

QUESTÕES ATUAIS SOBRE AS MEDIDAS CAUTELARES NO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE

Gilmar Ferreira Mendes¹

com a colaboração de André Rufino do Vale²

RESUMO

O artigo analisa questões atuais sobre as medidas cautelares no controle abstrato de constitucionalidade, algumas delas suscitadas em recentes decisões do Supremo Tribunal Federal. O trabalho foca os seguintes temas: (1) a reserva de plenário para decidir sobre medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade; (2) a conversão do julgamento da medida cautelar em julgamento definitivo de mérito; (3) a problemática atual quanto à (in)eficácia do rito do art. 12 da Lei 9.868/1999; (a) a fungibilidade entre os procedimentos das ações do controle abstrato de normas.

ABSTRACT

The article analyses some questions about summary decision in the abstract control of constitutionality, some of them raised in recent decisions of the Supreme Court. The work focuses the following subjects: (1) the full bench requirement for the summary judgment in the direct action of unconstitutionality; (2) the conversion of the summary judgment in final judgment; (3) the current question about the efficacy of the article 12 (Federal Statute 9.868, 1999); (4) the procedural fungibility in the abstract control of norms.

PALAVRAS-CHAVE

Controle abstrato de constitucionalidade; medidas cautelares; reserva de plenário; conversão de julgamento; eficácia procedimental; fungibilidade procedimental.

KEYWORDS

Abstract control of constitutionality; summary decisions; the full bench rule; judgment conversion; procedural efficacy; procedural fungibility.

¹ Ministro do Supremo Tribunal Federal. Doutor em Direito pela Universidade de Münster, Alemanha. Professor de Direito Constitucional nos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília-UnB e do Instituto Brasiliense de Direito Público-IDP.

² Doutorando em Direito pela Universidade de Brasília (UnB) e em Argumentação Jurídica pela Universidade de Alicante (UA), Espanha. Mestre em Direito pela Universidade de Brasília. Editor-Chefe do Observatório da Jurisdição Constitucional. Procurador Federal, cedido ao Supremo Tribunal Federal para o cargo de Assessor de Ministro.

I. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A possibilidade de provimentos cautelares no âmbito do controle abstrato de normas nunca chegou a enfrentar sérios obstáculos.

Inicialmente, o Supremo Tribunal Federal viu-se confrontado com pedido de suspensão provisória de ato normativo no julgamento da Representação n. 94, de 17 de julho de 1947, atinente às disposições parlamentaristas constantes da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul. Naquela oportunidade, deixou assente o eminente relator, Castro Nunes, *verbis*:

“Devo informar ao Tribunal que o Exmo. Sr. Procurador encaminhou-me por petição o pedido formulado pelo Governador do Estado para que fosse suspensa provisoriamente a Constituição, até o pronunciamento provocado. Mandei juntar aos autos a petição, sem a despachar.

“O pedido de suspensão provisória não poderia ser deferido por analogia com o que se prescreve no processamento do mandado de segurança. A atribuição ora conferida ao Supremo Tribunal é sui generis, não tem por objeto ato governamental ou administrativo, senão ato constituinte ou legislativo; não está regulada em lei, que, aliás, não poderia dispor para estabelecer uma tramitação que entorpecesse a solução, de seu natural expedita, da crise institucional prefigurada. Acresce por sobre tudo isso que o poder de suspender o ato arguido de inconstitucional pertence ao Congresso, nos termos expressos do art. 13, como sanção articulada com a declaração da inconstitucionalidade³”.

A Lei n. 2.271, de 1954, que regulamentou o processo da representação interventiva, prevista no art. 8º, parágrafo único, da Constituição de 1946, fixou, em seu art. 4º, a seguinte regra: *“Aplica-se ao Supremo Tribunal Federal o rito do processo do mandado de segurança, de cuja decisão caberão embargos caso não haja unanimidade”*.

Essa disposição permitiu que o Supremo Tribunal, ainda que com alguma resistência, passasse a deferir o pedido de liminar, suspendendo a aplicação do ato normativo impugnado, em consonância com a orientação consagrada na Lei do Mandado de Segurança⁴.

³ Rp. nº 94, rel. Min. Castro Nunes, Archivo Judiciario 85:31 (32).

⁴ Rp. 466, rel. Min. Ari Franco, RTJ 23, p. 1 (8); Rp. 467, rel. Min. Victor Nunes, RTJ 19, p. 5.

Na Rp nº 933-RJ, de 5 de junho de 1975, o Supremo Tribunal reafirmou essa orientação, desta feita, em controle abstrato de normas, deferindo pedido de medida cautelar requerido pelo Procurador-Geral da República, nos termos do art. 175 c/c o art. 22, inciso IV, do Regimento Interno. Cuidava-se de pedido de *suspensão de execução* formulado pelo então Procurador-Geral da República Moreira Alves, assim fundamentado: "*Tendo em vista a faculdade contida no art. 175, combinado com o art. 22, inciso IV, do Regimento Interno, e por se cuidar de acesso aos Tribunais e promoções, remoções e permutas na Magistratura, o representante requer, para garantir a eficácia da ulterior decisão da causa, que seja suspensa a execução dos artigos que são objeto da presente representação*" (RTJ 76: 343).

O Relator, Thompson Flores, manifestou-se, expressamente, a favor da admissibilidade da medida cautelar nos seguintes termos:

“Embora reconheça que a concessão de medida preventiva, em processo de representação possa suscitar discussão, estou convencido do acerto de nosso Regimento Interno ao admiti-la, em seu art. 175 c/c o art. 22, IV.

2. Em princípio, atribuo-lhe plena eficácia, face a expressa prerrogativa atribuída pela Constituição, em seu art. 120, parágrafo único, ‘c’, verbis:

‘Art. 120.....

Par. único - O regimento interno estabelecerá:

c) o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou de recurso;’

E entre tais processos, inclui-se a representação, por expressa determinação daquela Carta, artigo 119, I, l.

3. Forte, pois, no próprio texto constitucional, proporcionando ele que regulasse o Supremo Tribunal o respectivo processo, permitiu-lhe, como sua natural decorrência jurídica, a adoção de medidas cautelares adequadas à garantia de plena eficácia de sua decisão.

4. Dir-se-á que, dada a índole do procedimento meramente declaratório, sem qualquer força executória, descaberia a antecipação da providência, a qual o próprio julgamento final não teria força. Penso, todavia, que assim não é.

5. De fato. Atribui a Magna Carta, privativamente, ao Supremo Tribunal Federal a declaração de inconstitucionalidade de lei estadual, através da representação. Caso venha julgá-la procedente, a declaração de inconstitucionalidade é terminante, inalterável e irreversível. Tanto a Lei 4.337/64, que disciplinava o processo, como o Regimento Interno, art. 180, declaram que do julgamento se faça comunicação às autoridades interessadas, e que, transitado ele em julgado, se transmita o seu teor ao Senado Federal. Certo são duas providências distintas e para fins

*diversos. Esta tem efeito erga omnes; aquela entre os que figuraram na lide*⁵.

