

# Colegialidade e Jurisdição Constitucional na Suprema Corte brasileira: A Problemática das Cautelares Monocráticas nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade<sup>1</sup>

LEONARDO MIGUEL SCHMITZ WINGEN<sup>2</sup>

CLÁUDIO LOPES PREZA JÚNIOR<sup>3</sup>

**RESUMO:** O presente artigo se propõe a analisar o tema da tutela provisória na jurisdição constitucional prestada pelo Supremo Tribunal Federal. O problema nele enfrentado é a (in) compatibilidade das decisões cautelares monocráticas proferidas por Ministros do Supremo Tribunal Federal em sede de Ações Diretas de Inconstitucionalidade com os artigos 97 da Constituição Federal (Cláusula de Reserva de Plenário) e 10 da Lei nº 9.868/99. A potencial incompatibilidade dessas decisões com tais dispositivos representa, em tese, um grave problema no cenário constitucional brasileiro, de modo que o presente estudo se reveste de importância. O artigo começa com uma apresentação das noções gerais da Ação Direta de Inconstitucionalidade, dos seus aspectos processuais e da peculiaridade da Cláusula de Reserva de Plenário. Após, são tecidas considerações sobre a tutela provisória na jurisdição constitucional brasileira. Por fim, são trazidos os posicionamentos da doutrina e da jurisprudência sobre o problema em análise, dos quais foram extraídas considerações finais. O método de pesquisa utilizado foi o dedutivo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Supremo Tribunal Federal. Jurisdição constitucional. Tutela provisória constitucional. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Cláusula de Reserva de Plenário. Decisões cautelares monocráticas. Lei 9.868/99.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. O controle concentrado de constitucionalidade no Brasil: A Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2.1. A previsão constitucional e infraconstitucional da Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2.2. A Cláusula de Reserva de Plenário como exigência para a declaração de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos do poder público. 3. A tutela provisória na jurisdição constitucional. 4. As decisões cautelares monocráticas diante da Cláusula de Reserva de Plenário. 4.1. Posicionamento da doutrina sobre o problema. 4.2. Posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o problema. 5. Considerações finais.

## 1. Introdução

É de conhecimento geral na comunidade jurídica que, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, um grande número de Ações Diretas de Inconstitucionalidade vem sendo ajuizado perante o Supremo Tribunal Federal. Em tais ações, frequentemente são formulados pelas partes legitimadas pedidos de tutela provisória, os quais são chamados pela Lei 9.868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento dessas ações, de pedidos de medida cautelar. Com isso, muitas vezes, em um juízo de cognição sumária, os membros da Corte

---

<sup>1</sup> Artigo elaborado como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais na Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

<sup>2</sup> Acadêmico do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. E-mail: leonardowingen@hotmail.com

<sup>3</sup> Orientador do trabalho. Professor do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. E-mail: claudio.preza@puers.br.

vislumbram a inconstitucionalidade da lei ou do ato que é impugnado e, acolhendo a pretensão formulada, acabam por, *ad referendum* do plenário, deferir monocraticamente medida cautelar suspendendo a eficácia da lei ou do ato.

Ocorre que a Constituição Federal, por influência do instituto norte-americano chamado de *full-court* ou de *full-bench*, estabeleceu no seu artigo 97 o que a doutrina convencionou chamar de Cláusula de Reserva de Plenário. Este dispositivo prevê 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”. Ainda, a Lei 9.868/99, no seu artigo 10, caput, estabelece que a medida cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade, exceto no período de recesso, deve ser concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Supremo Tribunal Federal.

Lênio Streck, em título de artigo no qual comenta o caso da ADI 4.917/RJ, a qual tratava da inconstitucionalidade de dispositivos da Lei nº 12.734/12 (Lei dos Royalties) e na qual uma decisão cautelar monocrática da Ministra Cármen Lúcia estava pendente de referendo pelo Plenário havia um ano e oito meses, faz uma interessante e inusitada indagação: A decisão de um ministro do STF pode valer como medida provisória?<sup>4</sup>

É que, na visão deste jurista, uma lei aprovada pelo Congresso Nacional ter a sua validade suspensa por uma medida cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade seria algo semelhante à edição de uma Medida Provisória, pois, conforme o parágrafo segundo do artigo 10 da Lei 9.868/99, “a concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário”.

Ainda, conforme demonstra estudo feito por Gilmar Mendes e André Rufino do Vale, precisamente a partir do ano de 2009 a concessão de cautelares monocráticas se tornou prática frequente dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, passando a aumentar de número a partir daquele ano. O estudo constatou também que a maior parte das decisões monocráticas é proferida na véspera dos períodos de recesso (19 de dezembro) ou de férias (1º de julho) do Tribunal<sup>5</sup>.

Nesse sentido, em um primeiro momento, vislumbra-se a possibilidade de essa sistemática adotada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade ir de encontro à Cláusula de Reserva de Plenário e ao artigo 10, caput, da Lei nº 9.868/99, o que, em tese, representa um grave problema no cenário constitucional brasileiro. Dessa forma, a pesquisa aqui realizada reveste-se de importância e de atualidade no país.

Em suma, o presente trabalho se propõe a responder o seguinte questionamento: As decisões cautelares monocráticas proferidas pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal em sede de Ações Diretas de Inconstitucionalidade são compatíveis com a Cláusula de Reserva de Plenário e com o artigo 10 da Lei nº 9.868/99?

---

<sup>4</sup> STRECK, Lênio Luiz. **A decisão de um ministro do STF pode valer como medida provisória?** Consultor Jurídico, 4 dez. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-dez-04/senso-incomum-decisao-ministro-stf-valer-medida-provisoria>. Acesso em: 12 abr. 2020.

<sup>5</sup> MENDES, Gilmar Ferreira e VALE, André Rufino do. **Questões atuais sobre as medidas cautelares no controle abstrato de constitucionalidade**. Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: 2011/2012. p. 14.

O método de pesquisa utilizado foi o dedutivo. Estabelecidas as noções gerais sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade e sobre a tutela provisória na jurisdição constitucional, foram trazidos os posicionamentos da doutrina e da jurisprudência sobre o problema analisado e, posteriormente, tentou-se responder o questionamento formulado.

