

**UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO”
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS**

LAURA RIZZO

**AS LIMINARES NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: ESTUDO
COMPARADO E A CONCESSÃO INDIVIDUAL PELOS MINISTROS DO STF**

FRANCA – SP

2022

LAURA RIZZO

**AS LIMINARES NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: ESTUDO
COMPARADO E A CONCESSÃO INDIVIDUAL PELOS MINISTROS DO STF**

Dissertação apresentada à Faculdade de
Ciências Humanas e Sociais da UNESP –
Campus de Franca, como pré-requisito para
defesa de dissertação de Mestrado.

Área de concentração: Cidadania Civil e
Política e Sistemas Normativos

Orientador: Prof. Dr. José Duarte Neto

FRANCA – SP

2022

R627l Rizzo, Laura

As liminares no controle de constitucionalidade : estudo comparado e a concessão individual pelos ministros do STF / Laura Rizzo. -- Franca, 2022

175 p. : il., tabs.

Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual Paulista (Unesp), Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca
Orientador: José Duarte Neto

1. Controle de Constitucionalidade. 2. Medidas liminares. 3. Direito Comparado. 4. Vigência Normativa. 5. Vigência Fática. I. Título.

Sistema de geração automática de fichas catalográficas da Unesp. Biblioteca da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca. Dados fornecidos pelo autor(a).

Essa ficha não pode ser modificada.

LAURA RIZZO

**AS LIMINARES NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: ESTUDO
COMPARADO E A CONCESSÃO INDIVIDUAL PELOS MINISTROS DO STF**

Dissertação apresentada à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da UNESP – Campus de Franca, como pré-requisito para defesa de dissertação de Mestrado. Área de concentração: Cidadania Civil e Política e Sistemas Normativos.

BANCA EXAMINADORA:

Presidente:

Prof. Dr. José Duarte Neto, UNESP

1ª Examinador:

Prof. Dr. Roger Stiefelmann Leal, USP

2º Examinador:

Prof. Dr. Rubens Beçak, UNESP

Franca-SP, 24 de junho de 2022

Para meus pais, infalíveis na capacidade de
amar e apoiar, cada um à sua maneira.

RESUMO

O Controle de Constitucionalidade, decorrente da supremacia formal da Constituição, é uma das garantias à estabilidade e preservação da obra do Poder Constituinte Originário: pretende assegurar a adequação das normas e atos normativos do Poder Público à Carta Magna. No sistema jurídico brasileiro, o Supremo Tribunal Federal possui a competência concentrada para o exercício do controle abstrato de Constitucionalidade e, no bojo de tais processos, compete-lhe também julgar o pedido de medida cautelar (art. 102, I, “p”, da CF/88). Ocorre que a concessão da medida liminar possui efeitos diretos sobre a vigência da norma, razão pela qual, considerando-se a regra da reserva de plenário (*full bench*) prevista no artigo 97 da CF/88, é imprescindível analisar a constitucionalidade de sua concessão monocrática. Percebe-se, em verdade, uma contradição legislativa na regulamentação do instituto: a Lei nº 9.868/99 e a Lei nº 9.882/99 preveem hipóteses distintas para a concessão individual de cautelares conforme a ação impetrada. Além da problemática legal, tem-se o agravante da atuação do próprio Supremo Tribunal Federal: tornou-se corrente a concessão monocrática de cautelares em ações abstratas mesmo fora dos períodos de recesso. Assim, utilizando-se do levantamento bibliográfico e predominantemente dos métodos dedutivo e comparativo, a presente pesquisa propõe-se a fazer um estudo comparado acerca dos institutos sob análise, quais sejam, o controle de constitucionalidade e as cautelares, e os pressupostos para sua concessão nos sistemas americano e austríaco. Após, será analisado o próprio modelo brasileiro de controle de constitucionalidade abstrato e a inserção das cautelares na evolução constitucional, a fim de se averiguar os efeitos que seu deferimento causa sobre a validade e eficácia da norma impugnada. Para tanto, será investigada a própria atuação do Supremo Tribunal Federal quanto à concessão individual de liminares. Visa-se, com isso, analisar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da concessão monocrática de cautelares em sede de controle abstrato.

Palavras-chave: Controle de Constitucionalidade; Medidas Liminares; Direito Comparado; Vigência Normativa; Vigência Fática.

ABSTRACT

The Judicial Review, which results from the formal supremacy of the Constitution, is one of the guarantees for the stability and preservation of the work of the Original Constituent Power: it intends to ensure the adequacy of the norms and normative acts of the Public Power to the Constitution. In the Brazilian legal system, the Federal Supreme Court has concentrated competence to exercise the abstract control of Constitutionality and, in such processes, it is also responsible for judging the request for precautionary measure (art. 102, I, "p", of CF/88). It turns out that the granting of the preliminary injunction has direct effects on the validity of the rule, which is why, considering the full bench rule in article 97 of CF/88, it is essential to analyze the constitutionality of the monocratic grant. In fact, a legislative contradiction can be seen in the regulation of the institute: Law No. 9,868/99 and Law No. 9,882/99 provide for different hypotheses for the granting of individual injunctions, according to the action filed. In addition to the legal issue, there is an aggravating factor in the actions of the Federal Supreme Court itself: the monocratic granting of injunctions in abstract actions has become commonplace, even outside recess periods. Thus, using the bibliographic survey and predominantly deductive and comparative methods, this research proposes to make a comparative study about the institutes under analysis, namely, the Judicial Review and the preliminary injunctions, and the presuppositions for their concession in the American and Austrian systems. Afterwards, the Brazilian model of abstract judicial review and the insertion of the preliminary injunctions in the constitutional evolution will be analyzed, in order to verify the effects that their granting causes on the validity and effectiveness of the contested rule. To this end, the role of the Federal Supreme Court will be investigated in terms of the individual granting of injunctions. With this, the aim is to analyze the constitutionality or unconstitutionality of the monocratic granting of injunctions in the abstract control.

Key-words: Judicial Review; Preliminary Injunctions; Comparative Law; Normative Effectiveness; Factual Effectiveness.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Gráfico 1 - N° de liminares por ano no controle concentrado	127
Gráfico 2 - N° de liminares individuais por ação (2000-2009)	128
Gráfico 3 - N° de liminares individuais por ação por ano (2010-2021)	129
Gráfico 4 - N° de liminares individuais por ano no controle concentrado	130
Gráfico 5: Quantidade de liminares monocráticas não mais vigentes conforme o tempo de vigência.....	132
Gráfico 6 - Quantidade de liminares monocráticas ainda vigentes conforme o tempo de vigência.....	133
Gráfico 7 - Dispositivo da liminar monocrática conforme o ano da decisão (2000-2009)	134
Gráfico 8 - Dispositivo da liminar monocrática conforme o ano da decisão (2010-2021)	135

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - N° de ações do controle concentrado autuadas no STF:	126
Tabela 2 - Ações selecionadas em razão do grande intervalo temporal entre a autuação e a decisão individual	136
Tabela 3 - Ações selecionadas em razão do pequeno intervalo entre a decisão individual e a análise colegiada.....	140

LISTA DE ABREVIATURAS

art. - artigo

Min. – Ministro

n. - número

Rcl. - Reclamação

Rel. - Relator

Rp. - Representação

ss. - seguintes

LISTA DE SIGLAS

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CF/88 – Constituição Federal de 1988

CPC – Código de Processo Civil

DJ – Diário de Justiça

DJe – Diário de Justiça Eletrônico

EC – Emenda Constitucional

MC – Medida Cautelar

MS – Mandado de Segurança

RISTF – Regimento Interno STF

RTJ – Revista Trimestral de Jurisprudência do STF

STF – Supremo Tribunal Federal

USSC – US Supreme Court

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 PREMISSAS ESTRUTURAIS: O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E AS LIMINARES	17
2.1 Pressupostos teóricos do controle de constitucionalidade	17
2.1.1 <i>Supremacia constitucional</i>	17
2.1.2 <i>Presunção de constitucionalidade das normas e regra do full bench</i>	21
2.2 Medida processual acautelatória: a liminar e a tutela de interesses concretos	30
2.3 Características do controle de constitucionalidade abstrato brasileiro	34
2.3.1 <i>Efeitos da decisão de inconstitucionalidade quanto à existência, vigência e eficácia da norma impugnada no controle abstrato</i>	40
3 A PROTEÇÃO ACAUTELATÓRIA NO DIREITO COMPARADO: OS SISTEMAS AMERICANO E AUSTRIACO DE CONTROLE.....	44
3.1 O judicial review americano	44
3.1.1 <i>Estrutura do controle e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade</i>	48
3.1.2 <i>Preliminary injunctions: as liminares no judicial review para a tutela de interesses concretos.....</i>	53
3.1.3 <i>Requisitos para a concessão: a excepcionalidade da medida</i>	56
3.1.4 <i>O problema das national injunctions.....</i>	60
3.2 O controle de constitucionalidade austríaco	71
3.2.1 <i>Estrutura atual do controle e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade.....</i>	75
3.2.2 <i>Das possíveis medidas a serem tomadas pelos tribunais inferiores e a necessidade de aguardar a decisão final da Corte sobre a inconstitucionalidade.....</i>	84
3.2.3 <i>A proteção em caso de violação de direitos fundamentais em concreto e a possibilidade de suspensão da eficácia da decisão administrativa impugnada.....</i>	88
4 AS LIMINARES NO HISTÓRICO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE ABSTRATO BRASILEIRO	94
4.1 Objeto das liminares: sua admissão e resistência no histórico jurisprudencial	95
4.2 Regulamentação e o procedimento para a concessão das liminares nos processos objetivos: o poder geral de cautela.....	106
4.3 Conteúdo e natureza jurídica das liminares	119
4.4 Efeitos da liminar sobre a ordem jurídica	122
5 A CONCESSÃO INDIVIDUAL DE LIMINARES NA JURISPRUDÊNCIA DO STF	125
5.1 Análise quantitativa.....	126
5.1.1 <i>Quantas liminares foram concedidas individualmente fora do recesso?</i>	126
5.1.2 <i>Quanto tempo permaneceram vigentes?</i>	131

5.2 Análise qualitativa	133
5.2.1 <i>Qual o dispositivo da decisão?</i>	133
5.2.2 <i>Há referendo pelo colegiado?</i>	135
5.3 Resultado das análises: a regulamentação prática das liminares pela jurisprudência	142
5.4 O <i>periculum in mora</i> e a liminar no controle de constitucionalidade abstrato	148
6 CONCLUSÃO.....	151
REFERÊNCIAS	158

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa ocupa-se do estudo sobre a concessão de liminares no bojo do controle de constitucionalidade. O Supremo Tribunal Federal, órgão jurisdicional brasileiro encarregado da guarda da Constituição Federal, inclina-se ao deferimento habitual de provimentos provisórios com eficácia *erga omnes* que suspendem de forma precária a eficácia de atos normativos, que carregam (ou deveriam carregar) consigo a presunção de constitucionalidade. Mas o que é ainda mais preocupante é a concessão individual desses provimentos, especialmente se considerada a tendência de estabilização de seus efeitos. Referida precariedade vai diretamente de encontro à presunção de constitucionalidade e à regra do *full bench*.

As regras e princípios constitucionais não são um fim em si mesmo, mas visam resguardar valores e determinações caras ao nosso Estado Constitucional Democrático. É necessário à supremacia constitucional a aplicação das normas da Constituição de maneira a preservar o sentido de direito nela exposto, ou seja, devem incidir inclusive e especialmente no procedimento para a averiguação da constitucionalidade.

O controle de constitucionalidade brasileiro encontra suas raízes no modelo americano, difuso e concreto, mas sua expansão na segunda metade do século XX liga-se às influências do modelo europeu, concentrado e abstrato, e tem como reflexo a introdução das ações diretas em nossa ordem constitucional. A Representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, introduzida na Constituição de 1946 pela Emenda 16/65, atribuiu ao Supremo Tribunal Federal a tarefa típica das cortes constitucionais: a aferição em abstrato da compatibilidade das normas com a Constituição, missão que foi mantida e encontra-se ainda erigida a nível constitucional. O procedimento para a declaração de inconstitucionalidade, com efeitos vinculantes e *erga omnes*, encontra-se atualmente no artigo 97 da Constituição que prevê a denominada regra da reserva de plenário, ou *full bench*, e exige o voto da maioria absoluta dos membros do tribunal.

A liminar, instituto tipicamente processual, quando inserta na jurisdição constitucional permite o afastamento precário da eficácia da norma impugnada também de forma vinculante e *erga omnes* se verificado o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Seu procedimento em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) é regulado por lei ordinária, a Lei nº 9.868/99, que em consonância com a diretriz constitucional exige o voto da maioria absoluta dos membros da Corte para a concessão, salvo nos períodos de recesso, mas *ad*

referendum do plenário. Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), a Lei nº 9.882/99 exige a deliberação colegiada por maioria absoluta, ressalvados, além do período de recesso, os casos de extrema urgência ou perigo de lesão grave. A jurisprudência do STF revela, contudo, a multiplicação de casos em que a cautelar é deferida monocraticamente fora do recesso e sem a devida justificativa que fundamente a subtração da competência do colegiado, em violação ao art. 97 da CF/88.

Diante desse quadro, o *problema* a ser analisado é o crescente número de concessões monocráticas de liminares nas ações diretas do controle abstrato sem a devida referência aos motivos específicos que autorizariam o deferimento individual, quadro esse que é agravado pelo fato de os efeitos do provimento liminar e do provimento de mérito em muito se assemelharem e em razão do grande intervalo de tempo entre a decisão individual e o referendo.

A hipótese levantada se traduz na seguinte ideia: *as liminares individuais são incompatíveis com os pressupostos teóricos e os princípios do controle de constitucionalidade abstrato.*

Para confirmar ou refutar a hipótese levantada, a pesquisa teve como *objetivo* analisar referidos pressupostos teóricos e princípios, se as liminares encontram guarida nos sistemas matrizes que influenciaram a estruturação do controle de constitucionalidade brasileiro, a inserção do instituto processual na jurisprudência do STF e, por fim, a análise prática da concessão individual no bojo da fiscalização abstrata.

Quanto à *metodologia*, para a elaboração da segunda e da terceira seções utilizou-se principalmente da revisão bibliográfica guiada pelo método dedutivo, buscando-se através da análise doutrinária geral as conclusões sobre as premissas do controle de constitucionalidade, e pelo método comparativo, para o estudo da proteção acautelatória nos sistemas americano e austríaco. Na terceira seção há também, de forma pontual, a revisão da jurisprudência estrangeira guiada pelo método indutivo. Já a quarta e quinta seções, que se dedicam à análise específica da jurisprudência brasileira, guiaram-se pelo método indutivo mas com a especial preocupação de não promover generalizações indevidas de casos específicos, razão pela qual a pesquisa quantitativa e a qualitativa das decisões monocráticas dos ministros do STF realizou alguns recortes, conforme será exposto.

Considerando os objetivos e a metodologia, a segunda seção dedica-se a estabelecer premissas estruturais para o desenvolvimento do tema e fundamentação da conclusão. Tem início com os aspectos gerais do controle de constitucionalidade: a supremacia constitucional, que estabelece a imprescindibilidade de harmonização dos atos normativos com a Constituição e a necessidade do controle em si; e a regra do *full bench*, fundada na presunção de

constitucionalidade, aplicável ao processo de controle. Tendo em vista a preocupação quanto à confusão entre a tutela de interesses concretos, típica dos processos subjetivos, e a tutela da ordem jurídica, objetivo precípua do controle abstrato, sentiu-se a necessidade de abordar aspectos teóricos quanto a essa diferenciação. Essa preocupação justifica-se em razão dos requisitos exigidos para a concessão de liminares que se transpõem do processo subjetivo para o objetivo, e, por isso, nesta seção inicial abordou-se o conceito e a finalidade das liminares conforme a doutrina processualista, tendo em vista ser instituto típico e ínsito a esse ramo do direito. Por fim, trata-se na segunda seção das características do controle no Brasil, com ênfase à configuração do controle abstrato e nos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, para assim ser possível, posteriormente na seção 4, inserir as liminares nesse histórico organizacional.