Contra esse entendimento manifestou-se Xavier Albuquerque, articulando as seguintes objeções:

“(...) Reconheço que o Regimento, indubitavelmente, permite ao relator submeter ao Plenário ou à Turma, nos processos da sua competência, medidas preventivas necessárias à proteção de quaisquer direitos suscetíveis de grave dano de incerta reparação ou, ainda, medidas destinadas a garantir a eficácia da ulterior decisão da causa. Ao pedir a suspensão liminar da execução das disposições impugnadas, o eminente Procurador-Geral, ao que ouvi, invocou o segundo fundamento do preceito regimental. Destinar-se-ia essa providência a garantir a eficácia da ulterior decisão da causa.

A meu ver, ainda que o Regimento possa ser entendido no sentido de permitir que o Tribunal suspenda liminarmente a execução de ato normativo ou de lei, quando objeto de representação de inconstitucionalidade, ainda que assim possa ser, não se desenha, no caso, a hipótese figurada no Regimento. Se o Tribunal houver de declarar inconstitucionais esses preceitos, ao julgar a Representação em definitivo, a suspensão liminar ou a falta de suspensão liminar de sua execução não alterará em nada, a meu ver, a eficácia do julgado. As normas serão tidas por inconstitucionais, com o que não se haverá constituído direitos de nenhuma espécie com base nelas. Se atos administrativos houverem sido praticados, poderão ser desfeitos, porque fundados em lei declarada inconstitucional.

O que me parece, ao fim e ao cabo, é que a decisão do STF limitar-se-á, eventualmente, a declarar a inconstitucionalidade da lei, mas o fará num processo de cognição abstrata, com inteiro desconhecimento de eventuais direitos subjetivos envolvidos.

*A suspensão da execução de lei declarada inconstitucional é, pela Constituição, prerrogativa do Senado. A meu ver, portanto, o Supremo não pode antecipar prestação jurisdicional que não lhe compete dar em definitivo”*⁶.

A controvérsia sobre a admissibilidade de medidas cautelares em representação de inconstitucionalidade ficou superada com o advento da Emenda nº 7,

⁵ Rp. nº 933 (liminar), Rel. Ministro Thompson Flores, RTJ 76:342 (343).

⁶ Rp. nº 933 (liminar), Rel. Ministro Thompson Flores, RTJ 76:342 (345-6)). Deve-se notar que somente a partir de resolução – Parecer do Min. Moreira Alves, DJ 16 de maio de 1977, p. 3123-3124 – passou a Corte, efetivamente, a emprestar tratamento diferenciado às decisões proferidas nas diferentes formas de arguição de inconstitucionalidade, reconhecendo a eficácia *erga omnes* da pronúncia de inconstitucionalidade proferida no controle abstrato de normas.

de 1977, que acrescentou ao elenco das competências originárias do Supremo Tribunal o julgamento do "*pedido de medida cautelar nas representações oferecidas pelo Procurador-Geral da República*" (CF 1967/69, art. 119, I, "p").

A Constituição de 1988 manteve inalterada essa orientação, prevendo, no art. 102, I, "p", a competência originária do Supremo Tribunal para julgar "*o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade*".

Portanto, a sistemática consagrada pelo direito brasileiro não suscita, do prisma formal, maiores obstáculos, pois eventuais providências cautelares encontram fundamento direto e imediato no próprio texto constitucional.

Não obstante, se essa constatação se mostra elementar quanto à possibilidade de provimentos cautelares no âmbito do controle abstrato de normas, o mesmo já não ocorre em relação ao procedimento e às técnicas de decisão aplicáveis às medidas cautelares, cuja prática tem suscitado questões diversas e deveras importantes para o sistema como um todo.

Recentes decisões cautelares proferidas no Supremo Tribunal Federal vêm suscitando problemas que requerem melhor análise e reflexão. Entre outros, o presente artigo foca os temas da (1) reserva de plenário para decidir sobre medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade, (2) da conversão do julgamento da medida cautelar em julgamento definitivo de mérito, (3) da problemática atual quanto à (in)eficácia do rito art. 12 da Lei 9.868/99, (4) da fungibilidade entre os procedimentos das ações do controle abstrato de normas.

II. A RESERVA DE PLENÁRIO PARA DECIDIR SOBRE MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

A medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade é da competência exclusiva do Plenário do Supremo Tribunal Federal. A decisão liminar nessas ações diretas está submetida à *reserva de plenário*, regra esta que decorre do art. 97 da Constituição e do art. 10 da Lei 9.868/99 ("*a medida cautelar na ação direta será*

concedida pela maioria absoluta dos membros do Tribunal”) e também está expressamente prevista no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (art. 5º, X).

A submissão à reserva de plenário tanto da decisão de mérito quanto da decisão cautelar baseia-se no fato de que ambas produzem efeitos diretos sobre a *vigência* das normas.

Ninguém ignora que a teoria do direito procede à diferenciação entre a *vigência normativa* e a *vigência fática* (*normative Geltung* e *faktische Geltung*) ou entre *validade* e *eficácia* (*Geltung* e *Wirksamkeit*). Não se pode negar, igualmente, a existência de uma relação de influência recíproca entre *validade* e *eficácia*⁷. Evidentemente, uma ordem jurídica já não mais pode ser qualificada como ordem normativa válida se ela deixa de ser observada ou aplicada⁸.

Todavia, cabe indagar se o eventual deferimento de medida cautelar por Corte Constitucional, em processo de controle de normas, afeta, propriamente, a *validade* da lei ou, tão somente, a sua *eficácia*.

No direito alemão, o *Bundesverfassungsgericht* tem-se utilizado da competência para expedir providências cautelares (*einstweilige Anordnung*) (§ 32 da Lei de Organização do Tribunal), suspendendo, provisoriamente, a execução da lei questionada⁹. Sempre afirmou-se, porém, que a decisão proferida na medida cautelar não contemplava as razões eventuais que permitiam ao requerente sustentar a nulidade da lei, até porque, nesse processo, não se poderia proceder a um juízo de validade¹⁰. Pareceria correto, portanto, supor que a suspensão liminar se refere aqui, tão somente, à execução ou à aplicação da lei, restando incólume a lei propriamente no plano da *validade*¹¹. Não havia dúvida, outrossim, de que o *efeito vinculante* (*Bindungswirkung* -- § 31, (1), da Lei de Organização do Tribunal) das decisões do *Bundesverfassungsgericht* era suficiente para assegurar a não aplicação de uma norma

⁷ Ipsen, Jörn, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, Baden-Baden, 1980, p. 157.

