eficácia, os efeitos futuros dessas decisões antecipatórias de tutela já proferidas contra a Fazenda Pública, vencidos, em parte, o Ministro Néri da Silveira, que deferia a medida cautelar em menor extensão, e,

integralmente, os Ministros Ilmar Galvão e Marco Aurélio, que a indeferiam. (grifos nossos)

O conteúdo dessa decisão foi explicitado pelo Ministro Celso de Mello em despacho proferido em pedido de suspensão de tutela antecipada, esclarecendo que a decisão cautelar:

(a) incide, unicamente, sobre pedidos de tutela antecipada, formulados contra a Fazenda Pública, que tenham por pressuposto a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.494/97;

(b) inibe a prolação, por qualquer juiz ou Tribunal, de ato decisório sobre o pedido de antecipação de tutela, que, deduzido contra a Fazenda Pública, tenha por pressuposto a questão específica da constitucionalidade, ou não, da norma inscrita no art. 1º da Lei nº 9.494/97;

(c) não se aplica retroativamente aos efeitos já consumados (como os pagamentos já efetuados) decorrentes de decisões antecipatórias de tutela anteriormente proferidas;

(d) estende-se às antecipações de tutela, ainda não executadas, qualquer que tenha sido o momento da prolação do respectivo ato decisório;

(e) suspende a execução dos efeitos futuros, relativos a prestações pecuniárias de trato sucessivo, emergentes de decisões antecipatórias que precederam ao julgamento, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, do pedido de medida cautelar formulado na ADC nº 4-DF.

Segundo Veloso (2000):

Interessante é registrar que todas as razões e argumentos expendidos em favor da adoção

da medida cautelar nas ações declaratórias de constitucionalidade são praticamente os mesmos que foram apresentados para justificar a concessão de liminares nas ações diretas de inconstitucionalidade, na época que a antecipação da prestação jurisdicional em tais ações não estava expressamente prevista.

Registre-se, por oportuno, o entendimento do Ministro Marco Aurélio de Mello, que interpretava restritivamente as disposições constitucionais, no sentido de não admitir o conhecimento do pedido cautelar em sede de ADC, bem como de não ter a liminar, efeito vinculante, conforme segue:

No citado parágrafo tem-se o efeito vinculante relativamente às decisões definitivas de mérito e com ela são inconfundíveis as liminares, sempre precárias e efêmeras, sempre submetidas à condição resolutiva, ou seja, à possibilidade de, no julgamento de fundo, vir-se a concluir de forma diametralmente oposta. (STF – Pleno – Reclamação nº 1.197-6/PB – medida liminar – diário da justiça, Seção I, 22 novembro 1999, p.02)

Contraopondo-se à tese supracitada, que restou vencida, o Ministro Sidney Sanches, em seu voto de relator, sustentou que a função cautelar, considerada como a adoção de providências indispensáveis ao resultado útil do processo, é inerente à atividade jurisdicional, lembrando, ainda, que, no passado, quando a Constituição era silente sobre a concessão de liminar na ação direta, o STF a considerou cabível.

Afastando qualquer dúvida que ainda persistisse, a Lei 9868/99, que regulou o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, admitiu, expressamente, a concessão de medida cautelar em ADC, dispondo:

Art. 21. O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade,

consistente na determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo.

Parágrafo único. Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo o Tribunal proceder ao julgamento da ação no prazo de cento e oitenta dias, sob pena de perda de sua eficácia.

Atualmente, assim como ocorre na ADIn, a ADC admite o pedido liminar ou cautelar, com o acréscimo da exigência, como requisito de seu deferimento, da apresentação comprovada de divergência jurisprudencial entre os Tribunais existentes no país.

4. Efeitos da concessão da medida liminar na ADC – retorno à advocatória?

A solução dada pelo legislador para dirimir qualquer controvérsia existente acerca do cabimento de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade, despertou ainda mais polêmica e discussões, que, por vezes, confundiram-se com a própria questão da constitucionalidade ou não dos efeitos da ADC.

O artigo 21 em particular constava no Projeto enviado pelo Executivo e recebeu diversas críticas de parlamentares de bancadas opositoras, que propuseram a supressão do mesmo.