Na terceira seção é feita a análise da concessão de liminares no bojo dos processos de controle de constitucionalidade dos sistemas matrizes que influenciaram a estruturação do modelo brasileiro. Do americano é possível inferir a excepcionalidade que as caracteriza (medidas excepcionais) e a tutela específica que os requerentes pretendem obter com ela (proteção de interesses subjetivos). Também é analisado o controle nos moldes originalmente previstos por Kelsen para a compreensão de sua finalidade (garantia da supremacia formal e tutela da ordem jurídica), bem como se há previsão ou não de liminares no procedimento austríaco. Com isso pretende-se diferenciar a tutela objetiva da ordem jurídica da tutela subjetiva de interesses, cujo conceito e premissas foram expostos na seção 2. Em razão da presunção de constitucionalidade das leis, o provimento provisório deve ser encarado como exceção, e não como antecipação do provimento definitivo sempre que se verificar a probabilidade do direito a partir de mera cognição sumária.

A quarta seção dedica-se ao estudo da inserção das liminares no controle abstrato brasileiro: como o STF admitiu referido instituto mesmo sem haver previsão constitucional e legal e a naturalização paulatina do deferimento, inclusive monocrático. Trata-se, portanto, de pesquisa jurisprudencial e de análise do atual procedimento legal e regimental exigido para a concessão, bem como do conteúdo, da natureza jurídica e dos efeitos da liminar sobre a ordem jurídica. Este último tópico liga-se diretamente ao estudo dos efeitos da decisão de mérito que declara a inconstitucionalidade do ato normativo impugnado, feita ao final da seção 2.

Por fim, na quinta seção analisa-se a concessão individual de liminares na jurisprudência do STF. Para que não houvesse a generalização indevida dos resultados foi feito um recorte temporal e outro de objeto: a pesquisa quantitativa englobou as decisões liminares monocráticas em sede de ADI, ADC, ADO e ADPF proferidas no período de janeiro de 2000 a dezembro de

2021. O marco temporal utilizado foi a data da decisão, vale dizer, mesmo que a ação tenha sido ajuizada antes de 2000, se a liminar foi proferida após, ela está incluída na pesquisa. A análise qualitativa teve como foco o dispositivo da decisão monocrática (deferida, deferida parcialmente ou indeferida) e se houve ou não referendo do plenário.

A pesquisa encaminha-se à confluência dos referenciais teóricos com os dados levantados para confirmar a hipótese inicialmente arguida. O esforço empreendido visa fornecer substrato ao debate sobre como a atuação monocrática enfraquece os princípios do controle de constitucionalidade e a segurança jurídica e ignora a excepcionalidade da suspensão provisória da eficácia normativa.

2 PREMISSAS ESTRUTURAIS: O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E AS LIMINARES

Tratar da concessão de liminares pelo Supremo Tribunal Federal no bojo dos processos objetivos de controle de constitucionalidade pressupõe o exame de aspectos conceituais que tangenciam o tema. Referida exposição é necessária para melhor elucidar o que se pretende discutir e para fornecer o substrato das conclusões alcançadas ao longo da pesquisa, vale dizer, para fundamentar a confirmação ou não da hipótese inicialmente arguida. O estudo das premissas estruturais será feito em três partes: sobre o controle de constitucionalidade (2.1), as liminares (2.2) e o sistema brasileiro de controle (2.3).

2.1 Pressupostos teóricos do controle de constitucionalidade

2.1.1 Supremacia constitucional

Partindo-se da premissa de que a ordem jurídica não é um sistema em que as normas se encontram dispostas no mesmo plano, mas sim escalonadas em diferentes níveis, tem-se que as leis devem estar em conformidade com a Constituição, que ocupa o ponto mais elevado no escalonamento¹. A norma constitucional é superior não apenas às leis em sentido estrito, mas aos atos normativos de forma geral, que devem estar em conformidade com suas disposições. Trata-se da supremacia formal da Constituição². A análise dos fundamentos de referida

¹ Sobre o tema, tem-se a construção teórica de Hans Kelsen: “Através das múltiplas transformações por que passou, a noção de Constituição conservou um núcleo permanente: a idéia de um princípio supremo determinando a ordem estatal inteira e a essência da comunidade constituída por essa ordem. Como quer que se defina a Constituição, ela é sempre o fundamento do Estado, a base da ordem jurídica que se quer apreender [...] é um princípio em que se exprime juridicamente o equilíbrio das forças políticas no momento considerado, é a norma que rege a elaboração das leis, das normas gerais para cuja execução se exerce a atividade dos organismos estatais, dos tribunais e das autoridades administrativas. Essa regra para a criação das normas jurídicas essenciais do Estado, a determinação dos órgãos e do procedimento da legislação, forma a Constituição no sentido próprio, original e estrito da palavra. Ela é a base indispensável das normas jurídicas que regem a conduta recíproca dos membros da coletividade estatal, assim como das que determinam os órgãos necessários para aplicá-las e impô-las, e a maneira como devem proceder, isto é, em suma, o fundamento da ordem estatal”. (KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013. p. 130-131). Ressalta-se que, em que pese a estruturação teórica a respeito do escalonamento feita por Kelsen, a ideia de supremacia constitucional já estava anteriormente presente na doutrina. A título de exemplo, menciona-se o artigo federalista n. 78, de Alexander Hamilton, do qual é possível inferir a afirmação de superioridade da Constituição com relação aos demais atos normativos: “Não há posição que se apóie em princípios mais claros que aquela de que todo ato de um poder delegado que contrarie a mandato sob o qual é exercido é nulo. Portanto, nenhum ato legislativo contrário à Constituição pode ser válido.” (HAMILTON, Alexander; MADISON, James. JAY, John. **Os artigos federalistas**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. p. 480).

² A supremacia também pode ser encarada a partir de seu viés material, vale dizer, as normas constitucionais são consideradas superiores em razão de seu conteúdo, essencial à estruturação estatal e garantia de direitos fundamentais. Tal discussão foge ao escopo da pesquisa e, nas palavras de Elival da Silva Ramos, “perde-se no

superioridade foge ao escopo do presente trabalho³, que se erige em torno de suas decorrências, mais especificamente, a forma de garanti-la.

Os atos normativos devem estar em consonância com a Constituição, mas é possível que eventualmente a contrariem e estejam em situação de desconformidade ou contrariedade com a norma superior, o que caracteriza o vício de inconstitucionalidade e as faz ser incompatíveis com a ordem jurídica. Se retiram seu fundamento de validade daquela, só poderão subsistir se não a contrariarem.

Elival da Silva Ramos adverte quanto à possibilidade de se compreender a inconstitucionalidade ora como *vício* ora como *sanção*, mas esta seria, em verdade, a consequência atribuída pelo regime jurídico ao ato contrário à Constituição, e por isso não se confunde com a violação perpetrada por ele⁴. A sanção pode tomar formas distintas a depender do sistema de controle adotado, conforme será melhor elucidado nos itens próprios, razão pela qual o termo *inconstitucionalidade* será empregado na presente pesquisa para referir-se ao fenômeno de contrariedade do ato à Constituição, ou seja, ao seu vício.

A inconstitucionalidade caracteriza-se pela incompatibilidade vertical das normas inferiores com a Constituição⁵. Uma lei será inconstitucional quando contiver, “[...] no todo ou em parte, preceitos incompatíveis com a Constituição”⁶. Mas por *preceitos* não podem ser compreendidos apenas os dispositivos da lei: o procedimento de elaboração (processo legislativo), o conteúdo e as interpretações dadas a ela devem estar de acordo com a norma superior. Mesmo que o fragmento sob análise não a viole diretamente, ainda assim será caso de

tempo”, especialmente se considerada a adoção de Constituições analíticas, de normatividade extensa, e os elementos ideológicos, culturais e políticos que tendem a conformar o conteúdo das Constituições em cada Estado. O debate em torno da supremacia material, atualmente, é secundário quando comparado ao da supremacia formal (RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 20-26).

³ Manoel Gonçalves Ferreira Filho afirma que o fundamento da superioridade, especialmente nos países latinos, repousa na teoria do poder constituinte, com base nas lições de Sieyès. Trata-se, todavia, de ficção jurídica, pois a Constituição nem sempre é fruto da reunião extraordinária de representantes da nação especialmente designados para esse fim (na verdade, a prática mostra que a regra é que não seja). Além disso, nos Estados Unidos não se desenvolveu a teoria do poder constituinte e, mesmo assim, o país é regido por uma Constituição dotada de superioridade, ideia essa que já estava presente nos próprios artigos federalistas. Assim, o autor associa a tese de Schmitt à lição de Burdeau para afirmar que ideia de direito traduzida na decisão política do constituinte (Constituição) é que fundamenta sua superioridade Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 59-78 e 92-100; e FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 17-19.

⁴ RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 50-51.

⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 47.

⁶ BITTENCOURT, Lucio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 53.

inconstitucionalidade se violar a ideia de direito contida em seu texto. Toda norma que viole a essência constitucional estará eivada de vício de inconstitucionalidade.

A regra do *full bench* ou reserva de plenário, por exemplo, prevista no artigo 97 da Constituição Federal de 1988 (CF/88), visa resguardar a legitimidade do processo democrático, a segurança jurídica e a confiança no sistema jurídico. Será objeto de análise mais detida nos próximos itens, mas desde já pretende-se deixar claro a pertinência do que se afirma: a supremacia formal exige a extirpação de normas que violem a Constituição, mas se o procedimento empregado para tanto não obedecer a regra do *full bench* e desrespeitar os princípios mencionados, haverá igualmente uma situação de desconformidade. Pode ser feito inclusive um paralelo com o vício de inconstitucionalidade formal: mesmo que o conteúdo da lei esteja perfeitamente de acordo com o texto da Constituição, se decorrer de processo legislativo irregular, contrário às normas procedimentais fixadas, padecerá de vício de inconstitucionalidade formal e não poderá subsistir na ordem jurídica. Em outras palavras, por mais que a norma objeto do controle viole a Constituição, se o procedimento adotado para averiguar essa incompatibilidade e afastar sua eficácia for contrário às normas constitucionais, o próprio reconhecimento da inconstitucionalidade será viciado. A reserva de plenário visa resguardar a presunção de constitucionalidade, e se essa pode ser afastada de forma provisória por meio de uma liminar, o procedimento para tanto deve observar a regra constitucional, sob pena de violação da supremacia.

As disposições constitucionais estabelecem os alicerces da ordem estatal e são o fundamento das leis que disciplinam a atuação do Estado. Nas palavras de Kelsen, não se trata apenas de “[...] uma regra de procedimento, mas também uma regra de fundo”, pois uma lei será inconstitucional se seu conteúdo violar os princípios ou diretivas da Constituição ou quando exceder seus limites⁷. Ou seja, as normas constitucionais têm uma razão de ser, e se essa for violada, o ato que o fizer padecerá do mesmo vício (inconstitucionalidade) de uma lei que viola frontalmente algum dispositivo constitucional, e não poderá subsistir. Não se trata de inconstitucionalidade reflexa⁸, mas direta.

Em suma, a superioridade impõe que os atos normativos infraconstitucionais estejam em consonância com a Constituição, e para assegurá-la são necessárias garantias que visam reestabelecer a força normativa da Constituição em caso de eventual violação. O controle de

⁷ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013. p. 132.

⁸ A inconstitucionalidade reflexa caracteriza-se pela violação de uma lei, de modo que a ofensa à Constituição é meramente reflexa ou oblíqua. O Supremo Tribunal Federal não admite que essa seja objeto do Controle de Constitucionalidade. Para mais apontamentos sobre o tema, Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 384 e ss.

constitucionalidade é uma dessas garantias. Trata-se do instituto por meio do qual se verifica a compatibilidade das leis e atos normativos com a Constituição, exercido no bojo da jurisdição constitucional. A supremacia está presente no objetivo e no pressuposto do controle: ao mesmo tempo em que visa resguardá-la, a existência desse pressupõe aquela, vale dizer, no seu exercício sempre deve estar presente a ideia de defesa da Constituição.

A extirpação configura a consequência do reconhecimento do vício de inconstitucionalidade e pode tomar a forma de nulidade ou de anulabilidade, a depender do sistema adotado⁹, e o controle é o instituto para aplicá-la (a consequência). A doutrina costuma classificar os sistemas de controle conforme alguns critérios, mencionando-se como exemplo a natureza jurídica do órgão competente para exercê-lo, o momento e a forma de exercício¹⁰. Sua estruturação dependerá da opção política do constituinte no Estado sob análise, mas independentemente do modelo adotado, por ser um instituto que deriva da Constituição e da necessidade de garantir sua supremacia, o procedimento através do qual se desenvolve deve também respeitá-la, ou seja, os institutos processuais que se aplicam ao processo de controle (entre os quais inclui-se a liminar) necessitam estar em consonância com as normas constitucionais.

São inúmeras as definições conferidas ao controle de constitucionalidade¹¹, mas dessas extraem-se elementos essenciais que permitem identificá-lo como o mecanismo apto a verificar a conformidade de atos normativos com a Constituição, e se confirmado o vício de

⁹ Cappelletti discorre acerca das diferentes consequências do reconhecimento do vício. No sistema americano de controle, a norma contrária à Constituição é considerada absolutamente nula desde seu nascedouro, e, logo, a nulidade é apenas declarada. Já no sistema austríaco, o controle recai sobre ato que até então é válido e eficaz, e o reconhecimento do vício implica a sua anulação (CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984. p. 115-117)

¹⁰ São diversos os doutrinadores que tratam das classificações dos sistemas de controle, a partir de diferentes abordagens. Elival da Silva Ramos trata da clássica distinção entre os controles: a) político e jurisdicional; b) preventivo e repressivo; c) difuso e concentrado; d) incidental e principal (RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 53-82). Canotilho, por sua vez, conforme a organização, classifica-o em unitário e de separação (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 895-896). Jorge Miranda utiliza-se dos interesses subjacentes na demanda para classificar o controle em subjetivo ou objetivo (MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 498).

¹¹ José Afonso da Silva afirma que o controle de constitucionalidade é uma técnica especial estabelecida na própria Constituição para “defender a supremacia constitucional contra as inconstitucionalidades (SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 49). Elival da Silva Ramos afirma que se trata do “mecanismo para controlar a compatibilidade dos atos dele [legislativo] emanados à Constituição” (RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 45). Buscando ainda o apoio da doutrina internacional, Jorge Reinaldo Vanossi afirma que “el controle de constitucionalidad forma parte de los protagonistas de esa dinámica constitucional, como instrumento de ‘defensa’ del ordenamiento vigente y con pretensiones de agente descalificador de todos aquellos actos, normas y hasta hechos – con consecuencias jurídicas que pudieran afectar o erosionar la proclamada supremacia” (VANOSSI, Jorge Reinaldo A. **Teoria constitucional: supremacia y control de constitucionalidad**. Buenos Aires: Depalma, 1976. p. X).

inconstitucionalidade, presta-se a extirpar do ordenamento jurídico o ato impugnado, preservando assim a supremacia constitucional.

O termo *extirpação* foi empregado no parágrafo acima sem se indicar a forma específica que poderá tomar pois a natureza jurídica da decisão de inconstitucionalidade dependerá da compreensão da função do controle, se constitutivo negativo, conforme o modelo preconizado por Kelsen, ou declaratório, nos moldes americanos. Identificar os efeitos de referida decisão é essencial para compreender o procedimento necessário para o afastamento em definitivo do ato impugnado (decisão final) e para o afastamento provisório (decisão liminar). O controle de constitucionalidade deve materializar-se através de um processo cujas regras preservem a própria essência constitucional, e se uma decisão provisória é apta a produzir os mesmos efeitos de uma decisão definitiva, diferenciando-se apenas pelo tempo pelo qual permanecerão vigentes, inegável a necessidade de também incidirem as regras procedimentais que preservam a essência da Constituição no provimento provisório.