⁸ Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*, trad. de João Baptista Machado, Coimbra, 1974, p. 298-299.

⁹ BVerfGE 1, 1 (2); 7, 367 (373); 14, 153, 43, 47 (51).

¹⁰ BVerfGE 3, 34 (37); 6, 1 (4); 43, 198 (200); Ipsen, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, Baden-Baden, 1980, p. 227.

¹¹ Ipsen, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, cit., p. 227.

pelos órgãos constitucionais, autoridades administrativas e tribunais, suspendendo, assim, a sua *vigência fática* ou a sua *eficácia*¹².

Entretanto, essa questão ganhou novos desenvolvimentos com a medida liminar deferida pelo *Bundesverfassungsgericht*, em 21.6.1974, nos termos do § 32 da Lei de Organização do Tribunal, para: (a) *suspender a vigência do § 218 a, do Código Penal, na sua nova redação; (b) determinar que o disposto nos §§ 218 b e 219, do Código Penal, na sua nova versão, se aplicasse, igualmente, aos casos de aborto praticados nas primeiras doze semanas desde a concepção; (c) estabelecer que o aborto praticado por médico com o assentimento da gestante, nas primeiras doze semanas, não seria punível se a gestante houvesse sido vítima de crimes previstos nos §§ 176, 177 ou 179, I, e houvesse fortes razões para admitir que a gravidez resultara desse fato (BVerfGE 37, 324, 325)*. Posteriormente, a Corte Constitucional alemã concedeu medida cautelar para: (a) *suspender a execução da lei que emprestava nova redação ao estatuto sobre o serviço militar obrigatório (Wehrpflichtgesetz), a partir de 16 de dezembro de 1977, até a pronúncia de decisão definitiva; (b) determinar, a partir de 16 de dezembro de 1977, a aplicação das leis sobre o serviço militar obrigatório (Wehrpflichtgesetz) e sobre o serviço civil (Zivildienstgesetz), nas versões vigentes em 31 de julho de 1977, até a publicação da decisão definitiva; (c) reconhecer a subsistência das relações jurídicas do serviço civil (Zivildienst) estabelecidas até 15 de dezembro de 1977 (BVerfGE 46, 337 (338))*.

Essas decisões suscitaram novas indagações, pois já não se tratava apenas de expedir ordem para que as autoridades administrativas e os juízes se abstivessem de aplicar, temporariamente, determinada norma. Como justificar a autorização, contida expressamente na medida cautelar, para que fosse aplicado o direito anterior? Essa autorização somente poderia ser aceita se se afigurasse possível admitir que as providências cautelares, previstas no § 32 da Lei do *Bundesverfassungsgericht*, afetam, eventualmente, não só a chamada *vigência fática (faktische Geltung)*, mas também a *vigência normativa (normative Geltung)*¹³. Do contrário, ter-se-ia de presumir que, na primeira hipótese, a punibilidade do aborto praticado nas primeiras doze semanas

¹² Ipsen, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, cit., p. 229.

¹³ Ipsen, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, cit., p. 230.

decorreria não da lei propriamente, tal como exigido pela Constituição (art. 103, II), mas da medida cautelar deferida pelo Tribunal¹⁴. Da mesma forma, o reconhecimento das razões de consciência para prestar o serviço militar não teria fundamento na lei, tal como exigido pelo art. 4º, III, da Lei Fundamental, mas na medida cautelar¹⁵.

Ademais, situado o problema apenas no plano da *eficácia*, surgiria, inevitavelmente, a possibilidade de conflito por demais embaraçoso, no plano estrito da *validade*, entre o direito anterior, que passa a ser aplicado temporariamente, por força da medida cautelar, e a norma superveniente, que teve a sua eficácia suspensa em decorrência da mesma medida. É que, de uma perspectiva estritamente *normativa*, subsistiriam, ainda que por lapso de tempo limitado, duas normas *válidas* regulando a mesma situação fática. Em outros termos, o aborto praticado nas doze primeiras semanas não constituiria crime, segundo a regra contida no art. 219 do Código Penal alemão.

Aparentemente, o dilema somente pode ser solvido se se puder admitir que a medida cautelar suspensiva diz respeito não só à *eficácia* mas também à *validade*, afetando a vigência da lei, tanto no plano *fático*, quanto no plano *normativo*. A decisão proferida na medida cautelar mostrar-se-ia, assim, hábil a suspender, temporariamente, a própria *validade* da norma questionada, dando ensejo, eventualmente, à *represtinação* do direito anterior.

A questão é delicada no direito alemão, tendo em vista que a cautelar, em princípio, tem sustentação exclusivamente legal. Tal como se poderá constatar, entre nós o tema não oferece as mesmas dificuldades verificadas no direito processual constitucional tedesco, especialmente porque, desde 1977, o texto constitucional brasileiro (CF 1967/69, com Emenda n. 7/77, art. 119, I, “p”, e CF 1988, art. 102, I, “p”) atribui competência originária ao Supremo Tribunal Federal para julgar o pedido de medida cautelar nas representações e nas ações diretas de inconstitucionalidade, respectivamente.

¹⁴ Ipsen, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, cit., p. 230.

¹⁵ Ipsen, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, cit., p. 230-231.

Portanto, se a decisão cautelar, tal qual a decisão de mérito, produz efeitos sobre a vigência normativa, justifica-se que também o julgamento da medida cautelar seja atribuído à competência exclusiva do Plenário da Corte Constitucional. Esse é o *ethos* da regra da reserva de plenário também para as medidas cautelares no direito brasileiro.

Por isso, mesmo nos casos de “excepcional urgência”, a Lei n. 9.868/99 reserva exclusivamente ao Plenário do Tribunal a competência para apreciar a medida cautelar. Nessas hipóteses, dispõe o art. 10, § 3º, da referida lei, que “*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*”.

A reserva de plenário para a decisão cautelar admite uma única exceção, precisamente definida no art. 10, *caput*, da Lei 9.868/99, a qual decorre não do caráter urgente de eventual medida, mas da impossibilidade de reunião de todos os membros do Tribunal nos períodos de recesso. Assim, obviamente, ante a impraticável reunião dos magistrados em sessão plenária nos períodos de recesso do Tribunal, o Regimento Interno da Corte confere poderes ao Ministro Presidente para decidir sobre questões urgentes (art. 13, VIII), o que envolve também os pedidos de medida cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade. E ressalte-se que, apesar de a Lei 9.868/99 mencionar apenas a palavra “recesso”, ela aplica-se também aos períodos de “férias” do Tribunal. A palavra “recesso” foi empregada na Lei 9.868/99 (art. 10, *caput*) com sentido amplo, abarcando tanto o recesso propriamente dito como as férias forenses. Ademais, é preciso reconhecer que a distinção entre o recesso e as férias é realizada no Regimento Interno do STF para fins administrativos internos.