## **2. O controle concentrado de constitucionalidade no Brasil: A Ação Direta de Inconstitucionalidade**

No presente capítulo será feita uma exposição acerca de onde a Ação Direta de Inconstitucionalidade está localizada na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional, bem como acerca dos seus aspectos processuais e dos efeitos que as decisões nela proferidas produzem no ordenamento jurídico pátrio. Serão feitas também considerações sobre a Cláusula de Reserva de Plenário, regra constitucional que deve ser observada no julgamento dessa ação.

### **2.1. A previsão constitucional e infraconstitucional da Ação Direta de Inconstitucionalidade**

A Ação Direta de Inconstitucionalidade possui previsão no artigo 102, inciso I, alínea "a" da Constituição Federal de 1988<sup>6</sup>. O ajuizamento desta ação se presta a impugnar lei ou ato normativo federal ou estadual que esteja em desacordo com a Constituição Federal. Igualmente, ela se presta a impugnar lei ou ato normativo estadual ou municipal que esteja em desacordo com a Constituição de algum dos Estados. Ajuizada a ação, dá-se início à tramitação de um processo de controle concentrado de constitucionalidade, também conhecido como controle abstrato.

O modelo de controle de concentrado ou abstrato de constitucionalidade surgiu na Áustria na década de 1920 por obra e influência decisivas de Hans Kelsen<sup>7</sup>. A Ação Direta de Inconstitucionalidade é classificada como pertencente a este modelo em razão da sua competência jurisdicional e em razão do seu objeto.

Diz-se ser ela do modelo de controle concentrado em razão de a competência para seu processamento e julgamento ser exclusiva de tribunais específicos: O Supremo Tribunal Federal, caso se trate de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual em face da Constituição Federal (artigo 102, inciso I, alínea "a", da Constituição Federal), e os Tribunais de Justiça dos Estados, caso se trate de inconstitucionalidade de lei ou ato

---

<sup>6</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 03 mar. 2020.

<sup>7</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 17ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 333.

normativo estadual ou municipal em face da Constituição Estadual (artigo 125, parágrafo segundo, da Constituição Federal)<sup>8</sup>.

Igualmente, diz-se ser ela de controle abstrato em razão de nela a inconstitucionalidade ser suscitada em tese, ou seja, sem referência a qualquer disputa concreta<sup>9</sup>. Na verdade, trata-se aqui de um processo de natureza objetiva, e não subjetiva. Conforme Guilherme Peña de Moraes, a diferença é que no processo subjetivo as partes são individualizadas, já que a ação é proposta pelo demandante em face do demandado, enquanto no processo objetivo há apenas uma parte individualizada, pois a ação é proposta pelo requerente contra a lei ou o ato normativo<sup>10</sup>. No mesmo sentido, Luiz Fux refere que na Ação Direta não se nota a existência de lide, não havendo nela partes ou interessados. Nela, “o bem jurídico tutelado é a ordem constitucional objetiva e não eventuais situações jurídicas subjetivas”<sup>11</sup>.

A Carta Magna é o instrumento introdutor fundamental pelo qual são veiculadas normas constitucionais em vigor e que constitui o parâmetro do processo de controle abstrato de constitucionalidade. Já a lei ou ato normativo federal ou estadual impugnado é o instrumento introdutor primário pelo qual são veiculadas normas legais e que constitui o objeto deste processo<sup>12</sup>.

Podem ser objeto de controle pela Ação Direta os atos normativos federais e estaduais, independentemente de qual dos poderes eles emanaram. Podem-se caracterizar como atos normativos *lato sensu* todos os enunciados jurídicos dotados de generalidade e abstração, ou seja, aqueles estruturados para atingir a totalidade dos indivíduos ou de situações que venham a se enquadrar na descrição normativa, sem individualizar casos concretos<sup>13</sup>.

São sujeitas ao controle por meio desta ação todos aqueles enunciados jurídicos listados no artigo 59 da Constituição Federal, quais sejam, as emendas à Constituição, as leis complementares, as leis ordinárias, as leis delegadas, as medidas provisórias, os decretos legislativos e as resoluções.

As emendas à Constituição, apesar de integrarem o texto constitucional, estão situadas dentro do processo legislativo, conforme os artigos 59, inciso I, e 60 da Constituição Federal, de modo que se sujeitam ao controle de constitucionalidade. Deve-se observar que não podem ser objeto de Ação Direta as normas constitucionais originárias, ou seja, aquelas promulgadas pela Assembleia Nacional Constituinte de 1988. Tendo tais normas sido produzidas no exercício do poder constituinte originário, caracterizado como ilimitado, elas não estão

---

<sup>8</sup> No âmbito dos estados, a Ação Direta de Inconstitucionalidade ainda é chamada de Representação Interventiva.

<sup>9</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de direito constitucional**. 3º edição. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 628.

<sup>10</sup> MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de direito constitucional**. 12ª edição. São Paulo: Atlas, 2020. p. 683.

<sup>11</sup> FUX, Luiz. Art. 102. In: MORAES, Alexandre de *et al.* **Constituição Federal comentada**. Equipe Forense (org.). 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 914.

<sup>12</sup> MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de direito constitucional**. 12ª edição. São Paulo: Atlas, 2020. p. 687.

<sup>13</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de direito constitucional**. 3º edição. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 593.

sujeitas ao controle de constitucionalidade concentrado<sup>14</sup>. Ainda, é cabível Mandado de Segurança contra tramitação de proposta de emenda à Constituição que desobedeça à limitação material ao poder de reforma constitucional, ou seja, que ofenda alguma das cláusulas pétreas, previstas no artigo 60, parágrafo 4º da Constituição<sup>15</sup>.

As leis complementares, em conformidade com os artigos 59, inciso II, e 69 da Constituição Federal, podem figurar em uma Ação Direta. Pedro Lenza explica que as leis complementares se diferenciam das leis ordinárias sob dois aspectos, um formal e outro material: Sob o ponto de vista formal, a lei complementar exige um *quorum* de aprovação qualificado, consistente na maioria absoluta dos votos (artigo 69), enquanto a lei ordinária exige maioria simples ou relativa (artigo 47). Sob o ponto de vista material, o constituinte originário e o constituinte derivado determinam de forma taxativa quais matérias constitucionais querem que sejam regulamentadas por lei complementar, como, por exemplo, a proteção do trabalhador contra despedida arbitrária ou sem justa causa (artigo 7º, inciso I). A lei ordinária ocupa um campo material residual, podendo dispor sobre o que tudo que não seja regulado por lei complementar, decreto legislativo e resoluções<sup>16</sup>.