A regra que nos interessa, a reserva de plenário, tem fundamento na presunção de constitucionalidade das leis, e será analisada no item seguinte. Ressalta-se que as consequências do provimento provisório sobre os planos da norma serão analisadas na seção 4, quando forem abordadas as liminares no controle abstrato brasileiro de forma específica.

2.1.2 Presunção de constitucionalidade das normas e regra do full bench

As leis são dotadas de presunção *juris tantum* de constitucionalidade, vale dizer, presumem-se constitucionalmente adequadas até que se prove o contrário. Para o Direito Constitucional, o instituto está intimamente ligado à interpretação da Constituição e das leis infraconstitucionais pois apenas ao intérprete compete ilidir tal presunção.

É evidente que a razão de existência do instituto da presunção de constitucionalidade não se esgota no argumento segundo o qual a obra do legislador deve ser respeitada. Nesse sentido defende Virgílio Afonso da Silva¹². Em verdade, referido instituto não é mera

¹²Virgílio Afonso da Silva afirma que a lei não pode ser considerada compatível com a Constituição apenas em razão da presunção conjugada com a interpretação conforme. Deve-se sempre primar pela realização dos direitos e liberdade dos cidadãos da forma mais efetiva, e se a manutenção da lei no ordenamento ao invés de o fazer, prejudicar, o melhor a ser feito é declará-la inconstitucional: “Além disso, recorrer à separação de poderes e a uma prioridade legislativa do legislador é, nesse ponto, muito pouco. Há várias outras presunções às quais se poderia recorrer no ato de interpretação da lei, todas elas inspiradas, de alguma forma, na constituição, que poderiam militar justamente no sentido contrário, ou seja, como argumento a favor da inconstitucionalidade de uma lei. A presunção *in dubio pro libertate*, para ficarmos apenas em um exemplo, é uma delas. Segundo uma das acepções dessa presunção, caso haja mais de uma interpretação possível para uma lei ou dispositivo legal, e uma delas garanta a liberdade dos cidadãos de forma mais efetiva, é a essa interpretação que se deverá dar prioridade. Pode acontecer, no entanto, que uma lei restrinja alguma liberdade garantida pela constituição. Se

formalidade, mas serve à preservação da democracia, da separação de poderes e sobretudo à segurança jurídica. Não se trata de estabelecer uma supremacia parlamentar, mas visa-se assegurar aos jurisdicionados uma expectativa de direito e confiança no sistema de direitos e garantias estabelecido. Presume-se que os atos emanados do corpo legislativo estejam em consonância com a Constituição pois é dever do legislador respeitar os limites impostos pelo Constituinte originário.

Se os valores acima citados (democracia, separação de poderes e segurança jurídica) possuem um conteúdo axiológico superior à própria presunção, por óbvio esta deve ser afastada quando houver argumentos que evidenciem que a decisão do legislador não ponderou acertadamente as normas fundamentais que poderiam ter seu núcleo essencial atingido quando da execução da lei. Se suprime a ideia de direito contida na Constituição, formal ou materialmente, a norma não pode subsistir no ordenamento jurídico. Mas o intérprete apenas poderia afastar a presunção em caso de evidente vício de inconstitucionalidade, ou, nas palavras de James Bradley Thayer, em caso de “*clear and unequivocal breach of the Constitution*”, quando o vício não se trata de mera opinião dos julgadores, mas está evidente “*beyond a reasonable doubt*”¹³.

O afastamento da presunção exige argumentação e fundamentação, especialmente diante dos *hard cases* em que o vício nem sempre é imediatamente identificável¹⁴. No Direito Constitucional, como dito acima, aquela está diretamente relacionada com a interpretação das normas. Presunção não significa meramente “tomar algo como verdadeiro”, conforme conceito literal do termo, mas sim que compete ao intérprete a análise substancial da norma objeto de impugnação e sua confrontação com a ideia de Direito prevista na Constituição em vigor, empregando argumentos com base nas normas constitucionais que sustentem efetivamente a constitucionalidade ou inconstitucionalidade daquela. Ou seja, a presunção pode ser afastada diante da certeza do intérprete de que a norma questionada contém um vício de inconstitucionalidade, certeza essa que apenas pode ser obtida através do processo exegético interpretativo.

seguirmos a idéia subjacente à interpretação conforme a constituição e à presunção de constitucionalidade, caso haja uma interpretação que torne a lei constitucional, essa deverá ter prioridade. Mas é inegável que a liberdade dos cidadãos seria mais efetiva se a lei fosse declarada inconstitucional” (SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação conforme a constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. **Revista Direito GV** 3, v. 2, n. 1, p. 191-210, jan.-jun. 2006. p. 197).

¹³ THAYER, James Bradley. **The origin and scope of the american doctrine of constitutional law**. Boston: Little, Brown, and Company, 1893. p. 15 e 25.

¹⁴ Nos *hard cases*, conforme lição de Ronald Dworkin, a solução não estaria amparada por uma lei anterior que determina qual o direito aplicável ao caso concreto. Impõe-se, por isso, o emprego dos argumentos de princípio DWORKIN, Ronald. *Hard cases*. **Harvard Law Review**, v. 88, n. 6, p. 1057-1109, 1975.

Segundo Oscar Vilhena Vieira, duas podem ser as posturas adotadas pelo Judiciário para determinar o conteúdo das normas: a deferência e a responsividade. Pelo primeiro, tem-se um “alto grau de respeito pela decisão do legislador que definiu o conteúdo de um direito ou regulamentou o seu exercício ao complementar ou regular a constituição”, dando primazia ao princípio da democracia majoritária e à separação rígida dos poderes. Já a responsividade “está associada à ideia de que o Judiciário deve estar ativamente envolvido em prover respostas para que a constituição e os direitos fundamentais, em especial, sejam efetivados na maior extensão possível”, ou seja, prevê uma postura mais ativa do Judiciário. Ambos seriam posturas legítimas, que não se confundem com os seus extremos, que seriam a omissão e a usurpação¹⁵.

A aferição da constitucionalidade implicará na análise do conteúdo e da forma do ato questionado e o afastamento da presunção impõe um ônus argumentativo ao intérprete pois ela não existe por si só, mas visa a realização de institutos caros ao Estado Constitucional Democrático, como a separação de poderes e a segurança jurídica, conforme afirmado acima. Levando em conta a presunção, Marcelo Neves, por exemplo, defende que o órgão competente para o exercício da jurisdição constitucional só poderia declarar a inconstitucionalidade “quando manifesta, ou seja, clara e inequívoca”¹⁶.

A interpretação conforme a constituição, técnica hermenêutica de solução de controvérsia constitucional empregada no processo objetivo de controle de constitucionalidade, visa justamente realizar e concretizar a presunção. O ex-ministro Moreira Alves tratou do instituto em seu voto na Representação 1.417 quando sustentou que a interpretação da norma infraconstitucional impugnada deve partir do pressuposto de que se esta possuir dois sentidos possíveis, cumpre ao intérprete fazer prevalecer aquele que esteja de acordo com a Constituição, extirpando o outro do âmbito de aplicação da norma¹⁷. Esse pressuposto seria a presunção de constitucionalidade e, com isso, evitar-se-ia que o ato normativo fosse retirado do ordenamento jurídico apenas porque lhe foi dado um sentido que não condiz com a norma superior.

Apesar disso, também afirmou em seu voto que o instituto sob análise não é uma regra de interpretação, e sim um princípio ínsito ao controle de constitucionalidade¹⁸, ou seja, se presta à preservação da unidade constitucional, de forma que não compete ao intérprete preservar a norma no ordenamento “a qualquer custo”. Vale dizer, se é inerente ao controle,

¹⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 174-176.

¹⁶ NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 145.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Representação nº 1.417/DF; Relator: Min. Moreira Alves, 9 de dezembro de 1987. In: **RTJ**, 126/53, Brasília, STF, 1957. P. 48-72. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/126_1.pdf. Acesso em: 29 abr. 2020.

¹⁸ Ibid.

deve apenas ser aplicado na exata medida em que preserve o sentido de direito exposto na Constituição. Se o intérprete se desdobra para atribuir uma possível acepção à norma que contraria a literalidade do seu texto apenas para que ela seja conservada no ordenamento, a presunção deve sucumbir frente à constatação de incompatibilidade constitucional.

Inegavelmente tal processo de verificação só pode ser seguramente concluído mediante o emprego de argumentos que se baseiem nas próprias normas constitucionais, reforçando a premissa exposta no início do presente tópico.

Além do dever de fundamentação imposto ao intérprete, a doutrina identifica outras consequências decorrentes da presunção de constitucionalidade das normas: a parte que requer o reconhecimento da inconstitucionalidade também tem um ônus argumentativo, pois não basta alegá-la, deve sustentá-la; a incompatibilidade apenas deve ser reconhecida quando essa for inevitável para a resolução da demanda, devendo haver a preservação dos dispositivos normativos que não estiverem eivados de vício; e, por fim, a concessão de tutela de urgência em sede de controle de constitucionalidade deve ser excepcional¹⁹.

Por ser meio para a concretização de outros preceitos, em especial a segurança jurídica, a presunção de constitucionalidade fundamenta a existência de um instituto em específico no Direito brasileiro: a regra do *full bench*, ou reserva de plenário, previsto no artigo 97 da Constituição Federal, que assim prevê: “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”²⁰.

Em razão das consequências impostas pela presunção, o direito brasileiro materializou a previsão segundo a qual nos órgãos em que a vontade institucional é formada pelo conjunto de seus membros, não pode um deles, isoladamente, e nem o seu órgão fracionário, declarar expressamente a inconstitucionalidade de uma lei ou deixar de aplicá-la porque a entende contrária à Constituição, mesmo que não explicita ser esse o motivo do afastamento no caso concreto, conforme dispõe a Súmula Vinculante de nº 10²¹. A reserva de plenário aplica-se então aos órgãos colegiados. A regra em questão busca evitar que a presunção seja afastada de

¹⁹ ARIGONY, Alexandre Foch. **A presunção de constitucionalidade das leis regulatórias e econômicas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro - RJ, 2019. p. 28-29.

²⁰ BRASIL. Constituição de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 abr. 2020.

²¹ “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.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 10**. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2008. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula746/false>. Acesso em: 29 abr. 2020.

forma simples e que haja diferentes posicionamentos sobre a inconstitucionalidade de uma norma dentro de um mesmo tribunal.

A reserva de plenário não se aplica quando o tribunal for rejeitar a alegação de inconstitucionalidade, ou seja, afirmar a constitucionalidade da norma impugnada, pois isso é, em verdade, uma confirmação da presunção²². Só é necessário quórum especial para afastá-la.

Também não se aplica aos órgãos singulares. No controle difuso, em primeira instância, todo juiz possui prerrogativas para, dentro dos seus limites de competência, reconhecer uma lei como inconstitucional e afastar sua aplicação do caso concreto posto a seu crivo. Apenas os órgãos judiciários colegiados (tribunais) devem-lhe obediência.

A previsão da referida regra teve origem na experiência americana. Thomas M. Cooley, no capítulo VII da obra *A Treatise on the Constitutional Limitations Which Rest upon the Legislative Power of the States of the American Union*, discorre acerca das circunstâncias sob as quais uma lei pode ser declarada inconstitucional. Algumas cortes adotavam a regra segundo a qual a decisão sobre a inconstitucionalidade não poderia ser tomada pela maioria de um quórum vazio (“majority of a bare quorum”), devendo a discussão ser postergada para quando o tribunal estivesse cheio. Acerca da aplicabilidade do procedimento, o autor é contundente:

*In view of the considerations which have been suggested, the rule which is adopted by some courts, that they will not decide a legislative act to be unconstitutional by a majority of a bare quorum of the judges only, - less than a majority of all, - but will instead postpone the argument until the bench is full, seems a very prudent and proper precaution to be observed before entering upon questions so delicate and important. The benefit of the wisdom and deliberation of every judge ought to be had under circumstances so grave. Something more than private rights are involved; the fundamental law of the States is in question, as well as the correctness of legislative action; and considerations of courtesy, as well as the importance of the question involved, should lead the court to decline to act at all, where they cannot sustain the legislative action, until a full bench has been consulted, and its deliberate opinion is found to be against it. **But this is a rule of property, not of constitutional obligation; and though generally adopted and observed, each court will regulate, in its own discretion, its practice in this particular.***²³

²² Nesse sentido também a jurisprudência do STF: “A cláusula constitucional de reserva de plenário, insculpida no art. 97 da CF, fundada na presunção de constitucionalidade das leis, não impede que os órgãos fracionários ou os membros julgadores dos tribunais, quando atuem monocraticamente, rejeitem a arguição de invalidade dos atos normativos, conforme consagrada lição da doutrina (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil, vol. V – Arts. 476 a 565, Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 40).”. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 636.359/AP**. Relator: Min. Luiz Fux, 03 de novembro de 2011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4041098>. Acesso em: 29 abr. 2020.

²³ “Em vista das considerações sugeridas, a regra adotada por alguns tribunais é a de que eles não decidirão um ato legislativo como inconstitucional apenas pela maioria de um quórum simples dos juízes, - menos que a maioria de todos, - mas, em vez disso, adiará a discussão até que o banco esteja cheio, parece uma precaução muito prudente e adequada a ser observada antes de se fazer perguntas tão delicadas e importantes. O benefício da sabedoria e deliberação de todo juiz deve ser tido em circunstâncias tão graves. Algo mais do que direitos privados estão envolvidos; a lei fundamental dos olhares está em questão, bem como a correção da ação legislativa; e considerações de cortesia, bem como a importância da questão envolvida, devem levar a corte a recorrer a tudo, onde não podem sustentar a ação legislativa, até que uma bancada completa seja consultada e

Veja-se que a regra do *full bench* no direito americano não era norma constitucional, mas regra procedimental de origem jurisprudencial. Ou seja, sua adoção não era impositiva a todos os órgãos colegiados. Tratava-se de precaução adotada por esses em razão da presunção de constitucionalidade que paira sobre as leis, bem como em respeito à separação dos poderes. Entretanto, o autor sugere ser recomendável a adoção da providência, pois estaria em jogo a lei fundamental dos Estados Unidos de um lado e a correção de atos legislativos de outro, e as conclusões só poderiam ser efetivamente sustentadas diante de um “tribunal cheio”.

José Afonso da Silva ao analisar o art. 97 da Constituição de 1988 discorre sobre o histórico e o surgimento do instituto em questão. O autor esclarece que as regras acerca do quórum exigido para a declaração de inconstitucionalidade são anteriores ao controle abstrato. Foram estabelecidas nos Decretos 958/1902 e 1939/1909, que exigia o voto de 2/3 dos ministros do Supremo Tribunal Federal, quando ainda era a corte composta por quinze membros. Posteriormente, o Decreto 19.656/1931 reduziu para onze o número de ministros, e o Decreto 20.106/1931 passou a exigir o quórum de maioria absoluta, ou seja, seis votos²⁴.

Note-se que tais regras eram destinadas exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal. Não havia normas atinentes ao procedimento a ser adotado pelos tribunais em geral, o que foi alterado pela inserção expressa na Constituição de 1934 da cláusula de reserva de plenário tal qual conhecemos hoje. A previsão estava no art. 179²⁵ e como passou a ser regra constitucional, tornou-se impositiva para todos os tribunais. A regra era clara: nos tribunais é necessária maioria absoluta para a declaração de inconstitucionalidade, logo, todos os órgãos colegiados deveriam respeitá-la.

A regra do *full bench* como corolário da presunção de constitucionalidade aparece então protegida a nível constitucional pela primeira vez na Constituição de 1934, e desde então foi mantida nas que lhe seguiram²⁶. Como a presunção impõe a necessidade de haver um grau de

sua opinião deliberada seja contra isso. Mas essa regra de propriedade, não a obrigação constitucional; e, embora geralmente adotado e observado, cada tribunal regulamentará, a seu critério, sua prática neste particular.” (COOLEY, Thomas McIntyre. **A treatise on the constitutional limitations which rest upon the legislative power of the states of the American Union**. 5. ed. Boston: Little, Brown, and Company, 1888. p. 195. Grifos nossos; tradução nossa).

²⁴ SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 516.