Portanto, a única exceção à reserva de plenário prevista pela lei encontra-se no excepcional poder conferido ao Presidente do Supremo Tribunal Federal para decidir cautelarmente nos períodos de recesso e de férias. De toda forma, mesmo nessa hipótese excepcional, deverá a medida cautelar ser levada ao referendo do Tribunal Pleno tão logo termine o período de recesso ou de férias (art. 21, IV e V, RI-STF). Caberá ao Relator do processo (designado com a regular distribuição da ação, após o término do período de férias) levar ao referendo do Plenário a medida cautelar decidida

pela Presidência. Em hipóteses excepcionais, poderá o próprio Presidente levar sua decisão ao referendo do Pleno, tal como já ocorreu no julgamento da ADI 3.929-MC-QO, Rel. Min. Ellen Gracie (julgamento em 29-8-07, *DJ* de 11-10-07¹⁶).

É claro que a lei não pode prever todas as possíveis hipóteses que possam configurar a urgência da pretensão cautelar. Podem naturalmente ocorrer casos em que a espera pelo julgamento da Sessão Plenária seguinte ao pedido de medida cautelar leve à completa perda de sua utilidade. Assim, não se pode deixar de considerar que possa o Relator, fazendo uso do poder geral de cautela, decidir monocraticamente sobre o pedido de medida cautelar na ação direta. Aqui, poder-se-ia considerar, igualmente, a possibilidade de aplicação analógica do § 1º do art. 5º da Lei 9.882/99, referente à arguição de descumprimento de preceito fundamental, que permite a decisão cautelar monocrática “em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave”. Nessa hipótese, é imprescindível a submissão imediata, na Sessão Plenária seguinte, da decisão cautelar ao referendo do Tribunal (art. 21, V, RI-STF).

Não obstante, é preciso reconhecer que tais casos serão excepcionalíssimos, pois a própria Lei 9.868/99 prevê mecanismo para se evitar perecimento de direito e assegurar o futuro pronunciamento definitivo do Tribunal, que é a possibilidade de concessão da medida liminar com efeitos *ex tunc*, suspendendo-se a vigência da norma questionada desde a sua publicação. Portanto, o sistema definido pela Lei 9.868/99 para a concessão de medidas cautelares deixa pouco espaço para a ocorrência de casos em que seja necessária uma decisão monocrática fora dos períodos de recesso e de férias. A técnica da modulação dos efeitos, posta à disposição do Tribunal no julgamento da medida cautelar, é instrumento hábil para se assegurar a

¹⁶ "Questão de ordem. Ação direta de inconstitucionalidade. Pedido de medida cautelar. Deferimento, pela presidência, no período de férias forenses do tribunal. Artigos 10, *caput*, da Lei 9.868/99, e 13, VIII, do RISTF. Relatoria do referendo plenário atribuída à própria Presidente, por força da excepcionalidade do caso concreto. Possibilidade. O *caput* do art. 10 da Lei 9.868/99 autoriza, nos períodos de recesso da Corte, a excepcional concessão monocrática da medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. Por imposição do artigo 21, incisos IV e V, do Regimento Interno, as decisões liminares concedidas pela Presidência nessas circunstâncias são depois submetidas à referendo do Colegiado, normalmente após a distribuição dos autos da ação direta a um determinado relator superveniente. Peculiaridades presentes que recomendam a exposição do caso pelo próprio órgão prolator da decisão trazida a referendo do Plenário do Supremo Tribunal Federal. Questão de ordem resolvida no sentido de autorizar a Presidência, excepcionalmente, a relatar o referendo da decisão cautelar monocrática proferida nos autos da presente ação direta." (ADI 3.929-MC-QO, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 29-8-07, *DJ* de 11-10-07).

decisão de mérito na ação direta e, dessa forma, ela praticamente elimina as hipóteses em que seja necessária uma urgente decisão monocrática do Relator. Ficam abertas apenas as hipóteses em que a suspensão da vigência da norma seja imprescindível para estancar imediatamente a produção de seus efeitos sobre fatos e estados de coisas que, de outra forma, não poderiam ser revertidos.

Observe-se que a decisão cautelar monocrática em ação direta, fora dos períodos de recesso e férias, é fato raro no Supremo Tribunal Federal, o que atesta ainda mais a sua excepcionalidade. Em rápido levantamento (não exaustivo), após o advento da Lei 9.868/99, identificam-se apenas as seguintes decisões:

- 1) a decisão proferida em 28 de março de 2003 pelo Ministro Sepúlveda Pertence na ADI 2.849 (ADI-MC 2.849, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 3.4.2003). Registre-se que não houve referendo do Plenário e, em 15 de maio de 2010, o processo foi extinto por perda superveniente de objeto, devido à revogação da lei impugnada;
- 2) a decisão proferida em 16 de agosto de 2004 pelo Ministro Carlos Britto na ADI 3.273 (ADI 3.273-MC, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 16-8-04, *DJ* de 23-8-04). Ressalte-se que essa decisão foi logo suspensa por decisão do Presidente, Ministro Nelson Jobim, no MS 25.024. Naquela ocasião, considerou-se que a decisão monocrática violava a reserva de plenário estabelecida pelo art. 10 da Lei 9.868/99 (MS 25.024-MC, Rel. Min. Eros Grau, decisão monocrática proferida pelo presidente Min. Nelson Jobim, julgamento em 17-8-04, *DJ* de 23-8-04)¹⁷;

¹⁷ “A decisão sobre medida cautelar é da competência do Tribunal Pleno e sua concessão depende do voto da maioria absoluta de seus membros, ouvidos, previamente, os ‘órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei’ (Lei 9.868/99, art. 10). A lei abre uma única exceção à regra: ‘Salvo no período de recesso’ (Lei 9.868/99, art. 10). Em nenhum momento, salvo o recesso, a lei autoriza a decisão de cautelar pelo relator. Mesmo nos casos de ‘excepcional urgência’, a lei mantém a competência da decisão com o Tribunal. Autoriza que tal decisão possa ser tomada ‘sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ...’ (Lei 9.868/99, art. 10, § 3º). Possibilita, ainda, a lei que o Tribunal afaste a regra geral do efeito *ex nunc* da cautelar e a conceda com ‘eficácia retroativa’ (Lei 9.868/99, art. 11, § 1º). Com esta última regra completa-se o tratamento legal da excepcionalidade. Em momento algum, ‘salvo no período de recesso’, é possível decisão monocrática. (...)” (MS 25.024-MC, Rel. Min. Eros Grau, decisão monocrática proferida pelo Presidente Min. Nelson Jobim, julgamento em 17-8-04, *DJ* de 23-8-04).