Na Câmara, o Deputado Jarbas Lima afirmou que:

Na verdade, a previsão contida no artigo 21 do Projeto - que de cautelar nada possui - pretende instituir, às avessas, o chamado incidente de constitucionalidade *per saltum* na via de controle difuso, ou seja, a famigerada ‘advocatória’, que a Assembléia Nacional Constituinte, de 1988, rejeitou sem hesitação, nunca é demais repetir.

Neste sentido, manifestaram-se, ainda, os deputados Aldo

Arantes, Ênio Bacci, Luiz Eduardo Greenhalgh, Marcelo Déda e Miro Teixeira, expondo este último que o dispositivo, na prática,

“[...]é o retorno da advocatória, onde, sob o pretexto de uniformização dos julgamentos, cerceia-se a autonomia dos julgadores de instâncias inferiores, viola-se o princípio do devido processo legal, limita-se o princípio do duplo grau de jurisdição e elimina-se o princípio do juiz natural, princípios esses previstos, expressa ou tacitamente, engessando-se a jurisprudência e tolhendo a evolução natural do Direito”(apud VELOSO, 2000)

Tais ataques à norma legislativa foram rebatidos com os mesmos argumentos utilizados pelo Ministro Moreira Alves no julgamento da ADC n. 01 em 1993, antes da edição da nova lei. Na ocasião, utilizando-se do ensinamento de Ives Gandra, realizou o Ministro uma distinção entre a advocatória do regime militar e o instrumento processual aqui discutido, *in verbis*:

Entre as vantagens do presente projeto sobre aquele que pretende reintroduzir a advocatória, militam:

- a) A competência do STF será originária e não decorrencial;**
- b) Os motivos da sua proposição serão ‘jurídicos’ e não meramente ‘políticos’;**
- c) Não haverá interferência direta nas decisões de 1ª instância, suspendendo sua eficácia sem fundamentos jurídicos, mas decisão definitiva sobre a questão suscitada”.**
(apud SOBRINHO, 1999)

Atualmente, entende-se que, existindo a ação declaratória de constitucionalidade, admitindo-se no curso da mesma a concessão de medida cautelar, esta só tem sentido e alguma serventia se vier acompanhada de eficácia *erga omnes* e de efeito vinculante.

De fato, a intenção do pedido liminar em sede de Ação Declaratória de Constitucionalidade é justamente o de evitar-se o agravamento do estado de insegurança ou incerteza jurídica. Em última análise, isto significa

que o pedido de liminar em uma ADC visa evitar que os Tribunais espalhados no território nacional decidam contraditoriamente alarmando os cidadãos e o Estado.

Conseqüentemente, a não concessão pelo Supremo Tribunal do pedido liminar, seja pela pobre ou faltante demonstração da divergência jurisprudencial, seja pela inexistência do atendimento aos outros requisitos anteriormente elencados, significaria permitir que os magistrados e Tribunais comuns prosseguissem julgando os pedidos de reconhecimento ou declaração preliminar de inconstitucionalidade de uma norma, conforme o caso, afastando a aplicação de normas que entenderem inconstitucionais ou as aplicando como melhor em direito.

Portanto, ainda que dotada de efeito exclusivamente *ex nunc*, entendeu o Supremo Tribunal Federal, na citada ADC n. 4, que a decisão concessiva da cautelar afetava não apenas os pedidos de tutela antecipada ainda não decididos, mas todo e qualquer efeito futuro da decisão proferida nesse tipo de procedimento.

Segundo essa orientação, o efeito vinculante da decisão concessiva da medida cautelar em ação declaratória de constitucionalidade não apenas suspende o julgamento de qualquer processo que envolva a aplicação da lei questionada (suspensão dos processos), mas também retira toda ultra-atividade (suspensão de execução dos efeitos futuros) das decisões judiciais proferidas em desacordo com o entendimento preliminar esposado pelo Supremo Tribunal.