²⁵ “Art 179 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juizes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público. ” BRASIL. Constituição de 1937. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937**. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 08 maio 2020.

²⁶ Ressalta-se que a previsão do art. 96, parágrafo único, da Constituição de 1937, segundo a qual o Presidente da República poderia submeter ao Parlamento uma lei declarada inconstitucional e tornar sem efeito a decisão, não

certeza do julgador para ser afastada, grau de certeza que, repita-se, somente pode ser obtido através de argumentos interpretativos, afastar a possibilidade de conclusões individuais dos intérpretes acerca da constitucionalidade reforça a segurança jurídica.

Sob a égide da Constituição de 1946 surgiu uma controvérsia doutrinária acerca da interpretação do dispositivo que previa a regra procedimental em questão. Discutiu-se se a previsão implicava na incompetência dos juízes singulares para analisar a constitucionalidade das normas, visão essa que não prevaleceu²⁷, pois não teria levado em conta a regra basilar do controle difuso segundo a qual todo juiz e tribunal é competente para fazê-lo²⁸.

Mesmo atualmente a Constituição não é expressa quanto à aplicabilidade da referida regra aos processos do controle concentrado ou difuso. O Código de Processo Civil regulamenta as hipóteses em que, em sede de controle difuso, a regra não precisaria ser observada, positivando exceções que já eram admitidas pela jurisprudência do STF²⁹. Repita-se, mais uma vez, que a análise pormenorizada do controle difuso brasileiro não é objeto principal do presente trabalho, e por isso não cabe a análise minuciosa dessas hipóteses, mas a exposição dessa questão em particular é pertinente para compreender as razões que justificam a possibilidade de ser afastada a regra, transpondo-as ao controle abstrato.

As exceções previstas no diploma processual justificam-se pois são casos em que a declaração de inconstitucionalidade, mesmo que tomada individualmente por membro do tribunal ou por seu órgão fracionário, não maculam a supremacia constitucional e nem a segurança jurídica. Explica-se. O incidente de arguição de inconstitucionalidade está previsto nos artigos 948/950 do CPC e determina que o órgão fracionário de Tribunal remeta a questão, quando acolhida a arguição, ao plenário ou ao seu órgão especial. Trata-se da aplicação pura e simples do art. 97 da CF/88. Entretanto, o parágrafo único do art. 949 excepciona a regra: essa remessa não será necessária se o plenário, o órgão especial do próprio Tribunal ou o plenário do STF já tiverem pronunciamento prévio acerca da questão debatida. Nesses casos, o relator ou o órgão fracionário poderão aplicar o precedente mesmo que seja no sentido do

mitigou a cláusula de reserva de plenário, apesar de ter enfraquecido a garantia proposta pelo controle de constitucionalidade quanto à proteção da supremacia constitucional.

²⁷ O entendimento majoritário, defendido, entre outros, por Pontes de Miranda, concluiu que a reserva de plenário se destinava exclusivamente aos tribunais, pois os juízes singulares têm competência para reconhecer a nulidade de lei contrária à Constituição. (MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1953. p. 299)

²⁸ SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 517.

²⁹ O Código de Processo Civil de 2015 não inovou na matéria, apenas consolidou a jurisprudência já existente, não havendo que se falar em inconstitucionalidade dessa previsão legal. Como exemplo de decisão do STF que aplicava as exceções sob análise mesmo antes da vigência do CPC/15, menciona-se a RCL 11.055-ED, Dje de 19/11/2014, e o RE 571.968-AgR, Dje de 05/06/2012.

reconhecimento da inconstitucionalidade, visando a economia processual³⁰. Ou seja, tal previsão legal excepciona a regra procedimental constitucional pois não há mácula ao princípio maior que ela visa assegurar. A segurança jurídica restará preservada pois haverá reprodução de orientação já adotada pelo órgão competente para tanto acerca da incompatibilidade constitucional da norma impugnada. Especificamente quanto ao STF, seu Regimento Interno prevê que a Turma remeta a questão ao Plenário quando considerar relevante a arguição de inconstitucionalidade ainda não decidida de forma colegiada³¹, ou seja, a regra é que haja a remessa se não houver prévia decisão da Corte. Entretanto, há uma decisão singular do STF em que a ex-ministra Ellen Gracie afirma que a cláusula de reserva do plenário não se aplica à corte quando no exercício do controle difuso, mas não foram encontrados outros julgados que se debrucem sobre o tema³².

Voltando a análise para o controle abstrato e concentrado, o STF é órgão colegiado e como tal submete-se à regra em questão para declarar a inconstitucionalidade de ato normativo. Entretanto, a corte entende que a reserva de plenário não se aplica à decisão proferida liminarmente pelo relator, apenas à decisão final. Afirma contundentemente que a precariedade do provimento afasta sua incidência e que o relator estaria atuando como *longa manus* do tribunal nos casos de *periculum in mora*³³. O voto proferido na Reclamação nº 10.864/SP bem esclarece esse posicionamento:

³⁰ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1880. O autor ressalta que, mesmo quando houver pronunciamento prévio do plenário ou órgão especial do Tribunal ou plenário do STF, a questão poderá ser submetida novamente para análise em especial em caso de “fundamento novo ou modificação na composição do plenário ou órgão especial, circunstância que caracteriza a potencialidade de modificação daquela decisão maior”.

³¹ O RISTF prevê no art. 11, inciso I, que a Turma remeterá o feito ao julgamento do Plenário independente de acórdão e de nova pauta, quando considerar relevante a arguição de inconstitucionalidade ainda não decidida pelo Plenário, e o Relator não lhe houver afetado o julgamento (BRASIL. **Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 08 jul. 2020).

³² A decisão singular mencionada tem o seguinte conteúdo: “(...) 4. O STF exerce, por excelência, o controle difuso de constitucionalidade quando do julgamento do recurso extraordinário, tendo os seus colegiados fracionários competência regimental para fazê-lo sem ofensa ao art. 97 da Constituição Federal. (...)” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). **Recurso Extraordinário nº 361.829/RJ**. Relatora: Min. Ellen Gracie, 02 de março de 2010. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2062630>. Acesso em: 14 jul. 2020). Não foram encontrados outros julgados que se debrucem sobre o tema, e, apesar do Controle difuso não ser objeto do presente trabalho, não se coaduna com o posicionamento da Min. Ellen Gracie, vez que a CF/88 não distinguiu a aplicabilidade da referida cláusula quanto ao controle difuso ou concentrado.

³³ “(...) Por outro lado, emerge dos precedentes da Súmula Vinculante 10 que seu fundamento reside na necessária observância do postulado da reserva de plenário (art. 97 da Carta Política) como condição de validade e eficácia da declaração de inconstitucionalidade dos atos normativos, seja no controle abstrato, seja no controle difuso. Nessa medida, uma vez submetida, como na espécie, a decisão monocrática do relator, exarada em sede de tutela de urgência, à ratificação do Órgão Especial do Tribunal de Justiça, sequer se pode cogitar de negativa de vigência à cláusula de reserva do plenário albergada no art. 97 da Lei Fundamental, sendo certo, em qualquer hipótese, que o relator atua monocraticamente como *longa manus* do órgão colegiado na presença do *periculum in mora*”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Ag. Reg. Na Reclamação 11.768 São Paulo**, Relatora: Min. Rosa Weber, 02 de fevereiro de 2016. Disponível em:

[...] A regra consubstanciada no art. 97 da Constituição Federal consagra, no sistema normativo vigente no Brasil, o princípio da reserva de Plenário. Como se sabe, a inconstitucionalidade de qualquer ato estatal só pode ser declarada - cuida-se, portanto, de julgamento final - pelo voto da maioria absoluta da totalidade dos membros do Tribunal ou, onde houver, dos integrantes do respectivo órgão especial, sob pena de absoluta nulidade da decisão emanada do órgão fracionário (Turma, Câmara ou Seção). É preciso ter presente que o respeito ao postulado da reserva de Plenário, consagrado pelo art. 97 da Constituição - e introduzido pela Carta Federal de 1934 em nosso sistema de direito constitucional positivo -, atua como verdadeira condição de eficácia jurídica da própria declaração jurisdicional de inconstitucionalidade dos atos do Poder Público (LÚCIO BITTENCOURT, 'O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis', p. 43/46, 2ª ed., 1968, Forense; MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, 'Comentários à Constituição Brasileira de 1988', vol. 2/209, 1992, Saraiva). (...) Vê-se, portanto, de tudo quanto foi precedentemente exposto, que a regra inscrita no art. 97 da Constituição Federal possui um domínio temático de incidência normativa específica, restringindo-se, unicamente, em sua aplicabilidade, às hipóteses de declaração final de inconstitucionalidade, quer em sede de controle incidental (modelo difuso), quer no âmbito da fiscalização abstrata de constitucionalidade (modelo concentrado).³⁴

O principal fundamento de referido entendimento é que a reserva de plenário apenas incide na declaração final de inconstitucionalidade de norma ou ato questionado, e não no pronunciamento cautelar que se justifica pelo caráter de urgência da medida, inclusive porque a liminar será eventualmente submetida ao crivo do órgão colegiado e porque pode ser modificada a qualquer tempo pelo tribunal ou pelo próprio relator. Os precedentes supramencionados originam-se de ações do controle de constitucionalidade abstrato estadual em que se questionava o deferimento da liminar pelo desembargador relator, entretanto, as razões expostas expressam o entendimento da Corte acerca do tema, aplicável inclusive às ações do controle abstrato de competência originária do STF. A jurisprudência específica quanto a essas será analisada na seção 4.

As leis que disciplinam seu procedimento, Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99, preveem hipóteses em que é possível o deferimento individual de liminar, conforme será analisado mais a fundo em momento oportuno, mas desde já se pretende questionar o entendimento jurisprudencial e o permissivo legal, pois mitigam o caráter excepcional da liminar. A concessão monocrática é especialmente problemática quando se considera a eficácia do deferimento no plano jurídico e fático.

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10328201>; acesso em 05 jan. 2022, DJE de 24-2-2016.

³⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ag. Reg. na Reclamação 10.864 Amapá**, Relatora: Min. Cármen Lúcia, 24 de março de 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1092027>; acesso em 05 jan. 2022, DJE 70 de 13-4-2011.

A regra não existe por si só e sim para realizar institutos basilares do próprio controle. Se a decisão provisória é apta tanto quanto a definitiva a afastar a eficácia e atingir o plano de validade do ato impugnado, é imperativo que as regras procedimentais para que seja proferida a decisão final se apliquem também no procedimento para a concessão do provimento liminar. O afastamento da regra é ainda mais polêmico quando se consideram as tendências de estabilização dos efeitos das liminares, também a ser analisado em tópico próprio. Essas premissas devem ser levadas em consideração à luz do princípio instrumental de interpretação da máxima efetividade³⁵ para a realização da vontade constitucional.

O controle de constitucionalidade abstrato exterioriza-se por ações que se caracterizam como objetivas, vale dizer, são processos cuja finalidade precípua é assegurar a superioridade e a guarda da Constituição. Não há lide ou interesses subjetivos, prepondera a defesa abstrata da norma constitucional. Mas isso não os dispensa da observância de regras procedimentais, que envolvem desde a manifestação dos órgãos e autoridades envolvidas, do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, bem como, a juízo do relator, a oitiva de entidades e pessoas especializadas na matéria. Isso porque a Corte deve estar munida de todas as informações relevantes para apenas então e a partir delas aplicar os princípios e regras constitucionais e decidir acerca da (in)compatibilidade da norma impugnada, sob pena de violação da presunção e dos demais princípios que ela visa resguardar.

Por tal razão, a antecipação dos efeitos do provimento final coaduna-se com a tutela de interesses subjetivos, mas deve ser tratada com extrema cautela na tutela abstrata da ordem jurídica.

2.2 Medida processual acautelatória: a liminar e a tutela de interesses concretos

O instituto sob análise não decorre dos postulados da teoria da Constituição, de forma que sua origem, conceito e distinções devem ser investigados inicialmente a partir do direito processual.

Conforme os ensinamentos de Ada Pellegrini Grinover, a previsão processual de medidas urgentes visa combater os infortúnios do tempo e é corolário lógico e decorrência do

³⁵ O princípio da efetividade representa a “realização do Direito, a atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses por ela tutelados” (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 329). Assim, uma interpretação que restrinja ou minimize seus efeitos potenciais de efetividade, viola o princípio em questão. Tal imposição coaduna-se com a pretensão de eficácia das normas constitucionais.

direito à prestação jurisdicional, pois essa só será realmente satisfeita se a tutela for entregue a tempo, antes que o direito pereça ou seja violado³⁶. A autora, ainda sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, afirma que as medidas urgentes são de duas espécies: cautelar ou antecipada (antecipação de tutela). A primeira possui caráter conservativo a fim de possibilitar a fruição futura do direito. A segunda, caráter satisfativo, possibilitando que o titular frua imediatamente do direito pleiteado³⁷. A finalidade das medidas urgentes é “obstar os efeitos danosos de uma situação enquanto se aguarda a sentença definitiva ou a satisfação do direito”³⁸. Trata-se, na concepção tradicional, de proteção provisória³⁹.

Independentemente da classificação adotada, tem-se que os requisitos para que sejam concedidas são essencialmente dois: o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*:

A urgência de uma situação concreta como fator de legitimação de todas essas medidas que não por outro motivo se chamam *urgentes* caracteriza o que na linguagem destas se denomina *periculum in mora* e constitui o primeiro dos requisitos centrais dessa tutela diferenciada. [...] Se ocorrem idôneos elementos conducentes ao reconhecimento de que o autor tem o direito alegado, que ele é parte legítima e está amparado pelo interesse de agir *etc.*, ou seja, à razoável previsão de que sua demanda principal poderá ser julgada procedente, eis aí o *fumus boni juris*. A ideia de uma mera *fumaça* como indício da existência das chamadas de um direito está presente na sistemática dos requisitos para a concessão de todas as medidas cautelares ou antecipatórias da tutela jurisdicional principal.⁴⁰

Da transcrição infere-se que o requisito do perigo da demora está inexoravelmente ligado a uma situação concreta. O risco de dano iminente e irreparável apto a configurar a urgência na concessão da medida deve ser comprovado a partir de uma circunstância determinada e factível. Não basta a alegação genérica de que poderia causar dano.

O instituto surge, portanto, sob a ótica processualista para resguardar situações e/ou direitos concretos no decorrer do processo, diferenciando-se do provimento final que é obtido mediante cognição exauriente⁴¹. Nesta ótica, liminar seria o termo empregado para referir-se ao

³⁶ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 364.

³⁷ *Ibid.* p. 365.

³⁸ GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro: processo de execução a procedimentos especiais**, v. 3. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 162.

³⁹ Arruda Alvim explica que a ideia de cautelar como medida “provisória” advém do direito italiano, mas discorda, defendendo que se trata de instituto temporário pois não necessariamente será substituída por outro provimento. Irá subsistir enquanto perdurar a situação de urgência (ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda; ASSIS, Araken de. **Comentários ao Código de processo civil**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012. p. 1225).

⁴⁰ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 369-370.

⁴¹ A cognição horizontal refere-se à profundidade da análise do julgador quanto aos fatos alegados na demanda, classificando-se em exauriente, sumária ou superficial. A tutela antecipada é obtida mediante cognição sumária. (SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**, v. 2. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 132).

provimento antecipado, independentemente de ter natureza satisfativa ou cautelar⁴². Em verdade, conforme a doutrina de Marinoni, o emprego do termo “cautelar” advém de uma clássica compreensão de que toda tutela fundada em cognição sumária seria cautelar⁴³. Por essas razões, empregar-se-á no presente trabalho o termo “liminar” para referir-se ao provimento antecipado e provisório, quer tenha natureza cautelar ou satisfativa, para evitar confusões.

Transpondo essas premissas para o Direito Constitucional, é possível visualizar hipóteses de cabimento do instituto nas ações do controle concreto-incidental. O processo é tradicionalmente compreendido como o meio para a solução de conflitos⁴⁴, e se a parte recorre ao judiciário para ver garantido um direito, sob o fundamento que um ato normativo inconstitucional o teria violado, é factível a urgência na situação concreta apta a legitimar a concessão de uma liminar. Mas mesmo nessas hipóteses a suspensão de uma norma alegadamente incompatível com a Constituição a título precário deve ser encarada como exceção, em razão da presunção de constitucionalidade. Tais considerações ficarão mais claras quando for aprofundado o estudo acerca das liminares no sistema americano de controle, no primeiro item da seção 3.