3) a decisão proferida em 19.5.2009 pelo Ministro Menezes Direito na ADI 4.232 (ADI-MC 4.232, Rel. Min. Dias Toffoli, *DJe* 25.5.2009). A referida liminar monocrática não chegou a ser referendada pelo Plenário, ante o falecimento do Ministro Menezes Direito pouco tempo depois. Atualmente, ela encontra-se incluída em pauta para julgamento (desde 22.2.2010), sob a Relatoria do Ministro Dias Toffoli, que sucedeu o Ministro Menezes Direito;

4) a decisão proferida em 1º de julho 2009 pelo Ministro Celso de Mello na ADI 4.190, referendada pelo Plenário do STF somente no ano posterior, em 10.03.2010 (ADI 4.190-MC, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 1º-7-09, *DJE* de 4-8-09);

5) a decisão proferida em 2.10.2009 pela Ministra Cármen Lúcia na ADI 4.307, referendada pelo Plenário do STF em 11.11.2009 (ADI 4.307-MC, Rel. Min. Cármen Lúcia, decisão monocrática, julgamento em 2-10-09, *DJE* de 8-10-09). Neste caso, é preciso registrar que se tratava da Emenda Constitucional n. 58, de 23.09.2009, que alterou a forma de recomposição das Câmaras Municipais, fixando os limites dos números de vereadores nos Municípios brasileiros. Em 29.09.2009, o Procurador-Geral da República ajuizou a ação direta e, em 2.10.2009, veio a liminar da Ministra Cármen Lúcia. Na ocasião, a decisão monocrática justificou-se com base na urgente necessidade de se impedir a imediata recomposição das Câmaras Municipais, com a consequente diplomação e posse de milhares de vereadores e alteração dos cálculos eleitorais de votação com efeitos retroativos ao período eleitoral anterior (do ano de 2008), antes mesmo da realização da Sessão Plenária do STF seguinte à publicação da Emenda Constitucional. Naquela ocasião, a petição inicial do Procurador-Geral da República dava notícia da efetiva posse de alguns vereadores. Havia o risco iminente de que, ante a posse, pudessem ser produzidas, inclusive, novas leis municipais, com graves danos à segurança jurídica.

6) a decisão proferida em 26 de agosto de 2010 pelo Ministro Carlos Britto na ADI 4.451, referendada pelo Plenário do STF em 2.9.2010 (ADI-MC 4.451, Rel. Min. Carlos Britto, *DJe* 1.09.2010).

7) a decisão proferida em 1º de julho de 2011 pelo Ministro Luiz Fux na ADI 4.598, a qual ainda não foi submetida pelo referido Relator ao referendo do Plenário do Tribunal (ADI-MC 4.598, Rel. Min. Luiz Fux, *DJe* 2.8.2011).

8) a decisão proferida em 15 de dezembro de 2011 pelo Min. Luiz Fux na ADI 4.663, a qual foi trazida à apreciação do Plenário em 7 de março de 2012;

9) a decisão proferida em 19 de dezembro de 2011 pelo Ministro Marco Aurélio na ADI 4.638, trazida ao referendo do Plenário do Tribunal em 1º de fevereiro de 2012;

10) a decisão proferida em 19 de dezembro de 2011 pelo Ministro Joaquim Barbosa na ADI 4.705, referendada na Sessão Plenária de 23 de fevereiro de 2012.

Além desses casos, todos proferidos em ações diretas de inconstitucionalidade, não se pode deixar de citar a medida cautelar proferida monocraticamente pelo Ministro Marco Aurélio no conhecido caso do “aborto de fetos anencéfalos”. A medida liminar na ADPF 54, proferida em 1º de julho de 2004, autorizou as gestantes a, mediante laudo médico comprovador da anomalia, realizar a operação de parto de fetos anencéfalos, e determinou o sobrestamento de todos os processos judiciais que discutissem a questão. A liminar monocrática foi cassada pelo Plenário na Sessão de 20 de outubro de 2004, na parte em que reconhecia às gestantes o direito ao aborto.

A análise desses poucos casos permite verificar que, apesar da existência de processos em que a decisão monocrática estava plenamente justificada – como claramente ocorreu, por exemplo, na decisão proferida pela Ministra Cármen Lúcia na

ADI-MC 4.307 acima citada –, na maioria das vezes a decisão monocrática era dispensável, seja em virtude da proximidade da realização de Sessão Plenária, do longo tempo de vigência da norma impugnada, seja em razão da sempre possível modulação dos efeitos da medida liminar.

Verifica-se também que, das 10 (dez) decisões acima citadas, 8 (oito) foram proferidas a partir do ano de 2009, o que revela um crescente aumento de liminares monocráticas nos últimos três anos. A análise demonstra, ainda, que na maioria dos casos as decisões monocráticas são proferidas na véspera do período de recesso (no dia 19 de dezembro) ou de férias (no dia 1º de julho) do Tribunal. Ressalte-se, nessa hipótese, que no dia 19 de dezembro o Tribunal realiza a Sessão Plenária de encerramento dos trabalhos do ano judiciário.

O fato é que o quadro atual revela um perceptível crescimento do número de decisões cautelares monocráticas em ações diretas de inconstitucionalidade, muitas delas cabalmente descabidas, o que demonstra a necessidade de regras regimentais mais claras e incisivas sobre o tema.

Faça-se esse registro da questão, portanto, para que fique bem claro que medidas liminares decididas de forma monocrática são em regra ilegais, por violação à Lei 9.868/99 (art. 10), e inconstitucionais, por afronta ao art. 97 da Constituição. As hipóteses excepcionalíssimas deveriam ser bem delimitadas e definidas no Regimento Interno do Tribunal. O quadro atual assim o exige e, dessa forma, é preciso regulamentar o uso do poder geral de cautela pelo Relator nas ações do controle abstrato de constitucionalidade.

III. CONVERSÃO DO JULGAMENTO DA MEDIDA CAUTELAR EM JULGAMENTO DEFINITIVO DE MÉRITO

No recente julgamento da medida cautelar na ADI 4.638 (Rel. Min. Marco Aurélio, julgada em 8.2.2012), o Plenário do Supremo Tribunal Federal suscitou importante questão sobre a possibilidade de conversão do julgamento de medida cautelar em julgamento definitivo de mérito. O tema foi levantado em momento oportuno. Na ocasião, o Tribunal encontrava-se na terceira Sessão Plenária seguida

envolvido com o julgamento da referida medida cautelar, na qual se discutia a respeito dos poderes disciplinar e correccional do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), especificamente sobre a constitucionalidade da Resolução-CNJ n. 135/2011, que regulamenta os procedimentos administrativos disciplinares aplicáveis aos magistrados. A extensão e a profundidade dos votos proferidos e dos debates ocorridos nas três sessões deixaram patente tratar-se praticamente de julgamento de cognição exauriente sobre o mérito das questões constitucionais suscitadas na ação. Ao final das longas horas de deliberação, a sensação de todos era de que o futuro julgamento definitivo de mérito pouco poderia acrescentar aos entendimentos ali assentados. Apesar de não realizar efetivamente a conversão do julgamento cautelar em definitivo de mérito, o Tribunal deixou ali evidenciada a necessidade da adoção desse procedimento em casos futuros.