As leis ordinárias constituem a maior parte do ordenamento jurídico nacional, sendo, portanto, frequentemente questionadas por meio de Ações Diretas. A jurisprudência do Supremo já entendeu que essa ação é cabível inclusive contra as leis ordinárias de criação de Municípios, leis essas que têm apenas conteúdo administrativo e que, portanto, não preenchem os requisitos de generalidade e de abstração<sup>17</sup>. O Tribunal já considerou que essas leis, mesmo que não sejam normas jurídicas, mas atos com forma de lei que outorgam *status* municipal a uma comunidade territorial, constituem um dado inovador do complexo normativo em que se insere a nova unidade política, de sorte que a sua validade pode ser questionada em controle concentrado de constitucionalidade<sup>18</sup>.

As Leis Delegadas são elaboradas pelo Presidente da República, após delegação do Congresso Nacional, conforme o artigo 68 da Carta Magna. A Lei Delegada caiu em desuso no Brasil, pois a última vez que foi elaborada foi em 1992<sup>19</sup>. Logo, tal modalidade de lei não é objeto de Ações Diretas atualmente.

No que se refere às Medidas Provisórias, sob o ângulo material, o controle de constitucionalidade concentrado sobre elas se dá em três etapas: Na primeira, se verificam os

<sup>14</sup> MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de direito constitucional**. 12ª edição. São Paulo: Atlas, 2020. p. 689.

<sup>15</sup> MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de direito constitucional**. 12ª edição. São Paulo: Atlas, 2020. p. 694.

<sup>16</sup> LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 22ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. pp. 299 e 300. pp. 705 e 706.

<sup>17</sup> MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de direito constitucional**. 12ª edição. São Paulo: Atlas, 2020. p. 692.

<sup>18</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 733/MG**. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 17 de junho de 1992. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266514>. Acesso em: 24 mai. 2020.

<sup>19</sup> PLANALTO. **Leis delegadas**. Brasília, Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-1/leis-delegadas-1>. Acesso em: 4 jun. 2020.

pressupostos de habilitação. Na segunda, se analisa se a medida provisória preenche os requisitos de relevância e urgência previstos no artigo 62 da Constituição. Na terceira, se faz o controle de constitucionalidade propriamente dito<sup>20</sup>. Já sob o ângulo processual, a Ação Direta que tem como objeto uma medida provisória é diferenciada, dependendo se a medida foi ou não convertida em lei. Deste modo, surgem duas hipóteses: Se a Medida Provisória é rejeitada pelo Congresso Nacional ou não é apreciada no prazo constitucional, a Ação Direta fica prejudicada. Já se a Medida Provisória é convertida em lei, deve haver o aditamento da petição inicial, desde que não haja alteração substancial do conteúdo normativo do objeto da Ação Direta<sup>21</sup>.

Quanto aos decretos legislativos, o Supremo já reconheceu que a Ação Direta é cabível contra aqueles que incorporam à ordem normativa brasileira tratados e convenções internacionais, uma vez que eles se encontram em nível de igualdade com a legislação ordinária<sup>22 23</sup>.

No tocante às resoluções, ao veicularem os regimentos internos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, elas podem ser objeto de controle por meio desta ação. A Ação Direta não é cabível contra a tramitação de projeto de lei se o fundamento foi o descumprimento do regimento interno da casa legislativa<sup>24</sup>.

Ainda, cabe fazer algumas considerações acerca de outros atos normativos não mencionados acima.

Os decretos presidenciais se subdividem em decreto regulamentar (artigo 84, inciso IV) e em decreto autônomo (artigo 84, inciso VI). Tais decretos devem observar os limites dos poderes de regulamentar a lei, de dispor sobre a organização e funcionamento da Administração Pública Federal e de extinguir funções ou cargos públicos. Assim sendo, eles não podem ser submetidos ao controle de constitucionalidade, pois a análise da sua validade deve ser feita em relação às normas legais, e não às normas constitucionais<sup>25</sup>.

Os demais atos administrativos normativos, como as resoluções, por exemplo, via de regra não podem ser objeto de uma Ação Direta, pois a sua validade também está nas normas legais, não nas normas constitucionais. Conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal

---

<sup>20</sup> MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de direito constitucional**. 12ª edição. São Paulo: Atlas, 2020. p. 695.

<sup>21</sup> MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de direito constitucional**. 12ª edição. São Paulo: Atlas, 2020. p. 696.

<sup>22</sup> MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de direito constitucional**. 12ª edição. São Paulo: Atlas, 2020. op. cit. p. 694.

<sup>23</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 1.480/DF**. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, 4 de setembro de 1997. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347083>. Acesso em: 24 jun. 2020.

<sup>24</sup> MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de direito constitucional**. 12ª edição. São Paulo: Atlas, 2020. p. 694.

<sup>25</sup> MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de direito constitucional**. 12ª edição. São Paulo: Atlas, 2020. p. 698.

Federal, essa ação é excepcionalmente cabível contra resoluções e deliberações administrativas dos tribunais, em razão da extensão dos efeitos que elas podem ter<sup>26 27</sup>.

O procedimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade é regulado no plano infraconstitucional, através dos artigos 3º a 12 e 22 a 28 da Lei nº 9.868/99<sup>28</sup>, bem como nos artigos 169 a 175 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

A petição inicial dessa ação deve indicar o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado, os fundamentos jurídicos do pedido e o pedido, com as suas especificações (artigo 3º). A petição inicial também deve ser apresentada em duas vias e conter cópias da lei ou do ato normativo impugnado (artigo 3º, parágrafo único). Proposta a ação, não é admitida a desistência (artigo 5º).

Protocolada a petição inicial, o relator pedirá informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado, que devem ser prestadas em trinta dias, contados do recebimento do pedido (artigo 6º, caput e parágrafo único). Decorrido esse prazo, serão ouvidos, sucessivamente, o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, tendo cada um com prazo de quinze dias para manifestação (artigo 8º). Vencidos esses prazos, o relator lançará o relatório e pedirá dia para julgamento (artigo 9º).

Proclamada a constitucionalidade da lei ou do ato impugnado, julgar-se-á improcedente a Ação Direta. Proclamada a inconstitucionalidade da lei ou do ato impugnado, julgar-se-á procedente a Ação Direta (artigo 24). Julgada a ação, será feita comunicação à autoridade ou ao órgão responsável pela expedição do ato e será publicada em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União o dispositivo do acórdão (artigos 25 e 28).