Já quanto à fiscalização abstrata, essa também possui caráter jurisdicional. Louis Favoreu nos lembra que a composição ou forma de indicação dos membros de uma Corte Constitucional não é suficiente para retirar-lhe essa característica, pois o que importa é sua competência para decidir sobre a constitucionalidade de uma norma com eficácia *erga omnes* e vinculante⁴⁵. Logo, por tratar-se de jurisdição, o controle abstrato instrumentaliza-se através do processo, mas seus institutos típicos, entre os quais a liminar, uma vez inseridos no bojo de ações que visam garantir a supremacia constitucional, devem estar em consonância com as próprias normas constitucionais aplicáveis.

Em virtude disso, as liminares não são admitidas em todos os ordenamentos que adotam o controle abstrato, conforme será melhor elucidado na segunda parte da seção 3, mas no Brasil

⁴²Arruda Alvim sustenta que tanto o provimento provisório como o final podem possuir natureza cautelar ou satisfativa. Denomina-se de liminar o provimento que antecipa os efeitos do pedido formulado pela parte, seja ele cautelar (ex: liminar que antecipa o arresto é cautelar, e o provimento final que julga o arresto também o será) ou satisfativo (ex: liminar que entrega medicamento à pessoa necessitada é satisfativa, assim como o provimento final que julga a causa final) (ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda; ASSIS, Araken de. **Comentários ao Código de processo civil**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012. p. 1224).

⁴³ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 388.

⁴⁴CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 32. Sobre a evolução do pensamento na asseguaração do direito, vide: GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro: teoria geral do processo e auxiliares da justiça**, v. 1. São Paulo: Saraiva, 1994.

⁴⁵FAVOREU, Louis. **As cortes constitucionais**. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004. p. 32-33.

o constituinte a inseriu expressamente no art. 102, inciso I, alínea “p”, da CF/88, segundo o qual compete ao STF julgar, originariamente, “o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade”⁴⁶. Trata-se, portanto, de tutela jurisdicional provisória para garantir, liminarmente, em sede de: a) Ação Direta de Inconstitucionalidade, que a eficácia da norma impugnada seja suspensa⁴⁷, tornando aplicável a legislação anterior, se existente⁴⁸; b) Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, que o ato normativo impugnado seja suspenso, quando a omissão for parcial, ou que os processos judiciais e administrativos que o discutem o sejam, ou outra providência que o Tribunal determine⁴⁹; c) Ação Declaratória de Constitucionalidade, que os juízes e tribunais suspendam o julgamento de processos em que seja questionada a aplicação do ato normativo impugnado⁵⁰; d) Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, a suspensão dos processos em andamento que tenham relação com a matéria objeto da ação, ou outra medida cabível⁵¹.

Depreende-se que há dois objetivos inerentes à concessão da liminar, um específico e outro geral. O primeiro, específico, varia conforme a ação utilizada, visto que cada uma dessas possui objeto próprio. O geral compete a todas e é inerente ao próprio conceito de liminar, qual seja, evitar o dano a uma situação ou a um direito.

⁴⁶BRASIL. Constituição de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 abr. 2020. Em que pese o emprego do termo “cautelar” pelo constituinte, na presente pesquisa empregar-se-á o termo “liminar” para referir-se ao provimento antecipado de natureza acautelatória, conforme já afirmado, especialmente para que não haja confusão entre a tutela cautelar e a satisfativa.

⁴⁷ Não há previsão legal expressa acerca dos possíveis efeitos do deferimento da liminar em sede de ADI. Contudo, tendo em vista que o pedido principal é a declaração de inconstitucionalidade de ato normativo, a antecipação dos efeitos de tal tutela consiste em suspender a eficácia do objeto de impugnação de forma provisória.

⁴⁸ Art. 10, § 2º, Lei nº 9.868/99: “A concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário.” 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. Brasília: Congresso Nacional, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm. Acesso em: 25 abr. 2020.

⁴⁹ Art. 12-F, § 1º, Lei nº 9.868/99: “A medida cautelar poderá consistir na suspensão da aplicação da lei ou do ato normativo questionado, no caso de omissão parcial, bem como na suspensão de processos judiciais ou de procedimentos administrativos, ou ainda em outra providência a ser fixada pelo Tribunal”. *Ibid.*

⁵⁰ Art. 21, Lei nº 9.868/99: “O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade, consistente na determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo.”. *Ibid.*

⁵¹ Art. 5º, § 3º, Lei nº 9.882/99: “A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada.” BRASIL. **Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Brasília: Congresso Nacional, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm. Acesso em: 25 abr. 2020.

Outro aspecto inerente à concessão da liminar é o afastamento, ainda que provisório, da presunção de constitucionalidade da lei impugnada. Se seu deferimento pode implicar a suspensão da eficácia do ato normativo, tornando inclusive aplicável a legislação anterior, bem como a suspensão dos processos que discutam sua incidência, a presunção é ilidida em face de um juízo sumário que conclui pela sua incompatibilidade com a Constituição. O ato normativo deixa de ser aplicado e, conseqüentemente, perde sua eficácia.

Conforme afirmado, a liminar enquanto técnica antecipatória inserida no bojo dos processos que visam garantir a supremacia constitucional deve estar em consonância com os postulados da Constituição, especialmente aqueles expostos nos tópicos precedentes. Entretanto, vem se intensificando sua concessão de forma individual pelos ministros do STF em sede de controle abstrato, em detrimento dos institutos ínsitos ao constitucionalismo e ao controle de constitucionalidade. Conforme já delimitado, o presente estudo pretende analisar a (in)adequação constitucional desse fenômeno a partir de uma perspectiva de direito comparado, mas para ser possível a comparação do objeto de estudo, é necessário, antes, compreender o sistema em que estão inseridas: o controle de constitucionalidade abstrato brasileiro.

2.3 Características do controle de constitucionalidade abstrato brasileiro

No Brasil predomina o modelo jurisdicional-repressivo⁵² de controle, exercido tanto de forma incidental como principal. Empregam-se técnicas dos sistemas matrizes americano e austríaco, coexistindo as feições do modelo difuso e concreto com o modelo concentrado e abstrato. Aquele foi inserido na organização constitucional brasileira em 1891 e faz-se presente até hoje, mas a Constituição Federal de 1988 conferiu especial ênfase à configuração abstrata e concentrada, conforme assevera Alexandre de Moraes⁵³.

Já na Constituinte de 1934 debateu-se a adoção de um controle abstrato⁵⁴, mas essa culminou na inserção no texto constitucional da Representação Interventiva Federal, que em

⁵² Apesar da predominância do modelo jurisprudencial-repressivo, Alexandre de Moraes adverte para a coexistência no Brasil também dos controles político-preventivo e repressivo e jurisdicional preventivo (MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**: garantia suprema da Constituição. São Paulo: Atlas, 2003. p. 224). Sobre o tema também discorre Luís Roberto Barroso (BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, *online*).

⁵³ MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**: garantia suprema da Constituição. São Paulo: Atlas, 2003. p. 241.

⁵⁴ A doutrina identifica na Constituição de 1934 “sinais do controle concentrado” e lembra que na constituinte discutiu-se a adoção de referido modelo. Cf. CARVALHO, Ernani. Trajetória da revisão judicial no desenho constitucional brasileiro: tutela, autonomia e judicialização. **Revista de Sociologias**, Porto Alegre, ano 12, nº 23, p. 176-207, jan./abr. 2010. p. 180 e ss, e STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 155 e ss.

pese constituir ação de competência concentrada, era modalidade de controle concreto. A análise judicial recairia sobre a constitucionalidade da lei que decretasse a intervenção em caso de violação dos princípios constitucionais sensíveis pelos Estados⁵⁵.

Após a outorga da Carta de 1937, em que, nas palavras de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, houve “indiscutível retrocesso”⁵⁶ quanto aos mecanismos jurisdicionais de aferição de constitucionalidade das leis, restaurou-se em 1946 a previsão constitucional da Representação, mas esta tinha objeto distinto: a análise recairia sobre a própria lei estadual que alegadamente violasse os princípios expostos no art. 7º, inciso VII, da Constituição⁵⁷, e não sobre a lei de intervenção. O sistema inaugurado permitia a análise desvinculada de um conflito subjetivo específico *inter pars*, e por isso “abstrata”, em oposição à análise concreta da lide posta ao crivo do Judiciário. Seria realizada exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal, em competência concentrada, a análise da lei em tese. O ministro Castro Nunes trata da inovação trazida pela Constituição de 1946 em seu voto na Representação 94⁵⁸, da qual também é possível inferir que se tratou de inserção ainda tímida do modelo de fiscalização abstrata. A decisão que reconhecesse a inconstitucionalidade implicava a autorização da intervenção, mas não pronunciava a nulidade do ato normativo impugnado, que continuava em vigor mesmo após a decisão do STF. Competia ao Congresso suspender a lei declarada inconstitucional pelo STF⁵⁹. Além disso, o parâmetro para verificação da incompatibilidade constitucional estava restrito às

⁵⁵ Na Constituição de 1934: “Art. 12 [...] § 2º - Ocorrendo o primeiro caso do nº V, a intervenção só se efetuará depois que a Corte Suprema, mediante provocação do Procurador-Geral da República, tomar conhecimento da lei que a tenha decretado e lhe declarar a constitucionalidade”. BRASIL, Constituição de 1934. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934**. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 08 maio 2020.

⁵⁶ Nas palavras de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (**A teoria das constituições rígidas**. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1980. p. 178).

⁵⁷ Na Constituição de 1946: “Art. 8º - A intervenção será decretada por lei federal nos casos dos nºs VI e VII do artigo anterior. Parágrafo único - No caso do nº VII, o ato argüido de inconstitucionalidade será submetido pelo Procurador-Geral da República ao exame do Supremo Tribunal Federal, e, se este a declarar, será decretada a intervenção”. BRASIL, Constituição de 1946. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946**. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 08 maio 2020.

⁵⁸ “Trata-se, aqui, porém, de inconstitucionalidade em tese, e nisso consiste a inovação desconhecida entre nós na prática judicial, porquanto até então não permitida pela Constituição. Em tais casos a inconstitucionalidade declarada não se resolve na inaplicação da lei ao caso ou no julgamento do direito questionado por abstração do texto legal comprometido; resolve-se por uma fórmula legislativa ou quase legislativa que vem a ser a não-vigência, virtualmente decretada, de uma dada lei. [...] Na declaração em tese, a suspensão redundava na ab-rogação da lei ou na derrogação dos dispositivos alcançados, não cabendo ao órgão legiferante censurado senão a atribuição meramente formal de modificá-la ou regê-la, segundo as diretivas do prejudicado; é uma inconstitucionalidade declarada *erga omnes*, e não somente entre as partes; a lei não foi arredada apenas em concreto; foi cassada para todos os efeitos” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Representação nº 94, Distrito Federal**, Relator: Min. Castro Nunes, 17 de julho de 1946. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=508961>; acesso em 05 jan. 2022).

⁵⁹ “São duas atribuições distintas, de índole diversa, mas articuladas: a decisão do Supremo Tribunal situa-se no terreno jurídico; a do Congresso no plano político, mas a título de sanção daquela”. *Ibid*.

hipóteses de leis e decretos estaduais que violassem o rol taxativo do art. 7º, inciso VII⁶⁰. Excluía-se, portanto, da análise em abstrato, as leis federais e municipais, e mesmo as estaduais que violassem outros dispositivos constitucionais. Nesses casos, a alegação de violação teria de ser levada do Judiciário por meio de ação concreta.

Sobreveio, então, a Emenda Constitucional n. 16, de 26 de novembro de 1965, que acrescentou a alínea “k”, ao inciso I, do art. 101 da Constituição de 1946. Fixou a competência exclusiva do STF para processar e julgar a “representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República”⁶¹. A inovação representou o “embrião da ação direta de inconstitucionalidade”⁶², e ampliou não só o objeto da aferição de inconstitucionalidade, pois todo ato normativo federal ou estadual poderia ser questionado, mas também ampliou seu parâmetro, visto que a violação de qualquer dispositivo constitucional justificava seu ajuizamento, apesar de ter mantido restrito ao Procurador-Geral da República o rol de legitimados à sua propositura. Além disso, a decisão proferida na representação de inconstitucionalidade tinha eficácia *erga omnes e ex tunc*, fulminando os efeitos do ato inconstitucional desde o seu nascedouro, independentemente de Resolução do Senado Federal⁶³.

A inovação teve inegável influência do modelo austríaco, mas a par de configurar-se como o início da abstrativização do controle de constitucionalidade brasileiro, insta registrar que José Levi Mello do Amaral Júnior a caracteriza como consequência da falta de *stare decisis* em nosso sistema. O sistema brasileiro de controle sofreu desde o seu nascedouro inegável influência do modelo americano, e referido autor menciona que a evolução do sistema brasileiro seria orientada pela busca, através da via normativa, por sucedâneos ao *stare decisis*. O precedente nos sistemas do *common law* confere funcionalidade e coerência às decisões, e por isso no Brasil o legislador (constituente) teria buscado introduzir no ordenamento mecanismos que garantissem a segurança jurídica, sendo a representação de inconstitucionalidade uma etapa nesse caminho⁶⁴.

⁶⁰ “A enumeração é taxativa, é limitada, é restritiva e não pode ser ampliada a outros casos pelo Supremo Tribunal”. *Ibid.*

⁶¹ BRASIL. Constituição de 1946. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946**. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 08 maio 2020.

⁶² CLÈVE, Clèmerson Merlin. Ação direta de inconstitucionalidade. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p. 99-116, abr.-jun. 2010. p. 101.

⁶³ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **A teoria das constituições rígidas**. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1980. p. 201-213.

⁶⁴ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello. Controle de constitucionalidade: evolução brasileira determinada pela falta do *stare decisis*. **Revista dos Tribunais online**, v. 920, p. 133, jun. 2012. Mauro Cappelletti já alertava para o problema da introdução, nos sistemas de *civil law*, do modelo americano difuso, pois “levaria à

A partir da EC 16/65 o sistema pátrio combina elementos das fiscalizações concreta e abstrata. A Constituição de 1988 manteve o controle incidental, mas promoveu uma ampliação do controle abstrato.

Originalmente, a CF/88 previu a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) não mais utilizando o termo “representação”. Trata-se de ação genérica cujo rol de legitimados para sua propositura foi sentidamente ampliado, não mais se restringindo ao Procurador-Geral da República⁶⁵. Toda lei ou ato normativo federal ou estadual pode ser questionado perante o Supremo Tribunal Federal, cujo parâmetro são todas as normas constitucionais e não mais apenas um dispositivo específico, como era com o art. 7º, inciso VII, da Constituição de 1946⁶⁶. Trata-se da principal ação do controle abstrato por meio da qual é possível extirpar do ordenamento jurídico o ato normativo que esteja em descompasso com a Constituição, tendo a decisão eficácia vinculante e *erga omnes*.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), prevista originalmente no art. 102, parágrafo único, posteriormente transformado em parágrafo 1º pela EC 03/93, teve aplicabilidade limitada até a edição da Lei n. 9.882/99. Enquanto novidade constitucional trazida pela CF/88, pairavam diversas dúvidas sobre seu objeto, e coube à própria jurisprudência, no julgamento da ADPF n. 1, fixar qual seria seu objeto de controle. Ressalta-

consequência de que uma mesma lei ou disposição de lei poderia não ser aplicada, porque julgada inconstitucional, por alguns juízes, enquanto poderia, ao invés, ser aplicada, porque não julgada em contraste com a Constituição, por outros. Demais, poderia acontecer que o mesmo órgão judiciário que, ontem, não tinha aplicado determinada lei, ao contrário, a aplique hoje, tendo mudado de opinião sobre o problema de sua legitimidade constitucional.” (CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Trad: Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984).