Passadas poucas semanas do referido julgamento, o Tribunal voltou a se deparar com a necessidade prática da conversão do julgamento cautelar em definitivo de mérito. Na ADI 4.163 (Rel. Min. Cezar Peluso, julgada em 29.2.2012) – na qual se discutia sobre a importante questão a respeito da realização de convênios pela Defensoria Pública para prestação adequada da assistência judiciária gratuita –, verificou-se que o processo, apesar de ter tramitado pelo rito do art. 10, *caput*, da Lei 9.868/99, estava completamente instruído com as informações dos órgãos legislativos, a manifestação do Advogado-Geral da União e o parecer do Procurador-Geral da República, todos contendo análises não apenas voltadas para o julgamento da medida cautelar, mas com incursões sobre o mérito da ação direta. Levantada a questão, o Plenário, rememorando o julgamento da ADI 4.638, e constatando a relevância prática da medida, decidiu converter o julgamento da cautelar em definitivo de mérito, considerando suficientes, para tanto, os documentos, manifestações e pareceres presentes nos autos.

A nova medida adotada no julgamento da ADI 4.163 constitui, indubitavelmente, um importante avanço quanto às técnicas de decisão e aos procedimentos próprios das ações do controle abstrato de constitucionalidade. Presentes determinadas circunstâncias, a conversão do julgamento torna-se praticamente inevitável. Algumas dessas circunstâncias são evidentes. A principal delas é atinente à

amplitude e à profundidade da cognição das questões constitucionais suscitadas na ação. Quando o Tribunal, por razões diversas (a maioria das vezes essas razões estão fundadas na importância do tema debatido), passa a realizar, ainda que em julgamento preliminar, a cognição ampla e exauriente das questões presentes no processo, a conversão do julgamento torna-se medida necessária para se consolidar o entendimento fixado naquele momento e evitar que, por vários fatores (o principal é, obviamente, a constante mudança de composição), ele venha a ser modificado tempos (às vezes muito tempo) depois, com graves consequências para a segurança jurídica.

Alguns casos da jurisprudência da Corte demonstram essa tese. Pense-se, por exemplo, no julgamento da medida cautelar na ADI 1.354, na qual se discutiu sobre a denominada “cláusula de barreira” nas eleições proporcionais (art. 13 da Lei 9.096/95). O pedido de medida liminar foi indeferido na Sessão Plenária de 7 de fevereiro de 1996 e, naquela ocasião, o Tribunal emitiu claro posicionamento a respeito da plena constitucionalidade da norma impugnada, com afirmações peremptórias no sentido de que tal norma “não ofende o princípio consagrado no artigo 17” da Constituição e de que ela “não é atentatória ao princípio da igualdade”¹⁸; em suma, um típico julgamento de mérito. As normas impugnadas permaneceram vigentes por mais de 10 anos e, em 7 de dezembro de 2006, por ocasião do julgamento de mérito, o Tribunal, com a composição substancialmente alterada (permaneceram no julgamento de mérito apenas três ministros – Sepúlveda Pertence, Celso de Mello e Marco Aurélio – que participaram do julgamento da medida cautelar), modificou radicalmente o

¹⁸ Alguns trechos da ementa do acórdão são exemplares nesse sentido: “(...) . O artigo 13 da Lei n 9.096, de 19 de novembro de 1995, que exclui do funcionamento parlamentar o partido político que em cada eleição para a Câmara dos Deputados, não obtenha o apoio de no mínimo cinco por cento dos votos válidos distribuídos em, pelo menos, um terço dos Estados, com um mínimo de dois por cento do total de cada um deles, não ofende o princípio consagrado no artigo 17, seus incisos e parágrafos, da Constituição Federal. 3. Os parâmetros traçados pelos dispositivos impugnados constituem-se em mecanismos de proteção para a própria convivência partidária, não podendo a abstração da igualdade chegar ao ponto do estabelecimento de verdadeira balbúrdia na realização democrática do processo eleitoral. 4. Os limites legais impostos e definidos nas normas atacadas não estão no conceito do artigo 13 da Lei nº 9096/95, mas sim no do próprio artigo 17, seus incisos e parágrafos, da Constituição Federal, sobretudo ao assentar o inciso IV desse artigo, que o funcionamento parlamentar ficará condicionado ao que disciplinar a lei. 5. A norma contida no artigo 13 da Lei nº 9.096/95 não é atentatória ao princípio da igualdade; qualquer partido, grande ou pequeno, desde que habilitado perante a Justiça Eleitoral, pode participar da disputa eleitoral, em igualdade de condições, ressalvados o rateio dos recursos do fundo partidário e a utilização do horário gratuito de rádio e televisão - o chamado "direito de antena" -,ressalvas essas que o comando constitucional inscrito no artigo 17, § 3º, também reserva à legislação ordinária a sua regulamentação. 6. Pedido de medida liminar indeferido.”

entendimento anteriormente fixado e decidiu declarar a inconstitucionalidade das normas impugnadas. As circunstâncias especiais exigiram que o Tribunal determinasse a manutenção da vigência das normas inconstitucionais até que sobreviesse a atuação legislativa no sentido de alterá-las.