Neste sentido, atente-se para trecho do Informativo n. 290 (RCL-877) do Supremo Tribunal Federal, que tem como sugestivo título “Tutela Antecipada e Jurisprudência Pacífica”:

Em face do desrespeito à autoridade da decisão proferida pelo STF no julgamento da ADC 4-DF - que suspendeu liminarmente, com eficácia *ex nunc* e com efeito vinculante, até final julgamento da ação, a prolação de qualquer decisão sobre pedido de tutela antecipada, contra a Fazenda Pública, que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do art. 1º da Lei 9.494/97 -, o Tribunal, por maioria, julgou procedente no mérito reclamação ajuizada pela União para cassar a decisão de juízo federal que concedera tutela antecipada em favor de servidores públicos civis para garantir-lhes a incorporação em seus

vencimentos do reajuste de remuneração de 28,86% concedido pela Lei 8.627/93 a servidores militares. Vencidos os Ministros Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence, que julgavam improcedente a reclamação por considerarem que a questão de fundo está de acordo com a jurisprudência pacífica do STF no sentido de reconhecer o direito ao reajuste de 28,86%, e o Min. Marco Aurélio, que também julgava improcedente a reclamação por entender que o efeito vinculante na ação declaratória de constitucionalidade surge a partir da decisão definitiva de mérito, e não do deferimento de medida cautelar. Rcl 877-RJ, rel. Min. Gilmar Mendes, 14.11.2002. (RCL-877)

5. Da decadência da medida liminar concedida na ADC

Outro ponto da Lei 9.868/99 que despertou a atenção do mundo jurídico foi o prazo decadencial previsto no parágrafo único do referido artigo 21 da Lei n. 9.868/99 (“*Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo o Tribunal proceder ao julgamento da ação no prazo de cento e oitenta dias, sob pena de perda de sua eficácia*”).

No entanto, polêmicas e controvérsias sobre o assunto são desnecessárias, à medida que se pode interpretar essa preocupação do legislador como uma providência a satisfazer uma antiga demanda da doutrina, qual seja a de evitar a existência de medidas cautelares eternas, que, com a característica de vinculantes, acabavam por ter os efeitos da própria decisão final.

O dispositivo, delimitando um prazo de validade da liminar, condiciona, portanto, o Supremo Tribunal Federal à necessidade de declarar ou não, de maneira rápida, a constitucionalidade da lei em dissídio jurisprudencial, afastando a insegurança jurídica e não mascarando decisões finais por meio de cautelares eternizadas e de efeito vinculativo.

6. Conclusões

Do exposto, pode-se concluir que:

I) A idéia do controle de constitucionalidade está ligada tanto à defesa da rigidez e supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico quanto à idéia de proteção dos direitos fundamentais, configurando-

se não apenas limites ao Poder do Estado, mas também uma parte da legitimação do próprio Estado.

II) O entendimento consolidado no Supremo Tribunal Federal, que considera cabível a concessão de medida cautelar em sede de ADC, encontra respaldo jurídico no sistema constitucional de controle de constitucionalidade, haja vista o poder geral de cautela do juiz e a natureza dúplice da ADC e da ADIN;

III) Os efeitos vinculantes e *erga omnes* em sede de liminar em ADC constituem conseqüência lógica da sua plena efetividade, levando-se em conta que o STF não é órgão de consulta, e suas decisões devem ser respeitadas, visando à garantia da ordem jurídica; e, por fim,

V) O dispositivo, delimitando um prazo de validade da liminar, condiciona o Supremo Tribunal Federal à necessidade de declarar ou não, de maneira rápida, a constitucionalidade da lei em dissídio jurisprudencial, afastando as incerteza e insegurança jurídica.

7. Referências Bibliográficas

CARVALHO, Isabela Moreira de. *Cabimento, eficácia e conseqüências da medida liminar em ação declaratória de constitucionalidade.* Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 66, jun. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4121>>. Acesso em: 12 set. 2004.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional.* 10. ed. São Paulo: Atlas, 2002;

SOBRINHO, Osório Silva Barbosa. *Constituição Federal vista pelo STF.* São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999;

VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade.* Belo Horizonte: Del Rey, 2000;

ZAVASCKY, Teori Albino. *Antecipação da Tutela.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.