⁶⁵ Art. 103, caput, CF/88. (BRASIL. Constituição de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 abr. 2020).

⁶⁶ Identifica-se na jurisprudência do STF o emprego da expressão “bloco de constitucionalidade” para referir-se ao conjunto de normas que servem de parâmetro para o controle de constitucionalidade (ADIs 595/ES e 514/PI), que envolve as normas constantes do texto formal, as emendas constitucionais autônomas e os tratados internacionais de direitos humanos. Há autores que afirmam que a discussão em torno da abrangência do “bloco de constitucionalidade” teria restado inócua após a introdução do parágrafo 3º ao art. 5º da CF/88, pois conferiu status hierárquico-formal constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, e outros que entendem que referido dispositivo teria solucionado apenas a questão formal/hierárquica, mas não a questão hermenêutica/material. Sobre o tema, vide FERREIRA, Rafael Fonseca; LIMBERGER, Têmis. Um diálogo sobre a autonomia da Constituição e os direitos humanos: aproximações hermenêuticas à noção de bloco de constitucionalidade,. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 5, n. 1, p. 317-330, jan./abr. 2018; e AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello. Tratados internacionais e bloco de constitucionalidade. **Ciência Jurídica em Foco**, v. 1, n. 273, 2008. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cienciajuridica/article/viewFile/723/503>. Acesso em: 25 maio 2020.

⁶⁷ O preâmbulo da Constituição não constitui parâmetro para o controle de constitucionalidade: “O preâmbulo [...] não se situa no âmbito do Direito, mas no domínio da política, refletindo posição ideológica do constituinte [...] O preâmbulo não constitui norma central da Constituição, de reprodução obrigatória na Constituição do Estado-membro.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.076/AC**. Relator: Min. Carlos Velloso, 15 de agosto de 2002. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1780165>. Acesso em: 25 maio 2020.

se que este não foi integralmente delimitado na decisão, pelo contrário, visto que a compreensão acerca do que poderia caracterizar-se como “preceito fundamental” continua em constante debate⁶⁸. Mas afirmou-se que cabe ao próprio STF “o juízo acerca do que se há de compreender, no sistema constitucional brasileiro, como preceito fundamental”, e, apesar de ser ação subsidiária, seu objeto é amplo: atos normativos municipais, estaduais, distritais e federais, inclusive aqueles anteriores à CF/88⁶⁹.

Também originalmente, o texto constitucional previu a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), no art. 103, parágrafo 2º, conferindo ao STF a prerrogativa de reconhecer a mora dos poderes responsáveis na edição de medida para dar eficácia à norma constitucional. Sua finalidade é reconhecer que um agir do Estado não foi cumprido, visando dar efetividade à CF/88. O Estado tinha um dever constitucional de agir, mas não o fez. Seu objeto, portanto, são as normas constitucionais dependentes de regulamentação, ou seja, aquelas de eficácia limitada⁷⁰. A inconstitucionalidade pode advir de inércia do Poder Legislativo (omissão legislativa) ou de omissão administrativa, quando não são adotadas as providências necessárias para a execução das determinações constantes do texto constitucional⁷¹.

A EC 03/93 inovou ao inserir a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e ressaltou seu caráter de ação objetiva pela previsão do parágrafo 2º, do art. 102, segundo o qual seu resultado tem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. Sua finalidade é reconhecer a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal sobre o qual recaia controvérsia judicial acerca de sua aplicação, ou seja, visa garantir a segurança jurídica do sistema. Seu objeto é mais restrito, não permitido o ajuizamento em face de atos normativos estaduais, e tem como requisito para propositura a existência de controvérsia judicial, ou seja, aplicação de forma diversa, da mesma lei, por tribunais distintos. A EC 45/04 equiparou os legitimados ativos da ADC aos da ADI, de forma que todas as ações do sistema concentrado podem ser propostas

⁶⁸ Vide, a esse respeito: ADPF 33/PA, Rel. Min. Gilmar Mendes; e ADPF 1001/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia.

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 1/RJ**. Relator: Min. Néri da Silveira, 03 de fevereiro de 2000. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1804019>. Acesso em: 26 maio 2020.

⁷⁰ Conforme classificação de José Afonso da Silva, as normas constitucionais, quanto à sua eficácia, podem ser classificadas em normas de eficácia plena, de eficácia contida ou de eficácia limitada. Estas são “as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado” (SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 82-83).

⁷¹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 566 e ss.

pelos mesmos legitimados previstos no art. 103, da CF/88, cujo rol é taxativo, *numerus clausus*, não comportando ampliações⁷².

As inovações introduzidas pelo atual documento constitucional levaram a diversos debates acerca da caracterização do modelo brasileiro de controle de constitucionalidade, se misto ou difuso⁷³. Apesar das discussões e dos argumentos, fato é que a Constituição de 1988 ampliou de maneira antes não conhecida pelo ordenamento pátrio a fiscalização em abstrato, desvinculada de qualquer conflito subjetivo. O procedimento das ações objetivas é atualmente regulamentado pelas leis n. 9.868/99 (ADI, ADC e ADO) e n. 9.882/99 (ADPF), que dispõem que as decisões proferidas serão vinculantes e *erga omnes*, reproduzindo a previsão do art. 103, parágrafo 2º, da CF/88^{74 75}. Os efeitos temporais serão objeto de análise em item próprio (1.3.1).

⁷² Apesar da CF/88 não ter feito nenhuma restrição expressa, o STF já fixou diferenciação, quanto aos legitimados do art. 103, da CF/88, classificando-os em duas categorias distintas: os universais, com legitimidade ampla e irrestrita, e os especiais, com legitimidade restrita à pertinência temática. Os primeiros podem provocar as ações de defesa da Constituição em qualquer hipótese, enquanto os segundos, apenas quanto aos temas que tenham repercussão sobre sua esfera de atuação, ou seja, que tenham vinculação com suas atividades. Enquadram-se nesta última categoria: a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal (inciso IV), o Governador de Estado ou do Distrito Federal (inciso V) e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (inciso IX). Sobre o tema, mencionam-se as seguintes decisões: ADI 3.906/DF, Rel. Min. Menezes Direito; ADO 53/BA, Rel. Min. Alexandre de Moraes; ADI 4.146/DF, Rel. Min. Luiz Fux; ADI 5.837/DF, Rel. Min. Dias Toffoli.

⁷³ José Afonso da Silva defende que se trata de sistema que combina elementos do Controle difuso e do concentrado (SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 54.), mas destaca que a denominação de “misto” não é apropriada, pois não reflete a real configuração do modelo brasileiro (SILVA, José Afonso. **Um pouco de direito constitucional comparado: três projetos de Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 142); Elival da Silva Ramos, por sua vez, entende tratar-se de sistema eminentemente difuso, em razão da competência para verificação de compatibilidade constitucional ser atribuída a todo juiz e tribunal, dentro dos seus limites de competência, pois para referido jurista, o fato de apenas o STF poder conhecer das ações objetivas refletiria mera regra de organização jurisdicional (RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 68-72.); Guilherme Peña entende que o ideal seria classificar o sistema brasileiro como híbrido, eclético ou misto, com tendência à hibridação, pois cada uma das formas de controle mantém sua identidade (PEÑA, Guilherme. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2019. p. 649-836.); por fim, menciona-se que Gilmar Ferreira Mendes considera que a ampliação da via abstrata teria dado uma nova roupagem ao sistema de Controle brasileiro (MENDES, Gilmar Ferreira. **O controle de constitucionalidade das leis na atualidade**. Disponível em: <http://www.gilmarmendes.com.br/wp-content/uploads/2018/09/O-CONTROLE-DE-CONSTITUCIONALIDADE-DAS-LEIS-NA-ATUALIDADE.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2020).

⁷⁴ Art. 28, parágrafo único, da Lei n. 9.868/99 (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. Brasília: Congresso Nacional, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm. Acesso em: 25 abr. 2020), e art. 10, parágrafo 3º, da Lei n. 9.882/99 (BRASIL. **Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Brasília: Congresso Nacional, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm. Acesso em: 25 abr. 2020).

⁷⁵ Vale ressaltar que a doutrina não isenta de críticas os efeitos vinculantes atribuídos às decisões do STF. Cf. PINHEIRO, Guilherme César. Jurisdição constitucional e legitimidade democrática das decisões judiciais: um pouco sobre as decisões do controle de constitucionalidades das leis e sua pretensão de atribuição de eficácia vinculante no Estado Democrático de Direito. **Revista Eletrônica do Curso de Direito - PUC Minas Serro**, n. 11, Jan./Ago. 2015. *Online*.

2.3.1 Efeitos da decisão de inconstitucionalidade quanto à existência, vigência e eficácia da norma impugnada no controle abstrato

Concluir se é exigível o mesmo procedimento para a decisão de mérito e para a decisão liminar em sede de controle abstrato só é possível se compreendidos os efeitos que uma e outra podem causar sobre a norma impugnada, o que, por sua vez, exige a análise da natureza jurídica do ato inconstitucional.

A norma pode ser considerada em três diferentes planos. Regina Ferrari afirma que a existência remete ao momento a partir do qual ela passa a existir no universo fático e jurídico após a concretização dos seus elementos constitutivos; a validade refere-se à conformidade da norma com aquela que lhe é superior; e a eficácia, por sua vez, pode ser compreendida em dois aspectos, o da eficácia social, que remete ao cumprimento efetivo da norma pelo campo social, e o da eficácia jurídica, referente à sua capacidade de produção de efeitos jurídicos⁷⁶. Ronaldo Poletti, ao abordar o tema da validade da norma, afirma que essa pode ser encarada sobre três diferentes prismas: validade formal (vigência), validade social (eficácia) e validade ética (fundamento):

Uma norma está em vigor se preenche uma série de requisitos para o seu surgimento: nenhuma outra posterior retirou-lhe a validade formal, revogando-a ou alterando-a. [...] No tocante à vigência, há necessidade de um procedimento, da observância de determinados princípios a fim de que a norma passe a ter força, a vigorar. [...] O problema da eficácia está ligado aos efeitos da norma; numa palavra, à sua atividade.⁷⁷

O controle de constitucionalidade recai sobre o plano da validade, pois presta-se a verificar se o ato impugnado está em consonância com a norma que lhe é superior, ou seja, a Constituição.

Quando conclui pela constitucionalidade a decisão não é paradigma para alterar a linearidade que pairava nem sobre o plano da validade e nem sobre o da eficácia da norma, esta era válida e produzia efeitos, sendo que continua a fazê-lo após. É claro que mesmo esses casos podem resultar em conflito quando, por exemplo, as autoridades administrativas deixam de aplicar um ato por entenderem-no ser inconstitucional, mas isso é feito por conta e risco do próprio administrador, pois se o STF posteriormente vier a confirmar a constitucionalidade e não a refutá-la, deverá arcar com as consequências de sua decisão deliberada⁷⁸. Elival da Silva

⁷⁶ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 70

⁷⁷ POLETTI, Ronaldo. **Introdução ao direito**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 195.

⁷⁸ GALLOTTI, Maria Isabel; A declaração de inconstitucionalidade das leis e seus efeitos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 170, p. 18-40, out/dez. 1987. p. 27-28.

Ramos menciona que quanto às decisões que confirmam a compatibilidade da norma não há que se falar em efeitos retroativos ou irretroativos do provimento jurisdicional pois este não constitui sanção ao ato questionado, apenas declarara (confirma) sua compatibilidade com a Constituição⁷⁹.

A controvérsia/divergência maior surge quando o resultado do julgamento é pela inconstitucionalidade, pois neste caso há alteração da referida linearidade. A norma estava vigente, ou seja, existia e tinha eficácia (produzia efeitos) em razão de sua presunção de constitucionalidade, mas deixa de fazê-lo em razão do reconhecimento de desconformidade. Não se afirma que a decisão constitui o vício de incompatibilidade (natureza constitutiva), mas que ela representa o marco temporal a partir de quando a presunção é definitivamente ilidida. Assim, para a melhor compreensão acerca dos efeitos desta decisão, tanto na procedência da ADI como na improcedência da ADC⁸⁰, deve-se perpassar pela análise da natureza do ato normativo reconhecido como incompatível com a Constituição.

Identifica-se na doutrina, principalmente, a atribuição de três naturezas jurídicas distintas ao ato normativo inconstitucional: nulo, inexistente e anulável.

A primeira delas reconhece à norma impugnada o caráter de nulidade. A norma inconstitucional é nula *ab initio* e a decisão judicial apenas a reconhece (caráter declaratório), e, em razão disso, todo ato secundário ou situação produzidos sob sua égide e que a tenham como fundamento devem ser desconstituídos. A decisão opera efeitos *ex tunc*. A norma possui um vício de validade, que é responsável por sua nulidade, não podendo ser suprida e nem confirmada (inconstitucionalidade é vício improrrogável) e, portanto, a norma não pode (e nem poderia tê-lo feito quando de seu nascimento) produzir nenhum efeito. Segundo essa corrente, a norma é ineficaz porque possui vício de validade. Nesse sentido, tem-se a posição de Alfredo Buzaid⁸¹ e Rui Barbosa⁸².

⁷⁹ RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 90.

⁸⁰ O caráter dúplice ou ambivalente da ADI e da ADC está previsto no próprio art. 24 da Lei n. 9.868/99. Sobre o tema: LEITE, Fábio Carvalho. Ação declaratória de constitucionalidade: expectativa, realidade e algumas propostas. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 69, p. 109-132, dez. 2014.

⁸¹ “[...] toda lei, adversa a Constituição, é absolutamente nula; não simplesmente anulável. A eiva de inconstitucionalidade a atinge no berço, fere-a *ab initio*. Ela não chegou a viver. Nasceu morta. Não teve, pois, nenhum único momento de validade”. BUZAID, Alfredo. **Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1958. p. 128-132.

⁸² Rui Barbosa traz algumas considerações acerca do sistema americano que reconhece o caráter de nulidade ao ato inconstitucional para depois afirmar: “Essa demonstração, bem se vê, não assenta em considerações peculiares à nação americana. Baseia-se não tanto nos textos como na índole de seu regime constitucional, que a Constituição brasileira reproduz e que se aplica, em geral, a todas as Constituições escritas com separação limitativa dos poderes [...] Toda medida, legislativa, ou executiva, que desrespeitar preceitos constitucionais, é, de sua essência, nula” (BARBOSA, Rui. **Atos inconstitucionais**. 1. ed. Campinas: Russell Editores, 2003. p. 41-43.

Uma segunda corrente, defendida por Francisco Campos, da mesma forma que a anterior, sustenta que o ato inconstitucional é ineficaz pois, em razão de seu vício intrínseco e congênito, não poderia ter produzido nenhum efeito. A decisão, portanto, é também meramente declaratória, pois reconhece que o vício já existia desde a promulgação da norma e apenas o proclama, mas situa-o no plano da existência. O ato é considerado inexistente, e não inválido, e por isso não poderia produzir consequência jurídica alguma. Referido autor sustenta que: “[...] lei inconstitucional não é lei, nem poderia ser, jamais, como tal considerada. Ela era o que é e continuará a ser, isto é, coisa nenhuma em direito, antes e depois da declaração de inconstitucionalidade”⁸³.

Encabeçada por Kelsen, uma terceira corrente, incorporada originalmente ao modelo austríaco de controle⁸⁴, sustenta que o pronunciamento jurisdicional que conclui pela inconstitucionalidade tem eficácia constitutiva. A norma é válida e eficaz até o momento da decisão, mas a partir dela deixa de produzir efeitos. Toda norma (presumidamente) válida é apta a produzir efeitos, e por isso as consequências jurídicas que têm como fundamento a lei inconstitucional não podem simplesmente ser desfeitas, razão pela qual a decisão opera efeitos *ex nunc*⁸⁵. De tal posicionamento depreende-se que o ato contém um defeito em seu plano de validade, que o torna anulável.