Outro caso da jurisprudência da Corte também configura um bom exemplo para o argumento aqui desenvolvido. A ADI 1.805 impugna a Emenda Constitucional n. 16/1997, na parte em que alterou o art. 14, § 5º, da Constituição, para permitir a reeleição dos Chefes do Poder Executivo, bem como dos que os hajam sucedido ou substituído no curso do mandato, para um único período subsequente. A ação foi proposta em 18 de março de 1998 e, poucos dias depois, exatamente em 26 de março, o pedido de medida cautelar foi levado ao julgamento do Plenário pelo então Relator, Ministro Neri da Silveira, tendo em vista a proximidade das eleições gerais de 1998, na qual a nova norma constitucional seria aplicada pela primeira vez. Apesar de não haver instrução completa dos autos, e mesmo ante o curto espaço de tempo para a análise do pedido e de seus fundamentos, o Ministro Neri da Silveira fez um profundo estudo sobre as questões constitucionais suscitadas na ação, com considerações teóricas sobre condições de elegibilidade e causas de inelegibilidade que até hoje são referência tanto na jurisprudência como na doutrina especializada sobre o tema. Seu voto de 57 páginas foi amplamente debatido e finalmente acolhido pelo Plenário da Corte. Julgado o pedido de medida cautelar, o mérito da ação continua pendente de apreciação até os dias de hoje (ano de 2012). Após a aposentadoria do Ministro Neri da Silveira, houve substituição de Relator por três vezes e a ação encontra-se atualmente sob a Relatoria da Ministra Rosa Weber. Passados quatorze anos desde o julgamento da medida cautelar, realizadas quatro eleições gerais (1998, 2002, 2006, 2010) e três eleições municipais (2000, 2004, 2008) sob a égide da norma introduzida pela EC n. 16/1997, e, sobretudo, ante a profundidade e solidez das teses fixadas na decisão cautelar, parece praticamente impensável um julgamento de mérito que traga novos argumentos e modifique o resultado da medida cautelar, mesmo com a composição do Tribunal completamente modificada. Ante todo esse quadro, poder-se-ia dizer que o julgamento de mérito tornou-se praticamente desnecessário.

Em verdade, todos esses fatores já eram bem conhecidos do legislador quando se editou a Lei 9.868/99 e nela se previu o rito abreviado do art. 12, para se permitir o julgamento definitivo do mérito. O art. 12, dessa forma, reduz os prazos (10 dias para informações e 5 dias de vista dos autos, sucessivamente, ao AGU e ao PGR) do rito ordinário (art. 6º e 8º, que fixam 30 dias para informações e 15 dias para AGU e PGR) e torna possível que, com celeridade semelhante a um julgamento de medida cautelar, o Tribunal passe logo ao julgamento definitivo do mérito da ação, quando a matéria nela discutida for patentemente relevante e tiver especial significado para a ordem social e a segurança jurídica.

A aplicação do rito do art. 12, todavia, encontra limite em algumas situações. A primeira delas ocorre quando o Relator, ao receber a petição inicial, já aplica o rito do art. 10, *caput*, prenunciando o julgamento da medida cautelar e, dessa forma, separando-o do julgamento posterior do mérito da ação. Com a atual quantidade elevada de processos na pauta do Plenário – em torno de seiscentos processos –, não é incomum que a medida cautelar, na ação direta que tramita conforme o rito do art. 10, demore muito tempo (algumas vezes pode durar meses ou até mais de um ano) para ser definitivamente apregoada para julgamento. Nessa hipótese, é certo que o Relator poderá converter o rito do art. 10 para o procedimento próprio do art. 12 e, colhendo as informações e pareceres definitivos, incluir em pauta para julgamento definitivo de mérito. Não obstante, essa conversão de ritos, na medida em que requer a colheita de novas informações e novos pareceres, tem o indesejado efeito de atrasar ainda mais o julgamento de uma questão cuja urgência já fora atestada pelo Relator. Ante esse quadro, já houve casos em que o Relator fez a conversão para o rito do art. 12 e, em vez de abrir prazo para a instrução completa do processo, considerou suficientes as peças e documentos apresentados conforme o rito do art. 10, tornando possível o julgamento definitivo de mérito. Esta, sem dúvida, é uma possibilidade de se enfrentar o problema do julgamento tardio (e, portanto, muitas vezes ineficaz) da medida cautelar; mas ela afigura-se visivelmente desnecessária ante a possibilidade – agora definitivamente adotada na citada ADI 4.163 – da conversão direta do julgamento da cautelar em definitivo de mérito, o que será feito pelo próprio Plenário, por sugestão de qualquer de seus membros, por ocasião da apreciação da ação que tramitou apenas pelo art. 10,

caput, da Lei 9.868/99. Assim, nessas hipóteses, a solução da *conversão direta de julgamentos* (de cautelar em mérito) mostra-se mais adequada do que a *conversão de ritos* (do art. 10 em art. 12).

Ademais – e aqui se encontra uma segunda limitação à aplicação do art. 12 –, a conversão de julgamentos torna desnecessária a utilização do art. 12 com finalidades para as quais ele não está destinado. Como será analisado no próximo tópico, a teleologia do art. 12 é a redução do prazo de tramitação do processo para permitir o julgamento direto do mérito de forma célere e, dessa forma, eficaz, quando a matéria discutida for relevante e tiver especial significado para a ordem social e a segurança jurídica.

IV. PROBLEMÁTICA ATUAL QUANTO À (IN)EFICÁCIA DO RITO DO ART. 12 DA LEI 9.868/99

Como se sabe, o art. 12 da Lei 9.868/99 dispõe que “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 10 (dez) dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de 5 (cinco) dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação”.

O dispositivo corresponde a uma inovação salutar trazida pela Lei 9.868/99 para permitir que matérias especialmente relevantes para a ordem social e a segurança jurídica sejam julgadas de forma célere e definitiva. Reduziu-se, portanto, o tempo de tramitação da ação, fixando-se prazos processuais mais curtos, com apenas 10 (dez) dias para as informações das autoridades das quais emanou o ato normativo impugnado, e 5 (cinco) dias de vista dos autos, sucessivamente, ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral da República. Tais prazos representam uma diminuição expressiva em relação àqueles próprios do rito ordinário fixado pelos artigos 6º e 8º da referida lei, que estabelecem 30 dias para as informações das autoridades legislativas, 15 dias para a manifestação do Advogado-Geral da União e mais 15 dias para o parecer

do Procurador-Geral da República. Não chegam, por outro lado, a ser tão curtos como os do rito cautelar previsto no art. 10, *caput* e § 1º, fixados em 5 (cinco) dias para informações e 3 (três) dias (prazo comum) para o Advogado-Geral da União e para o Procurador-Geral da República. Estabeleceu o legislador, portanto, um rito mais célere do que o de tipo ordinário, porém mais alongado do que o de tipo eminentemente cautelar, fixando um denominador comum que conjuga a rapidez de trâmite processual com a possibilidade de cognição ampla e exauriente da matéria discutida na ação.

Como se vê, a teleologia do art. 12 é permitir ao Tribunal o julgamento definitivo de mérito de forma célere. Sua aplicação, portanto, deve estar condicionada ao efetivo cumprimento dessa finalidade exigida pela norma. Todos os que de alguma forma atuam e participam no processo (Ministro Relator, servidores do Supremo Tribunal Federal, advogados das partes, autoridades legislativas, a Advocacia-Geral da União e a Procuradoria-Geral da República) devem estar constantemente empenhados no cumprimento dos prazos processuais.