No próximo capítulo, serão feitas considerações acerca dos pedidos de medida cautelar que são cabíveis nessa ação.

## **2.2. A Cláusula de Reserva de Plenário como exigência para a declaração de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos do poder público**

Prevê o artigo 98 da Constituição Federal 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”. Essa regra não se trata de novidade trazida pelo constituinte de 1988.

---

<sup>26</sup> MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de direito constitucional**. 12ª edição. São Paulo: Atlas, 2020. p. 701.

<sup>27</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 1.727/PB**. Relator Ministro Sydney Sanches. Brasília, 3 de março de 1999. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266742>. Acesso em: 24 jun. 2020.

<sup>28</sup> BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. **Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm). Acesso em: 03 mar. 2020.

A obrigatoriedade de observância de um quórum para que um Tribunal pudesse realizar declaração de inconstitucionalidade foi prevista pela primeira vez no plano infraconstitucional, através do longínquo Decreto nº 938/1902<sup>29</sup>. Naquela época, em que vigente a Constituição de 1891, na qual não havia a exigência de um quórum para tanto, tal decreto inovou ao dispor no seu artigo 1º que o Supremo Tribunal Federal, ao proferir decisão final sobre de inconstitucionalidade de leis da União ou dos Estados e de tratados federais, deveria fazê-lo na presença de, pelo menos, dez dos seus membros desimpedidos<sup>30</sup>.

Com o advento da Constituição de 1934, tal exigência foi alçada ao status constitucional, passando a partir daí a ser chamada pela doutrina de Cláusula de Reserva de Plenário<sup>31</sup>. O artigo 179 dessa carta política previa que a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público deveria ser feita apenas pela maioria absoluta dos membros dos tribunais<sup>32</sup>.

Essa disposição foi mantida pela Constituição de 1937, no seu artigo 96<sup>33</sup>, e pela Constituição de 1946, no seu artigo 200<sup>34</sup>.

A Carta Constitucional de 1967 também manteve a regra, através do seu artigo 111<sup>35</sup>. Com a Emenda Constitucional 7/1977, que deu nova redação ao artigo 116<sup>36</sup>, foi possibilitado que os órgãos especiais também fizessem declarações de inconstitucionalidade. Isso se deu

<sup>29</sup> MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. Art. 97. In: MORAES, Alexandre de *et al.* **Constituição Federal comentada**. Equipe Forense (org.). 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 845.

<sup>30</sup> BRASIL. Decreto nº 938, de 29 de dezembro de 1902. **Determina que as sentenças finais da competência do Supremo Tribunal Federal sejam proferidas com a presença de dez, pelo menos, dos juizes desimpedidos daquele Tribunal.** Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-938-29-dezembro-1902-585388-publicacaooriginal-108407-pl.html>. Acesso em: 8 mai. 2020.

<sup>31</sup> MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. Art. 97. In: MORAES, Alexandre de *et al.* **Constituição Federal comentada**. Equipe Forense (org.). 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 845.

<sup>32</sup> BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). Acesso em: 8 mai. 2020.

<sup>33</sup> BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm). Acesso em: 8 mai. 2020.

<sup>34</sup> BRASIL. Constituição (1946). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm). Acesso em: 8 mai. 2020.

<sup>35</sup> BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm). Acesso em: 8 mai. 2020.

<sup>36</sup> BRASIL. Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977. **Incorpora ao texto da Constituição Federal disposições relativas ao Poder Judiciário**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc\\_anterior1988/emc07-77.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc07-77.htm). Acesso em: 8 mai. 2020.



em razão da dificuldade que havia, em tribunais de composição mais numerosa, de reunião de todos os magistrados<sup>37</sup>.

A Cláusula de Reserva de Plenário, também chamada de Cláusula *Full Bench* ou Cláusula *Full Court*, tal como prevista atualmente na Constituição, se trata de uma exigência imposta aos Tribunais, a qual deve ser observada por eles tanto no controle de constitucionalidade concentrado como no difuso. Essa cláusula tem como fundamento a presunção *juris tantum* de constitucionalidade que possuem as leis e os demais atos normativos.

No cotidiano jurídico brasileiro, deve-se presumir que todas as leis aprovadas pelo Poder Legislativo e que todos os demais atos normativos editados pelo poder público estejam em conformidade com a Constituição e que, portanto, sejam válidos. Essa presunção somente pode ser elidida em caráter excepcional pelo Poder Judiciário no exercício no controle de constitucionalidade, mediante a observância de rígidas normas processuais. No controle difuso, devem ser observadas as disposições dos artigos 948 a 950 do Código de Processo Civil. No controle concentrado, devem ser observadas as disposições da Lei nº 9.868/99.

Segundo Luís Roberto Barroso, o princípio da presunção de constitucionalidade das normas jurídicas se funda principalmente na legitimidade democrática dos agentes públicos eleitos, no dever de promoção do interesse público e no respeito aos princípios constitucionais, sobretudo os que regem a Administração Pública. Tal presunção decorre do princípio da separação dos Poderes e funciona como fator de autolimitação da atuação judicial, de modo que a declaração de inconstitucionalidade pelos juízes e pelos tribunais deve ser feita apenas excepcionalmente<sup>38</sup>.

Nesse sentido, Ana Paula de Barcellos aponta que “a declaração de inconstitucionalidade de uma lei, embora tenha se tornado comum nos últimos anos, reveste-se de considerável gravidade do ponto de vista institucional e sob uma perspectiva democrática”. É que, segundo ela, “o Executivo e o Legislativo são eleitos, gozam, portanto, de uma específica legitimação democrática e, talvez mais importante, estão sob contínuo controle político, de um poder sobre o outro, e social”<sup>39</sup>.

No que se refere à maioria absoluta referida pelo artigo 97 da Constituição, a doutrina entende que ela pode ser definida como a metade e mais um da quantidade de votos do órgão colegiado deliberante, ou o que excede em número total das opiniões vencidas<sup>40</sup>. Já o artigo 22 da Lei 9.868/99 determina que, no Supremo Tribunal Federal, as decisões declaratórias de inconstitucionalidade somente sejam tomadas se presentes na sessão pelo menos oito Ministros.

Ainda, em atenção à necessidade de a declaração de inconstitucionalidade ser feita apenas pelos plenários ou pelos órgãos especiais dos Tribunais, o Supremo Tribunal Federal

---

<sup>37</sup> MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. Art. 97. In: MORAES, Alexandre de *et al.* **Constituição Federal comentada**. Equipe Forense (org.). 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 845.