Dos posicionamentos supramencionados prevaleceu na doutrina brasileira a corrente segundo a qual a norma inconstitucional seria nula, ou seja, possui vício no elemento validade, e, logo, o pronunciamento jurisdicional produz eficácia *ex tunc*, visto que meramente declaratório⁸⁶. Ressalta-se que apesar de referido posicionamento é possível identificar na jurisprudência do STF casos de “relativização” do efeito retroativo em prol da proteção à segurança jurídica e tutela da boa-fé mesmo antes da possibilidade legal de modulação temporal, prevista nos artigos 27, da Lei 9.882/99, e 11, da Lei n. 9.882/99⁸⁷. A decisão que

⁸³ CAMPOS, Francisco *apud* BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Processo nº 5.507/84**. Relator: Des. Graccho Aurélio, 17 de maio de 1984.

⁸⁴ Da forma como originariamente proposto por Kelsen, referido posicionamento foi integralmente adotado no sistema austríaco até a reforma de 1929, quando se passou a admitir, em alguns casos, a eficácia retroativa das decisões. O tema será objeto de análise da seção 3.

⁸⁵ CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Trad: Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984. p. 116-122.

⁸⁶ Nesse sentido: CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 243; MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 249; SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 10.

⁸⁷ Como exemplo, menciona-se o RE 78.533/SP, em que se reconheceu expressamente que a lei inconstitucional é nula (e, portanto, ineficaz), mas a presunção de legitimidade que paira sobre os atos do funcionário de fato, somada à inexistência de prejuízos a terceiros, confere ao ato produzido a aptidão de ser mantido, ressaltando

conclui pela inconstitucionalidade também possui efeitos repristinatórios, ou seja, torna novamente aplicável a legislação revogada pela lei declarada inconstitucional, isso porque um ato que possui nulidade *ab initio*, via de regra, não produz nenhum efeito, ou seja, não poderia ter revogado a primeira norma. Situa-se o vício no plano da validade, mas o seu reconhecimento atinge também o plano da eficácia.

Examinadas as consequências atribuídas ao ato inconstitucional pela decisão de mérito proferida no processo de controle abstrato brasileiro, passa-se à sua análise nos modelos matrizes que influenciaram nosso sistema e a inserção das liminares nesses.

inclusive o desapego ao formalismo per se (o ato teria sido ratificado posteriormente pela autoridade competente). Também no RE 122.202/MG o STF concluiu que a retribuição recebida de boa-fé pelos agentes públicos, mas com fundamento em lei posteriormente reconhecida como inconstitucional, não deveria ser devolvida. Percebe-se que, apesar do reconhecimento de nulidade, algumas das consequências do ato foram mantidas (CLÈVE, Clèmerson Merlin. Ação direta de inconstitucionalidade. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p. 99-116, abr.-jun. 2010. p.113).

3 A PROTEÇÃO ACAUTELATÓRIA NO DIREITO COMPARADO: OS SISTEMAS AMERICANO E AUSTRIACO DE CONTROLE

3.1 O *judicial review* americano

A Constituição dos Estados Unidos não contém menção expressa à possibilidade de controle de constitucionalidade¹, mas a competência para seu exercício deriva do reconhecimento daquela como norma superior e da interpretação que lhe é atribuída². Pretende-se investigar, neste tópico, o contexto americano de surgimento, estruturação e amadurecimento do controle de constitucionalidade e a inserção da liminar nesse sistema. O Constitucionalismo americano foi precursor no desenvolvimento da teoria da supremacia constitucional e consequente possibilidade de controle de atos infralegais, e em que pese o nascedouro do *judicial review* americano habitualmente remontar ao caso *Marbury v. Madison*, suas origens são mais remotas. A enunciação dos pilares do controle de constitucionalidade sedimentou-se no voto do *Chief Justice* Marshall, mas já havia base e campo para isso tanto no aspecto histórico como no teórico.

No campo histórico, o movimento de independência e posterior ratificação da Constituição pelos Estados então soberanos representou, além da insurgência e afirmação contra o poder absoluto da metrópole inglesa, a gênese do conceito de uma lei superior, vale dizer, a concepção segundo a qual o documento elaborado naquele momento especial e extraordinário (a Constituição) se sobreporia aos demais textos normativos elaborados em ocasiões ordinárias pelos poderes constituídos. Nos termos postos por Griffin, a Constituição americana de 1787 representou algo até então desconhecido: nenhum outro Estado havia

¹Em que pese não haver previsão expressa para o *judicial review* na Constituição americana, Henry J. Abraham considera que haveria alusão ao instituto no artigo III, Seção 2, que assim dispõe: “O poder judicial se estenderá a todos os casos, em direito e equidade, decorrentes desta Constituição, das leis dos Estados Unidos e dos tratados celebrados ou que venham a ser celebrados [...]” (tradução nossa). No original: “*The judicial power shall extend to all cases, in law and equity, arising under this Constitution, the laws of the Unites States and treaties made or wich shall bem made, under the authority [...]*” (ABRAHAM, Henry J. **The judicial process**. 7th ed. New York: Oxford University Press, 1998. p. 337). Em realidade, o que se extrai do dispositivo constitucional é uma afirmação quanto à extensão do poder judiciário a todos os casos, mas não ao *judicial review*, embora permita a interpretação sistemática que possibilita inferir a competência judiciária para tanto.

²Mesmo quando se está diante do Controle difuso, é possível que a previsão para o seu exercício esteja ou não prevista no texto da Constituição. Como exemplo em que não há a previsão, mencionam-se os casos dos Estados Unidos, Dinamarca e Noruega. Por outro lado, em países como Japão e África do Sul, a competência difusa é expressamente estabelecida. Cf: GECK, Wilhelm Karl. Judicial review of statutes: a comparative survey of present institutions and practices. **Cornell Law Review**, v. 51, issue 2, p. 250-304, 1966. p. 274.

adotado anteriormente na história um documento único que possuísse o status de lei suprema³, e o *judicial review* seria o instrumento apto a assegurar referida superioridade.

Segundo Henry J. Abraham, o *judicial review*, apesar de não ter sido expressamente sedimentado quando da elaboração do texto constitucional, já era amplamente reconhecido e aceito pela maior parte dos Pais Fundadores (*Founding Fathers*), tanto federalistas como anti-federalistas, embora por diferentes razões, conforme se infere dos registros da Convenção Constitucional de 1787 na Filadélfia. Referido autor menciona o pronunciamento de Gouverneur Morris, para quem as cortes não deveriam atribuir sequer o peso de lei a uma violação direta à Constituição⁴. Em um primeiro momento, entendia-se que essas realizariam uma “comparação” entre a lei e a Constituição, e sendo esta superior, eventual contrariedade deveria inexoravelmente resultar na declaração de nulidade do ato infraconstitucional⁵. Se o Legislativo retira fundamento de validade da própria Constituição, evidentemente não pode contrariá-la.

No aspecto teórico, a imprescindibilidade do controle judicial ficou devidamente registrada nos artigos Federalistas, em especial no de número 78, escrito por Alexander Hamilton:

A completa independência dos tribunais de justiça é peculiarmente essencial numa Constituição limitada. Por Constituição limitada, entendo uma que contenha certas exceções especificadas ao poder legislativo, como, por exemplo, a de que ele não aprovará decretos de perda de direitos civis, leis *ex post facto*, ou coisas semelhantes. Na prática, limitações desse tipo não podem ser preservadas senão por meio dos tribunais de justiça, cuja missão deverá ser declarar nulos todos os atos contrários ao sentido manifesto da Constituição. Sem isto, todas as restrições a direitos ou privilégios particulares equivaleriam a nada.⁶

O autor, após esclarecer que o Judiciário seria o poder ideal para a declaração de nulidade de atos contrários à Constituição por não representar qualquer ameaça à liberdade geral do povo, diversamente do Executivo e do Legislativo, vai além ao afirmar que a competência judicial para declaração de nulidade de uma lei contrária à Constituição não é nenhum artifício para consagrar a superioridade de um poder em relação ao outro. É, em verdade, decorrência lógica da supremacia da Constituição⁷.

³ GRIFFIN, Stephen M. **American constitutionalism: from theory to politics**. New Jersey: Princeton University Press, 1996. p. 12.

⁴ ABRAHAM, Henry J. **The judicial process**. 7th ed. New York: Oxford University Press, 1998. p. 335-336.

⁵ NELSON, William E. Changing conceptions of judicial review: the evolution of constitutional theory in the States: 1790-1860. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 120, n. 6, p. 1166-1185, jun. 1972. p. 1171.

⁶ HAMILTON, Alexander; MADISON, James. JAY, John. **Os artigos federalistas**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. p. 480.

⁷ *Ibid.*, p. 481.

Além de referidos textos históricos, a essência do *judicial review* também já estava presente em decisões judiciais que antecedem o caso *Marbury v. Madison*. William Nelson refere-se à obra de Julius Goebel, “*History of the Supreme Court of The United States: Antecedents and Beginnings to 1801*”, em que referido autor identifica diversos casos de cortes estaduais que afirmam sua competência já na década de 1780, em casos concretos postos a seu crivo, para declarar a inconstitucionalidade de leis contrárias, evidenciando que a doutrina do *judicial review* já tinha ampla aceitação, embora não fosse isenta de críticas⁸.

A decisão do *Chief Justice Marshall*⁹ não inaugurou propriamente a doutrina do controle de constitucionalidade visto que se erigiu sobre um contexto teórico e histórico já favorável, mas teve inegável relevância política pois representou o marco do constitucionalismo no qual se afirmou expressamente a submissão dos agentes políticos às decisões da Corte e solidificou o entendimento segundo o qual a Corte tem autoridade para invalidar atos do Congresso que são inconstitucionais¹⁰. Afirmou-se com clareza que uma lei contrária à Constituição é vazia e que tanto as cortes como os outros poderes estão limitados por ela em sua atuação¹¹.

⁸Identificam-se casos em Nova Iorque, Massachusetts e Nova Hampshire (NELSON, William E. Changing conceptions of judicial review: the evolution of constitutional theory in the States: 1790-1860. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 120, n. 6, p. 1166-1185, jun. 1972. p. 1167-1168). Mas como dito, embora já fosse aceita a competência das cortes para invalidar atos inconstitucionais, não o era de forma unânime: havia uma certa resistência, especialmente nos Estados de Ohio e Kentucky nas primeiras décadas do século XIX. Como exemplo, em Ohio, em 1810, identificam-se casos pontuais de juízes que sofriam impeachment pelo legislativo, embora não fossem efetivamente condenados, por terem invalidado leis consideradas contrárias à Constituição (TREANOR, William Michael. Judicial review before Marbury. **Stanford Law Review**, v. 58, p. 455-562, nov. 2005. p. 555).

⁹A decisão no caso *Marbury v. Madison* (1803) foi proferida após o federalista William Marbury requerer perante a Suprema Corte seu provimento como juiz, obtido em razão da nomeação feita por John Adams, mas suspenso quando o novo presidente eleito, Thomas Jefferson, assumiu o cargo no Executivo. Foi ajuizado um *writ of mandamus* com base na Section 13 do *Judiciary Act* em face do secretário de Estado, James Madison, para que esse fosse judicialmente obrigado a prover o requerente, com base na nomeação anterior. Na decisão, Marshall asseverou que: 1) Marbury tinha o direito legal ao provimento; 2) Marbury tinha o direito de recorrer às leis do país para buscar um remédio; 3) que o remédio apropriado não era o *writ of mandamus* emitido pela Suprema Corte pois isso seria um exercício de competência não prevista pela Constituição, que especifica, no artigo III, quais são as competências originárias da Corte, e essa não estava ali prevista. Marshall asseverou que o preceito contido na Section 13 do *Judiciary Act* representava uma ampliação indevida das competências originárias da Corte, visto que essas eram previstas exclusivamente pela Constituição. Em outras palavras, o alargamento feito pelo Congresso Nacional, através de referida cláusula, era inconstitucional. Assim, apesar de Marbury possuir o direito à nomeação, não poderia a Suprema Corte emitir a ordem de provimento pois não tinha competência para tanto.

¹⁰ Robert Lowry Clinton afirma que a decisão representou também uma ponderação dos interesses políticos em jogo, pois em que pese a supremacia constitucional e competência do judiciário, também evitou um possível conflito com o Executivo, pois se concedesse a ordem requerida correria o risco de a decisão não ser cumprida e ser instaurada uma crise entre os poderes. Cf. CLINTON, Robert Lowry. Game theory, legal history, and the origins of judicial review: a revisionist analysis of *Marbury v. Madison*. **American Journal of Political Science**, v. 38, n. 2, p. 285-302, May 1994. p. 286.

¹¹ “A fraseologia particular da Constituição dos Estados Unidos confirma e fortalece o princípio [...] de que uma lei incompatível com a constituição é nula, e que os tribunais, bem como outros departamentos, estão vinculados a esse instrumento” (tradução nossa). No original: “*The particular phraseology of the Constitution of the United States confirms and strengthens the principle [...] that a law repugnant to the constitution is void, and that courts, as well as other departments, are bound by that instrument*”. *Ibid.*, p. 288.

Vale destacar que o escopo do *judicial review* americano foi profundamente alterado ao longo dos anos. O objetivo mediato sempre foi a defesa da supremacia da Constituição, mas os juízes do final do século XVIII e início do século XIX, quando realizavam o *judicial review*, o faziam primariamente para assegurar o respeito aos limites impostos à atuação legislativa e executiva na separação de poderes. O poder constituído não poderia ser contrário ao que restou estabelecido na lei suprema, mas na época revolucionária e início da República, preocupava-se mais com a possibilidade de os legisladores e agentes transgredirem limites de competência impostos do que efetivamente com a proteção de direitos de minorias em face de majorias. Exemplo claro do que se afirma é a própria decisão em *Marbury v. Madison*: a lei foi invalidada pois ultrapassou os contornos da separação de poderes, vale dizer, representou ingerência do Legislativo na competência do Judiciário.

Mudanças nesse padrão começam a ocorrer apenas no início de 1820, quando, no aumento da natureza democrática do processo político americano, passa-se a presumir que o Legislativo não trairia a confiança do povo e os limites por ele estabelecidos na Constituição, visto que o representa. Entretanto, sendo a democracia o governo da maioria, o *judicial review* seria o mecanismo necessário à proteção dos direitos individuais das minorias. Seu exercício não representaria mais uma mera “comparação” entre a lei inferior e a lei superior, mas a consagração de valores e garantia de forma a assegurar que uma lei não realizasse o direito de alguns em detrimento de outros. William E. Nelson bem sintetiza essa transição¹².

Mesmo nos Estados Unidos, berço do controle de constitucionalidade, seus fundamentos não o isentam de críticas¹³. O controle de constitucionalidade não confere à Suprema Corte o papel de intérprete final¹⁴, mas atribui-lhe a competência primordial de proteção da supremacia constitucional.

¹² “[...] o controle de constitucionalidade era necessário 'para assegurar às minorias e indivíduos fracos e impopulares, direitos iguais aos da maioria', 'para evitar que as majorias em tempos de excitação política aprovassem leis parciais' e para proteger 'as minorias contra os caprichos, imprudências ou preconceitos das majorias’” (tradução nossa). No original: “[...] *judicial review* was needed ‘to secure to weak and unpopular minorities and individuals, equal rights with the majority’, ‘to prevent majorities in times of political excitement from passing partial laws,’ and to protect ‘minorities against the caprices, recklessness, or prejudices of majorities’” (NELSON, William E. Changing conceptions of judicial review: the evolution of constitutional theory in the States: 1790-1860. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 120, n. 6, p. 1166-1185, jun. 1972. p. 1184).