A prática processual no âmbito das ações diretas de inconstitucionalidade, porém, tem demonstrado que a aplicação do artigo 12 nem sempre vem acompanhada desse necessário empenho ou desse *fair trial* que deve nortear a conduta de todos aqueles que de alguma forma participam do processo. As causas da ineficácia do art. 12 são variadas. A primeira, e talvez a principal, decorre da condução do processo que realiza o próprio Relator. Tem sido recorrente a aplicação do art. 12 para toda e qualquer matéria. Se a ação contém pedido de medida cautelar, o Relator tende a recorrer ao procedimento do art. 12, e o faz muitas vezes por dois motivos: a) em razão do já crônico congestionamento da pauta do Plenário, que torna muito difícil o julgamento célere de medidas cautelares pela via do rito do art. 10; b) quando constata que não há a especial urgência alegada pelo requerente da ação, mas, não podendo indeferir o pedido de medida cautelar de forma monocrática (devido à reserva absoluta de Plenário para indeferimentos), e ante a dificuldade de levar tal indeferimento ao Plenário, encontra no art. 12 a solução para fazer a instrução completa do processo e levá-lo a julgamento definitivo do mérito. Como, atualmente, a grande maioria das ações diretas de inconstitucionalidade contém pedido de medida cautelar – poder-se-ia dizer que, hoje, é muito raro o pedido inicial de tramitação pela via do rito

ordinário do art. 6º e 8º –, independentemente da real necessidade da decisão liminar – mesmo porque é compreensível que o requerente tenda a crer que seu pedido sempre é urgente –, a aplicação do art. 12 tem se firmado como a solução (enviesada) para se determinar o julgamento definitivo do mérito da ação, sem a necessidade de se pronunciar liminarmente sobre o pedido de medida cautelar.

A segunda causa de ineficácia do art. 12 diz respeito, obviamente, ao descumprimento dos prazos nele estabelecidos. As informações muitas vezes não são prestadas em 10 (dez) dias e a vista dos autos à Advocacia-Geral da União e à Procuradoria-Geral da República raramente dura apenas 5 (cinco) dias. Assim, a instrução dos autos de acordo com o art. 12 comumente leva o mesmo tempo que a tramitação pelo rito ordinário. E, uma vez instruídos os autos, lançado o Relatório e incluído o processo na pauta, passa-se a enfrentar a longa fila de espera para o julgamento no Plenário.

Todos esses fatores tem ultimamente contribuído para o que se poderia denominar de “*ordinarização*” do procedimento do art. 12 nas ações diretas de inconstitucionalidade, um patente desvirtuamento de sua finalidade primordial. Medidas devem ser adotadas para a correção desse indesejado quadro de ineficácia da norma. Tais medidas, porém, não passam, de nenhuma maneira, pela atuação legislativa no sentido de se modificar um dispositivo que se mostra fundamental para o controle abstrato da constitucionalidade das leis no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Elas devem se concretizar na prática processual em torno do art. 12, mediante, principalmente, o efetivo cumprimento dos prazos nele estabelecidos.

V. FUNGIBILIDADE ENTRE PROCEDIMENTOS CAUTELARES NAS AÇÕES DO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE

No julgamento das ADI 875, 1987, 2727 e 3243¹⁹, o Supremo Tribunal Federal, modificando sua anterior jurisprudência, decidiu que entre as ações diretas de inconstitucionalidade por ação (ADI) e por omissão (ADO) deve existir a fungibilidade processual.

¹⁹ ADI 875, 1987, 2727 e 3243, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 24.02.2010.

Tal como ficou consignado nos fundamentos daquela decisão, em nosso sistema abstrato de controle de constitucionalidade deve existir uma natural fungibilidade entre os diversos tipos de ação. A ação direta de inconstitucionalidade (ADI) e a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) já possuem um claro caráter dúplice ou ambivalente, que as tornam, praticamente, uma mesma ação com sinal trocado. Quanto à arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), o Tribunal tem reconhecido sua fungibilidade com a ação direta de inconstitucionalidade, até mesmo tendo em vista a relação de subsidiariedade entre essas ações²⁰.

É certo que isso não significa negar a natureza distinta, o rito próprio e as especificidades de cada ação. A Lei n.º 9.868/99 possui capítulos específicos para a ação direta de inconstitucionalidade (Capítulo II) e para a ação declaratória de constitucionalidade (Capítulo III). Com a Lei n.º 12.063, de 22 de outubro de 2009, a Lei n.º 9.868/99 passou a contar com o capítulo II-A, que estabelece rito procedimental e medidas cautelares específicas para a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. A Lei n.º 9.882/99, por seu turno, trata da arguição de descumprimento de preceito fundamental. No Supremo Tribunal Federal, atualmente, todas as ações possuem uma classe específica de autuação: Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI); Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC); Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

Não obstante, a natural fungibilidade entre as ações pode constituir um importante fundamento para que, em circunstâncias específicas, se reconheça a fungibilidade entre os diversos tipos de procedimento. No campo das medidas cautelares, essa fungibilidade de ritos procedimentais, ou mesmo de técnicas de decisão, é uma necessidade prática inegável. O Tribunal, por exemplo, já aplica, para a medida cautelar em ADPF que determine a suspensão de processos judiciais que envolvam a aplicação da lei impugnada, o prazo de 180 dias para o julgamento definitivo do mérito da ação, previsto para a ADC no art. 21, parágrafo único, da Lei 9.868/99.

²⁰ ADPF-QO n.º 72, Rel. Min. Ellen Gracie, *DJ* 2.12.2005.

Aspecto relevante, nesse contexto, diz respeito à aplicação do procedimento do art. 12 da Lei 9.868/99, que rege a ADI, também à ADPF, a qual se submete ao rito estabelecido na Lei 9.882/99. Também na ADPF, surgida a necessidade prática de um célere julgamento definitivo de mérito (finalidade precípua da norma do art. 12), ante a urgência e a relevância da matéria, é possível aplicar, por analogia, o procedimento definido no art. 12 da Lei 9.868/99 para o julgamento da ADPF. E, ressalte-se que, na prática, os Ministros do Supremo Tribunal Federal já vêm realizando essa aplicação por analogia do art. 12 ao rito cautelar da ADPF²¹.

Artigo recebido em 19 de março de 2012.

Artigo aceito para publicação em 26 de março de 2012.

²¹ Confirmam-se as seguintes ações: ADPF 137, Rel. Min. Cármen Lúcia, 20.10.2008; ADPF 154, Rel. Min. Cármen Lúcia, 30.11.2008; ADPF 156, Rel. Min. Cármen Lúcia, 19.12.2008; ADPF 177, Rel. Min. Ayres Britto, 02.11.2009; ADPF 179, Rel. Min. Cármen Lúcia, 04.08.2009; ADPF 183, Rel. Min. Ayres Britto, 04.08.2009; ADPF 193, Rel. Min. Cármen Lúcia, 09.10.2009; ADPF 235, Rel. Min. Luiz Fux, 10.06.2011.