<sup>38</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. pp. 288 e 289.

<sup>39</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de direito constitucional**. 3º edição. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 577.

<sup>40</sup> MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. Art. 97. In: MORAES, Alexandre de *et al.* **Constituição Federal comentada**. Equipe Forense (org.). 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 846.

já firmou o entendimento de que viola a Cláusula de Reserva de Plenário a decisão de órgão fracionário de Tribunal que declara implícita ou incidentalmente a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo. Conforme a Súmula Vinculante 10, “viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

Com isso, pode-se ver que a Cláusula aqui estudada desempenha um papel importante no equilíbrio entre os poderes. Entretanto, justamente por limitar as decisões monocráticas é que tal instituto pode, em algumas situações, ser considerado um obstáculo à prestação jurisdicional célere e adequada. Conforme será visto adiante, tanto a doutrina como a jurisprudência já se debruçaram sobre a possível colisão deste instituto com o direito da efetividade da jurisdição constitucional.

### 3. A tutela provisória na jurisdição constitucional

No presente capítulo serão tecidas considerações acerca das medidas cautelares nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, da sua previsão tanto no texto constitucional como na legislação, bem como acerca dos seus requisitos, do seu procedimento e do seu julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

A medida cautelar em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade igualmente encontra previsão na Constituição Federal, através do artigo 102, inciso I, alínea “p”<sup>41</sup>.

A primeira vez que o Supremo Tribunal Federal foi confrontado com um pedido de suspensão provisória de ato normativo foi quando do julgamento da Representação Interventiva 94/1947, na qual se questionavam dispositivos da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul. A Representação Interventiva era prevista no artigo 8º, parágrafo único, da Constituição de 1946 e foi posteriormente regulamentada pela Lei nº 2.271/54<sup>42</sup>. Esta lei estabeleceu no seu artigo 4º que o procedimento do Mandado de Segurança, que previa a concessão de medidas liminares, aplicava-se também ao Supremo Tribunal Federal. Assim, foi concedida à Suprema Corte autorização para deferir pedidos liminares de suspensão de atos normativos, o que, a princípio, sofreu certa resistência<sup>43</sup>.

Essa questão controversa foi superada com o advento da Emenda Constitucional 7/1977. A partir daí, o artigo 119, inciso I, alínea “p”, da Constituição de 1967 passou a prever como competências originárias do Supremo Tribunal Federal o processamento e o

---

<sup>41</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao compilado.htm). Acesso em: 8 mai. 2020.

<sup>42</sup> MENDES, Gilmar Ferreira e VALE, André Rufino do. **Questões atuais sobre as medidas cautelares no controle abstrato de constitucionalidade**. Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: 2011/2012. p. 2.

<sup>43</sup> MENDES, Gilmar Ferreira e VALE, André Rufino do. **Questões atuais sobre as medidas cautelares no controle abstrato de constitucionalidade**. Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: 2011/2012. p. 2.

juízo do pedido de medida cautelar nas representações oferecidas pelo Procurador-Geral da República<sup>44</sup>.

A previsão constitucional de medida cautelar nas Ações Diretas é regulada hoje pela Lei nº 9.868/99, através dos seus artigos 10 a 12.

Salvo no período de recesso, a medida deve ser concedida por decisão da maioria absoluta dos ministros do Tribunal, sendo que pelo menos oito ministros devem estar presentes na sessão plenária (artigos 10 e 22). Estando o Tribunal de recesso, compete ao seu presidente analisar e decidir sobre o pedido cautelar, (artigo 13, inciso VIII, do Regimento Interno do Supremo)<sup>45</sup>. Em caso de excepcional urgência, a medida pode ser deferida sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado (artigo 10, parágrafo terceiro).

A decisão que concede tal medida possui eficácia *erga omnes* e, via de regra, efeitos *ex nunc* (artigo 11, parágrafo primeiro). Ela também torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário (artigo 11, parágrafo segundo).

Em que pese não seja a intenção deste trabalho fazer críticas à Constituição Federal ou à Lei nº 9.868/99, cabe observar que é equivocada a expressão “medida cautelar” contida nesses dois diplomas.

As tutelas de urgência podem ter natureza satisfativa (antecipação de tutela) ou conservativa (cautelar). Enquanto a primeira importa na efetiva satisfação da parte, a segunda constitui instrumento para que o próprio processo seja, a seu tempo, útil, o que, segundo a clássica lição de Piero Calamandrei, constitui o “instrumento do instrumento”<sup>46</sup>. Ora, ao conceder a medida aqui tratada, a Suprema Corte acaba por suspender a vigência da lei ou do ato normativo impugnado<sup>47</sup>, de modo que certamente é prestada uma tutela de natureza satisfativa, e não apenas conservativa. Nesse sentido, Arthur Maximus Monteiro refere inclusive que tal provimento se trata de um julgamento antecipado da ação:

Trata-se de verdadeira antecipação de julgamento da demanda. Não é por outra razão que, neste caso, o requisito de plausibilidade do direito é mais estrito (“prova inequívoca da verossimilhança” do direito alegado), enquanto na medida cautelar exige-se da parte tão somente a aparência de plausibilidade (“*fumus boni iuris*”) desse mesmo direito. [...] Embora os

<sup>44</sup> MENDES, Gilmar Ferreira e VALE, André Rufino do. **Questões atuais sobre as medidas cautelares no controle abstrato de constitucionalidade**. Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: 2011/2012. pp. 4 e 5.

<sup>45</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno**. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2020.

<sup>46</sup> ALVIM, Eduardo Arruda; GRANADO, Daniel Willian e FERREIRA, Eduardo Aranha. **Direito processual civil**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 459.

<sup>47</sup> FUX, Luiz. Art. 102. In: MORAES, Alexandre de *et al.* **Constituição Federal comentada**. Equipe Forense (org.). 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 920.

efeitos de tais medidas sejam ordinariamente *ex nunc*, o fato é que não deixam de ser um julgamento antecipado da demanda<sup>48</sup>.

Independentemente da nomenclatura que foi utilizada nele, fato é que o artigo 102, inciso I, alínea “p”, da Constituição da República trata-se de previsão de uma tutela provisória constitucional. Pode-se perceber que aqui a intenção do constituinte foi criar, no âmbito do processo constitucional, um instrumento capaz de retirar provisoriamente do ordenamento jurídico lei ou ato normativo com grande possibilidade de padecer de inconstitucionalidade e de, conseqüentemente, causar danos na conjuntura social.

#### **4. As decisões cautelares monocráticas diante da Cláusula de Reserva de Plenário**

Finalizadas todas as considerações relevantes para a compreensão da Ação Direta de Inconstitucionalidade, das decisões cautelares e da Cláusula de Reserva de Plenário, chega-se ao capítulo que constitui o cerne do presente trabalho. Nele, será feito um apanhado das principais posições que a doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal têm sobre o problema aqui analisado: A (in) compatibilidade das decisões monocráticas em Ações Diretas de Inconstitucionalidade com o artigo 97 da Constituição Federal.

Conforme já visto acima, a concessão de medida cautelar em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade encontra previsão na Constituição Federal, no seu artigo 102, inciso I, alínea “p”, sendo o procedimento regulado pela Lei nº 9.868/99, nos seus artigos 10 a 12.

Igualmente, o artigo 10 desta lei prevê que a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal. Este dispositivo prevê uma única hipótese em que não será necessário o julgamento colegiado, que é o período de recesso.

Outrossim, conforme o artigo 98 da Constituição Federal, é necessário o voto da maioria absoluta dos seus membros para que o Supremo Tribunal Federal declare a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo.

Portanto, sendo o período de recesso a única hipótese legal em que o Ministro relator pode conceder medida cautelar suspendendo a lei ou o ato objeto da ação, a concessão de tal medida em outras hipóteses se trataria de uma violação ao artigo 10 da referida Lei? Ainda, haveria uma ofensa ao artigo 97 da Constituição?

##### **4.1. Posicionamento da doutrina sobre o problema**

Como se pode perceber, em razão da grande especificidade do problema aqui identificado, as posições doutrinárias apanhadas são escassas. .

---

<sup>48</sup> MONTEIRO, Arthur Maximus *apud* RODRIGUES, Nathália Souza. **Problemáticas da tutela cautelar na jurisdição constitucional brasileira**. Regente da disciplina: Prof. Dr. José de Melo Alexandrino. Relatório apresentado à disciplina de Direito Constitucional, no âmbito do curso de Mestrado - Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, 2017. p. 30.

Gilmar Mendes e André Rufino do Vale são firmes e diretos ao afirmarem que as “medidas liminares decididas de forma monocrática são em regra ilegais, por violação à Lei 9.868/99 (artigo 10), e inconstitucionais, por afronta à Constituição (artigo 97)”<sup>49</sup>. Segundo esses autores, tanto a decisão de mérito (final) como a decisão cautelar (provisória) devem ser reservadas ao plenário do Tribunal, pois ambas produzem efeitos diretos sobre a vigência da norma que é objeto da ação<sup>50</sup>. Assim sendo, a exceção prevista no artigo 10, *caput*, da Lei 9.868/99 seria a única hipótese em que as decisões monocráticas em Ações Diretas não seriam ilegais ou inconstitucionais, hipótese essa que não decorreria do caráter urgente da medida cautelar, mas “da impossibilidade de reunião de todos os membros do Tribunal nos períodos de recesso”<sup>51</sup>.

No entanto, sustentam eles, a lei não poderia prever todas as possíveis hipóteses configuradoras da urgência da pretensão cautelar. Isso porque “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, haveria também a possibilidade de o relator decidir monocraticamente sobre a concessão dessa medida com base no seu poder geral de cautela. Igualmente, poder-se-ia considerar a possibilidade de aplicação analógica do parágrafo primeiro do artigo 5º da Lei 9.882/99, o qual permite a concessão de medida liminar monocrática pelo relator em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave<sup>52</sup>.

Pode-se perceber que essa possibilidade não teria previsão expressa no Regime Interno da Suprema Corte, tanto que tais autores concluem referindo que “é preciso regulamentar o uso do poder geral de cautela pelo Relator nas ações do controle abstrato de constitucionalidade”<sup>53</sup>.

Pedro Lenza, de outra parte, ao discorrer sobre o artigo 97 da Constituição, refere *en passant* que não há a necessidade de se observar essa regra nas hipóteses de decisão em sede de medida cautelar, já que, nessas hipóteses, não há decisão definitiva<sup>54</sup>.

---

<sup>49</sup> MENDES, Gilmar Ferreira e VALE, André Rufino do. **Questões atuais sobre as medidas cautelares no controle abstrato de constitucionalidade**. Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: 2011/2012. p. 14.

<sup>50</sup> MENDES, Gilmar Ferreira e VALE, André Rufino do. **Questões atuais sobre as medidas cautelares no controle abstrato de constitucionalidade**. Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: 2011/2012. pp. 5 e 6.

<sup>51</sup> MENDES, Gilmar Ferreira e VALE, André Rufino do. **Questões atuais sobre as medidas cautelares no controle abstrato de constitucionalidade**. Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: 2011/2012. p. 9

<sup>52</sup> MENDES, Gilmar Ferreira e VALE, André Rufino do. **Questões atuais sobre as medidas cautelares no controle abstrato de constitucionalidade**. Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: 2011/2012. p. 10

<sup>53</sup> MENDES, Gilmar Ferreira e VALE, André Rufino do. **Questões atuais sobre as medidas cautelares no controle abstrato de constitucionalidade**. Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: 2011/2012. p. 14

<sup>54</sup> LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 22ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. pp. 299 e 300.

## 4.2. Posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o problema

O Supremo Tribunal Federal, em decisões mais antigas, já se posicionava pela possibilidade de construção de outra exceção à regra geral da colegialidade prevista no artigo 10 da Lei 9.868/99: O risco de grave lesão ao resultado útil do processo quando a apreciação da cautelar for feita apenas na próxima sessão do plenário do Tribunal.

O Ministro Ayres Britto, em decisão proferida em 2004 em Ação Direta na qual foram impugnados dispositivos da Lei da Política Energética Nacional (Lei nº 9.478/97), entendeu possível a concessão de cautelar monocrática diante da patente urgência que foi comprovada naquela ação, pois a eventual concessão posterior da medida seria completamente ineficaz. Ao conceder a medida, argumentou o Ministro:

Com efeito, nas circunstâncias que permeiam o ajuizamento desta ação direta de inconstitucionalidade, a premência quanto à necessidade de exame da medida liminar postulada salta da simples consideração de que a Agência Nacional de Petróleo (ANP) já fez publicar, embasada, precisamente, na lei federal aqui adversada, edital de convocação dos interessados para participarem, nos dias 17 e 18 de agosto do corrente ano, da sexta rodada de licitações de áreas de exploração e produção de petróleo e gás natural (fls. 44/51). E é claro que uma decisão judicial pelos trâmites usuais já se daria bem depois de consumado tal proceder licitatório. Pelo que me convenço de que a situação exige mesmo uma pronta apreciação do provimento acautelatório requestado<sup>55</sup>.

Em decisão mais recente, proferida em 2009, a Ministra Cármen Lúcia adotou o mesmo entendimento ao deferir cautelar monocrática em Ação Direta na qual se impugnava o inciso I do artigo 3º da Emenda Constitucional 58/2009, o qual alterou a composição das câmaras de vereadores em todo o país. Posteriormente, ao ratificar a cautelar, salientou ela:

Faço questão de salientar que a pouca ortodoxia da apreciação monocrática, pelo Relator, da cautelar requerida em ação direta de inconstitucionalidade deve-se, exclusivamente, à excepcionalidade da situação e aos riscos decorrentes do aguardo da providência pela instância natural deste Supremo Tribunal, qual seja, este Egrégio Plenário, até a sessão em que o processo viesse a ser apregoado para apreciação, ainda que em regime de prioridade e urgência, uma vez que as posses dos novos vereadores estavam ocorrendo em vários Municípios brasileiros<sup>56</sup>.

De outra banda, há precedentes em que o Supremo Tribunal Federal, analisando alegações de descumprimento da Cláusula de Reserva de Plenário por parte de magistrados de segunda instância, esposou o entendimento de que, em razão da sua precariedade, a decisão monocrática que suspende a vigência de lei ou ato normativo independe da aplicação de tal

<sup>55</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3.273/DF**. Relator Ministro Ayres Britto. Brasília, 16 de agosto de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=63246>. Acesso em: 24 jun. 2020.

<sup>56</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4.307/DF**. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 11 de novembro de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4307CL.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2020.

cláusula. O entendimento firmado foi de que somente há necessidade de observância da referida cláusula na hipótese de declaração final de inconstitucionalidade.

A Ministra Cármen Lúcia, em julgamento de agravo regimental em reclamação na qual foi alegado descumprimento da Súmula Vinculante 10 em decisão monocrática de Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região, a qual concedeu efeito suspensivo a recursos ordinários interpostos em sede de Ação Civil Pública, entendeu não assistir razão ao agravante. Na ocasião, registrou a Ministra que:

A declaração a que se refere o artigo 97 da Constituição da República é a que se dá em definição definitiva de mérito, e não em decisão cautelar na qual se analisa a presença dos requisitos da fumaça do bom direito e do perigo da demora para fins de seu deferimento.

[...]

Assim, a precariedade das decisões reclamadas impede seja reconhecido o alegado desrespeito ao art. 97 da Constituição da República e à Súmula Vinculante n. 10 do Supremo Tribunal<sup>57</sup>.

O Ministro Dias Toffoli, em julgamento de agravo regimental em reclamação no qual foi alegado descumprimento da Súmula Vinculante 10 em decisão monocrática de Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, entendeu não assistir razão ao agravante. Nas palavras do Ministro:

Conforme exposto na decisão agravada, a medida cautelar constitui instrumento processual com o objetivo de resguardar, prevenir ou conservar direitos. É permitida sua aplicação pelo magistrado “quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação” (art. 798, segunda parte, do CPC). Por ser a provisoriedade característica da medida cautelar, não há falar em violação ao disposto na Súmula Vinculante nº 10, uma vez que ela abarca apenas hipóteses de declaração final da inconstitucionalidade de norma ou ato questionado<sup>58</sup>.

A Ministra Rosa Weber, em julgamento de agravo regimental em reclamação na qual foi alegado descumprimento da Súmula Vinculante 10 em decisão monocrática do Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, a qual suspendeu a eficácia da Lei Complementar Municipal 121/2009 do Município de Embu, entendeu não assistir razão ao agravante. Além de citar no seu voto os precedentes já referidos acima, a Ministra argumentou que, ao deferir pedido de tutela de urgência em sede de Ação Direta, o

---

<sup>57</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Reclamação nº. 8.848/CE**. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 17 de novembro de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1597934>. Acesso em: 24. jun. 2020.

<sup>58</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Reclamação nº. 17.288/RS**. Relator Ministro Dias Toffoli. Brasília, 25 de junho de 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6579131>. Acesso em: 06 jun. 2020.

magistrado relator “atua monocraticamente como *longa manus* do órgão colegiado na presença do *periculum in mora*”<sup>59</sup>.

## 5. Considerações finais

Da análise da doutrina e da jurisprudência trazidas no presente trabalho, algumas conclusões acerca da problemática das cautelares monocráticas nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade podem ser extraídas.

A Constituição Federal, no seu artigo 102, inciso I, outorgou ao Supremo Tribunal Federal duas competências originárias relativas à Ação Direta de Inconstitucionalidade: Uma competência para processar e julgar a ação (alínea “a”) e outra para processar e julgar os pedidos de medida cautelar nessa ação (alínea “p”). Por óbvio que os pedidos de tutela provisória formulados em ações de competência originária do Supremo somente poderiam ser apreciados pelo próprio Supremo. No entanto, a Constituição preferiu estabelecer essas duas competências distintas.

Na hermenêutica jurídica tem-se a concepção, representada pelo brocardo latino “*verba cum effectu sunt accipienda*”, de que a lei não possui palavras inúteis. Com isso, pode-se levantar a hipótese de que o constituinte originário pretendeu distinguir os efeitos processuais da medida cautelar em Ação Direta dos da decisão final proferida nessa mesma ação. A decisão final que julga procedente a ação é a que seria dotada de uma eficácia declaratória. Já a decisão que defere a medida cautelar teria apenas uma eficácia mandamental, destinando-se somente a retirar provisoriamente do ordenamento jurídico lei ou ato normativo potencialmente inconstitucional. Logo, somente se aplicaria a Cláusula de Reserva de Plenário à decisão definitiva, conforme referido por Pedro Lenza e também pelos Ministros Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Rosa Weber nos precedentes citados acima.

De outra parte, da leitura dos dispositivos da Lei 9.868/99, chega-se à conclusão inequívoca de que a intenção do legislador infraconstitucional foi a de que, exceto na hipótese de recesso judiciário, o pedido de medida cautelar em Ação Direta fosse analisado exclusivamente pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, mesmo em caso de excepcional urgência. Nesse sentido, pode se observar que o parágrafo 3º do artigo 10 desta lei autoriza a Corte a, em caso de excepcional urgência, deferir a medida cautelar sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado, mas, mesmo assim, determina a observância da apreciação em plenário prevista no caput do mesmo artigo. Desta feita, o risco de grave lesão ao resultado útil do processo, citado pelos Ministros Ayres Britto e Cármen Lúcia nos precedentes vistos acima, não é uma hipótese de deferimento de cautelar monocrática em Ação Direta.

Quanto às hipóteses de aplicação analógica do artigo 5º, parágrafo 1º, da Lei 9.882/99, e de uso do poder geral de cautela do relator, sugeridas por Gilmar Mendes e André Rufino do Vale, pode-se concluir que elas não encontram amparo na legislação.

---

<sup>59</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Reclamação nº. 11.768/SP**. Relatora Ministra Rosa Weber. Brasília, 2 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10328201>. Acesso em: 06 jun. 2020.



O poder geral de cautela do juiz está previsto no artigo 297 do Código de Processo Civil, que prevê que “o juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória”<sup>60</sup>. Como se poder ver, esse dispositivo não estabelece uma hipótese adicional de concessão tutela provisória, mas sim um poder geral que dispõe o juiz para efetivar essa tutela após o deferimento.

Outrossim, a aplicação de um dispositivo legal por analogia é prevista pelo artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/42). Segundo esse artigo, pode o magistrado decidir uma causa de acordo com a analogia somente quando a lei for omissa<sup>61</sup>. Logo, para que fosse possível a aplicação do artigo 5º, parágrafo 1º, da Lei 9.882/99 ao processo das Ações Diretas, seria necessário que a Lei 9.868/99 nada dispusesse acerca de medidas cautelares em casos de urgência.

No entanto, não existe essa omissão. Como foi visto, o artigo 10, parágrafo 3º, da Lei 9.868/99 prevê expressamente que, em caso de excepcional urgência, o Tribunal, através do seu Plenário, pode deferir a medida cautelar sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado.

Diante disso, pode-se concluir que as decisões aqui examinadas, em princípio, não violam o artigo 97 da Constituição Federal. No entanto, tais decisões, se proferidas fora do período de recesso, afrontam o artigo 10, caput, da Lei 9.868/99.

Por fim, extraídas essas conclusões, cabe esclarecer que o presente trabalho não encerra as discussões acerca das cautelares monocráticas nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade. O problema aqui analisado, em que pese revista-se de relevância e de atualidade no âmbito da jurisdição constitucional, ainda não chegou a ser objeto de análises mais aprofundadas por parte da doutrina. Assim sendo, espera-se dar uma contribuição aos futuros debates sobre a constitucionalidade e a legalidade de tais decisões.

---

<sup>60</sup> BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 15 mai. 2020.

<sup>61</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm). Acesso em: 15 mai. 2020.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Eduardo Arruda; GRANADO, Daniel Willian e FERREIRA, Eduardo Aranha. **Direito processual civil**. 6º edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de direito constitucional**. 3º edição. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). Acesso em: 8 mai. 2020.

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm). Acesso em: 8 mai. 2020.

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm). Acesso em: 8 mai. 2020.

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm). Acesso em: 8 mai. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 8 mai. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm). Acesso em: 15 mai. 2020.

BRASIL. Decreto nº 938, de 29 de dezembro de 1902. **Determina que as sentenças finais da competência do Supremo Tribunal Federal sejam proferidas com a presença de dez, pelo menos, dos juizes desimpedidos daquele Tribunal**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-938-29-dezembro-1902-585388-publicacaooriginal-108407-pl.html>. Acesso em: 8 mai. 2020.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977. **Incorpora ao texto da Constituição Federal disposições relativas ao Poder Judiciário**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc\\_anterior1988/emc07-77.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc07-77.htm). Acesso em: 8 mai. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 15 mai. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. **Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade**

**perante o Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm). Acesso em: 14 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 1.480/DF.** Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, 4 de setembro de 1997. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347083>. Acesso em: 24 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 1.727/PB.** Relator Ministro Sydney Sanches. Brasília, 3 de março de 1999. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266742>. Acesso em: 24 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 733/MG.** Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 17 de junho de 1992. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266514>. Acesso em: 24 mai. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Reclamação nº. 11.768/SP.** Relatora Ministra Rosa Weber. Brasília, 2 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10328201>. Acesso em: 06 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Reclamação nº. 17.288/RS.** Relator Ministro Dias Toffoli. Brasília, 25 de junho de 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6579131>. Acesso em: 06 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Reclamação nº. 8.848/CE.** Relatora Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 17 de novembro de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1597934>. Acesso em: 06 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3.273/DF.** Relator Ministro Ayres Britto. Brasília, 16 de agosto de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=63246>. Acesso em: 24 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4.307/DF.** Relatora Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 11 de novembro de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4307CL.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno.** Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2020.

FUX, Luiz. Art. 102. In: MORAES, Alexandre de *et al.* **Constituição Federal comentada.** Equipe Forense (org.). 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 22ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. Art. 97. *In*: MORAES, Alexandre de *et al.* **Constituição Federal comentada**. Equipe Forense (org.). 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira e VALE, André Rufino do. **Questões atuais sobre as medidas cautelares no controle abstrato de constitucionalidade**. Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: 2011/2012.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de direito constitucional**. 12ª edição. São Paulo: Atlas, 2020.

PLANALTO. **Leis delegadas**. Brasília. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-1/leis-delegadas-1>. Acesso em: 4 jun. 2020.

RODRIGUES, Nathália Souza. **Problemáticas da tutela cautelar na jurisdição constitucional brasileira**. Regente da disciplina: Prof. Dr. José de Melo Alexandrino. Relatório apresentado à disciplina de Direito Constitucional, no âmbito do curso de Mestrado - Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, 2017.

STRECK, Lênio Luiz. **A decisão de um ministro do STF pode valer como medida provisória?** Consultor Jurídico, 4 dez. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-dez-04/senso-incomum-decisao-ministro-stf-valer-medida-provisoria>. Acesso em: 12 mar. 2020.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 17ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.