¹³ Menciona-se, a título exemplificativo, a crítica realizada por John Agresto em sua obra, que sustenta que o *judicial review* “tem sido um dos principais ingredientes no crescimento do poder judiciário e na erosão dos princípios da soberania popular, constitucionalismo e controle interdepartamental” (tradução nossa). No original: “has been a major ingredient in the growth of judicial power and the erosion of the principles of popular sovereignty, constitutionalism and interdepartmental checks”. (AGRESTO, John. **The supreme court and constitutional democracy**. Ithica: Cornell University Press, 1984. p. 117)

¹⁴ Sobre o tema, James Meernik e Joseph Ignani desenvolveram um estudo que analisa a influência de diversos atores na construção dos preceitos da Constituição e a inalterabilidade das decisões da Suprema Corte. Os autores fazem uma análise empírica de casos, desde 1954 até 1990, analisando em quantos a Suprema Corte declarou

3.1.1 Estrutura do controle e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade

As bases do *judicial review* estabelecidas e expostas no tópico anterior permitem sua conceituação nos seguintes termos, dos quais é possível extrair, também, alguns dos elementos para sua caracterização:

[...] o poder de qualquer tribunal de julgar inconstitucional e, portanto, inaplicável qualquer lei, qualquer ato oficial baseado em lei, ou qualquer outro ato de funcionário público que julgue – após reflexão cuidadosa, normalmente diligente, e de acordo com os cânones da tradição da lei ensinados, bem como a autocontenção judicial – estar em conflito com a lei básica – nos Estados Unidos, sua Constituição. Em outras palavras, ao invocar o poder de controle de constitucionalidade – que, é claro, tanto pode “validar” quanto “vetar” – um tribunal aplica a superior de duas leis, que no nível do judiciário federal dos Estados Unidos significa a Constituição em vez do estatuto legislativo ou alguma ação de um funcionário público alegadamente ou realmente baseado nela.

Nos Estados Unidos, o assunto principal neste tratamento do controle de constitucionalidade, este instrumento de poder altamente significativo, 'o processo principiológico de enunciar e aplicar certos valores duradouros de nossa sociedade' é possuído teoricamente por todos os tribunais de registro, não importa quão alto ou baixo na escada judicial. (tradução nossa)¹⁵

uma lei, ou parte dela, inconstitucional. Foram 569 casos no total: 497 eram leis estaduais, 65 leis federais e 7 eram ordens executivas. Após, os autores procuraram evidências de tentativas do Congresso reverter o resultado desses casos. Eles consideraram todas as propostas de lei e propostas de emendas constitucionais que tentaram reverter uma decisão da corte e que foram objeto de ao menos um nível de votação ou na *House of Representatives* ou no *Senate* (com esse critério, conseguiram excluir tentativas superficiais de agradar a opinião pública ou cruzadas pessoais que não representariam verdadeiros desafios à decisão da Corte, e, por outro lado, incluiria esforços sérios para moldar o comportamento da Corte, mesmo que não tenha efetivamente virado lei). Os autores consideram um caso bem-sucedido de decisão que reverteu a decisão da corte quando ambas a *House of Representatives* e o *Senate* aprovam uma legislação que afeta uma decisão da Suprema Corte (não consideraram a sanção presidencial pois essa não faria diferença relevante na análise – houve apenas 5 casos em que a lei, apesar de aprovada por ambas as casas, não foi sancionada pelo Presidente). Os autores afirmam que, analisando a frequência de tentativas/sucessos de reverter decisões da corte, contrariamente ao que a opinião popular acredita (de que a decisão da Suprema Corte é final), o Congresso pode e efetivamente tenta reverter decisões. Segundo os autores, em 78% dos casos (444 de 569), o Congresso não tentou reverter a decisão. Em 125 casos, ou a *House of Representatives* ou o *Senate* votaram por uma legislação que modificaria a decisão. Em 33% desses 125 (41), em que o Congresso tentou reverter uma decisão da Corte, ele obteve sucesso em aprovar a legislação. Por fim, afirmam que, apesar de os números não serem expressivos, eles indicam claramente que o Congresso reverteu um julgamento da Corte através da legislação ordinária e de emenda constitucional. (IGNANI, Joseph. MERNIK, James. *Judicial review and coordinate construction of the constitution*. **American Journal of Political Science**, v. 41, No. 2, p. 447-467, Apr., 1997).

¹⁵ No original: “[...] the power of any court to hold unconstitutional and hence unenforceable any law, any official action based on a law, or any other action by a public official that it deems – upon careful, normally painstaking, reflection and in line with the canons of the taught tradition of the law as well as judicial self-restraint – to be in conflict with the basic law – in the United States, its Constitution. In other words, by invoking the power of judicial review – which, of course, may ‘validate’ as well as ‘veto’ – a court applies the superior of two laws, which at the level of the federal judiciary of the United States signifies the Constitution instead of the legislative statute or some action by a public official allegedly or actually based on it. In the United States, the chief subject in this treatment of judicial review, this highly significant instrument of power, ‘the principled process of enunciating and applying certain enduring values of our society’ is possessed theoretically by every court of record, no matter how high or low on the judicial ladder”. ABRAHAM, Henry J. **The judicial process**. 7th ed. New York: Oxford University Press, 1998. p. 300.

A prerrogativa para que o Judiciário realize o controle de constitucionalidade advém de ampla discussão doutrinária e jurisprudencial e da interpretação da própria Constituição. Do fragmento acima colacionado, extrai-se que o *judicial review* é exercido por todos os juízes e tribunais, independentemente de sua hierarquia. Esses não podem, entretanto, analisar a lei questionada em abstrato, vale dizer, o processo de verificação de compatibilidade constitucional do texto normativo inferior com a Constituição deve ocorrer a partir de um caso concreto posto a seu crivo. O juiz, diante de uma lide que envolva incidentalmente a questão da constitucionalidade, tendo em vista a vedação ao *non liquet*, resolve primeiramente o incidente constitucional e, depois, aplica a conclusão à demanda.

Em que pese tal competência difusa, a que mais interessa à presente pesquisa é aquela desempenhada pela Suprema Corte. As decisões tomadas pela mais alta Corte na hierarquia judiciária americana são dotadas de extrema relevância pois são as únicas aptas a formar um *stare decisis*, ou, em outros termos, um precedente vinculante e suas atribuições estão previstas no *Article III, Section 2*, da Constituição: possui competência recursal para todos os casos julgados pelas cortes de hierarquia inferior, nos termos da legislação editada pelo Congresso, e competência originária nos casos que envolvam embaixadores, ministros, cônsules e Estados. Tendo em vista que o *judicial review* pode ser exercido em todo caso concreto que demande a resolução incidental da questão constitucional, a *United States Supreme Court* (USSC) poderá fazê-lo tanto em questões recursais como originárias.

Como consequência também da competência difusa, infere-se que qualquer um possui legitimidade para acessar o judiciário e obter um pronunciamento acerca da constitucionalidade de uma lei, desde que possua interesse legítimo na controvérsia que envolva sua aplicação. Inclusive, em célebre decisão que enuncia alguns dos princípios do *judicial review* americano, afirma-se que só haverá o enfrentamento da questão constitucional conforme essa seja imprescindível à solução da controvérsia concreta entre as partes¹⁶.

Mas o acesso à Suprema Corte é um caminho cheio de percalços e nem sempre exitoso¹⁷. Em âmbito federal¹⁸, quando a parte obtém um pronunciamento desfavorável perante um

¹⁶ Cf. *Ashwander v. TVA*, 297 U.S. 288, 345 (1936).

¹⁷ A título de exemplo, menciona-se que em 2018 foram ajuizados 6.442 casos perante a USSC, mas apenas 73 foram efetivamente analisados, conforme se infere do relatório anual publicado (EUA. Supreme Court. **2019 Year-End Report on the Federal Judiciary**. 2019. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/publicinfo/year-end/2019year-endreport.pdf>. Acesso em 06 jan. 2022).

¹⁸ Neste momento, faz-se mister realizar esclarecer o recorte feito no objeto de análise: as investigações limitam-se a analisar a estrutura judiciária federal. As principais causas analisadas pelas cortes federais são aquelas que envolvem “questões federais” e as baseadas em “diversidade de cidadania”. As primeiras remetem aos litígios que envolvem o governo americano, ou cujo objeto é a Constituição ou leis federais ou controvérsias entre

District Court (a primeira corte de julgamento na estrutura federal), comumente lhe é permitido apelar para a *Apellate Court* (*right to appeal*). Em face de uma decisão da *Apellate Court*, o sistema processual prevê a possibilidade de a parte recorrer para a USSC mediante *certiorari* ou mediante *appeal as a matter of right*. Esses dois instrumentos jurídicos não são aceitos em todos os casos, vale dizer, esses são os dois “recursos” que possibilitam (em tese) à parte ter sua demanda analisada pela Suprema Corte, mas não são indistintamente admitidos.

O *appeal as a matter of right* é cabível em uma única hipótese: em face de decisões proferidas por tribunais distritais de três juízes (*three-judge district courts*). Este só se forma quando a ação ajuizada questiona a constitucionalidade da distribuição de distritos eleitorais ou a distribuição de qualquer órgão legislativo estadual¹⁹. Se for interposto o *appeal* em face dessa decisão, a USSC não terá discricionariedade, ou seja, deverá obrigatoriamente analisá-lo.

Já o *certiorari* é o recurso cabível em face das decisões dos demais tribunais, direcionado para a Suprema Corte, mas sua admissibilidade é completamente discricionária. As atuais Regras da Suprema Corte Americana, em vigor desde 01 de julho de 2019, determinam que aquele só será admitido se houver razões convincentes (*compelling reasons*)²⁰, mas é expressa ao afirmar que o rol de exemplos mencionados não limita a discricionariedade da Corte, que pode livremente decidir, sem necessidade de fundamentar, se o admite ou não.

estados americanos ou entre os EUA e nações estrangeiras. As segundas referem-se às controvérsias entre indivíduos de diferentes estados, ou entre um cidadão americano e um cidadão de outro país. O objeto de estudo desta pesquisa é o controle de constitucionalidade, que envolve o confronto entre uma lei infraconstitucional e o documento superior. Logo, são as cortes federais que têm competência para analisá-las.

¹⁹ 28 U.S. Code § 2284. CORNELL LAW SCHOOL. **28 U.S. Code § 2284 - Three-judge court; when required; composition; procedure.** Legal Information Institute, [2022]. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/2284>. Acesso em 06 jan. 2022.

²⁰ As Regras mencionam exemplos em que, a depender da conclusão da Corte, considera-se que há razões convincentes para ser aceito o *certiorari*: “(a) um tribunal de apelações dos Estados Unidos proferiu uma decisão em conflito com a decisão de outro tribunal de apelações dos Estados Unidos sobre o mesmo assunto importante; decidiu uma importante questão federal de forma que conflita com uma decisão de um tribunal estadual de última instância; ou até agora se desviou do curso aceito e usual dos processos judiciais, ou sancionou tal afastamento por um tribunal inferior, de modo a exigir o exercício do poder de supervisão deste Tribunal; (b) um tribunal estadual de última instância decidiu uma questão federal importante de forma que conflita com a decisão de outro tribunal estadual de última instância ou de um tribunal de apelações dos Estados Unidos; (c) um tribunal estadual ou um tribunal de apelações dos Estados Unidos decidiu uma questão importante de lei federal que não foi, mas deveria ser, resolvida por este Tribunal, ou decidiu uma questão federal importante de uma forma que conflita com decisões relevantes deste Tribunal” (tradução nossa). No original: “(a) a United States court of appeals has entered a decision in conflict with the decision of another United States court of appeals on the same important matter; has decided an important federal question in a way that conflicts with a decision by a state court of last resort; or has so far departed from the accepted and usual course of judicial proceedings, or sanctioned such a departure by a lower court, as to call for an exercise of this Court’s supervisory power; (b) a state court of last resort has decided an important federal question in a way that conflicts with the decision of another state court of last resort or of a United States court of appeals; (c) a state court or a United States court of appeals has decided an important question of federal law that has not been, but should be, settled by this Court, or has decided an important federal question in a way that conflicts with relevant decisions of this Court”. Ibid. (EUA. Supreme Court. **Rules of the Supreme Court of the United States**: adopted April 18, 2019, effective July 1, 2019. 2019. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/ctrules/2019rulesofthecourt.pdf>. Acesso em 06 jan. 2022).

Habitualmente os casos selecionados são aqueles em que há divergência entre as cortes inferiores ou que envolvem importantes questões sobre a Constituição ou sobre leis federais. Além disso, só será concedido o *certiorari* se a decisão da USSC tiver aptidão para ter eficácia, ou seja, via de regra, caso a controvérsia não seja atual e real, não será analisada, pois não haverá necessidade (*mootness*)²¹. Apesar de não escrita, vigora a denominada “regra dos quatro”, segundo a qual se quatro dos nove membros quiserem examinar determinada causa, será concedido o *certiorari* e seu mérito será analisado em colegiado.

Vê-se, portanto, que a competência recursal obrigatória da Suprema Corte é extremamente rara e limitada²², pois ocorre apenas quando se questionam decisões dos *three-judge district courts*, e não toda vez que os juízes e tribunais inferiores declararam a inconstitucionalidade de qualquer lei, ao contrário do que a opinião comum possa inferir.

Ainda sobre a USSC, sua competência concreta veda a *advisory opinion*: pleito através do qual questões são formuladas de forma abstrata pelos interessados. Também se não estiver madura (*ripe*) e se versar apenas sobre a possibilidade futura de eventual problema advindo da lei, não será apreciada. Essas vedações, em realidade, explicitam a proibição da decisão em abstrato e evitam a análise de questões políticas pela corte, permitindo apenas o julgamento de “*cases or controversies*”.

As decisões são sempre tomadas mediante a reunião dos nove *Justices* em conferência. Se admitido o *certiorari* ou em caso de *appeal*, poderá haver debate oral em sessão de julgamento (pública) e, posteriormente, o caso será analisado às portas fechadas. Após a manifestação de todos os nove *Justices*, será elaborado o relatório final (*opinion*)²³, que não traz os votos de cada um deles: é elaborado apenas um que traduz a conclusão, e caso haja algum *Justice* que divirja da maioria, apenas seu voto, denominado *concurring opinion*, será apresentado juntamente no relatório. Caso mais de um divirja, mesmo assim será elaborado apenas um voto divergente, ao qual todos os discordantes aderem.

Quanto aos efeitos subjetivos, a deliberação dos juízes e tribunais no controle incidental aplica-se apenas às partes do processo (*inter partes*), mas aquela proferida pela USSC tem força vinculante e constitui o que se denomina de *stare decisis*. Esta fará coisa julgada para as partes

²¹ Há casos na jurisprudência norte americana em que o *mootness* é mitigado para evitar que questões relevantes não sejam julgadas pela Corte, vale dizer, o *mootness* é relativizado pois essa seria a única oportunidade que o demandante poderia ter seu caso analisado pela Corte. Como exemplo, menciona-se *Roe v. Wade*, 410 U. S. 113.

²² Como exemplo do que se afirma, destaca-se que, segundo os relatórios anuais da Corte, em 2020 foi julgado um *appeal*; em 2019, nenhum; e em 2018, três. (EUA. Supreme Court of the United States. **Granted/Noted Cases List**. 2022. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/orders/grantednotedlists.aspx>. Acesso em 06 jan. 2022.

²³ Seria algo semelhante ao nosso acórdão.

envolvidas no processo, e, uma vez decidida a questão constitucional, terá força obrigatória para as autoridades administrativas e para o Judiciário, de modo que nenhum outro juiz de hierarquia inferior poderá decidi-la de forma diferente. Declarada a inconstitucionalidade pela Suprema Corte, a lei não será erradicada dos textos normativos a menos que seja revogada por outra lei superveniente, mas tornar-se-á “*dead law*”, nas palavras de Cappeletti²⁴, visto que não será mais aplicada.

Ressalta-se a imprescindibilidade do instituto do *stare decisis* para o modelo de competência difusa, pois uma vez que todo juiz pode deliberar sobre a constitucionalidade das leis, o sistema não possuiria segurança jurídica alguma se não fossem os precedentes vinculantes. Estes garantem a uniformidade e estabilidade, mas é evidente que não se exclui a possibilidade de distinção (*distinguishing*) ou superação (*overruling*) conforme o caso concreto. Vale lembrar que a atualização das normas constitucionais por meio da interpretação operada pela USSC é um dos fatores que permite a estabilidade da Constituição americana²⁵. O Congresso, entretanto, não se vincula à decisão em razão da independência dos poderes e pode propor e aprovar projeto de lei ou emenda que modifique o entendimento consolidado. Inclusive, entre 1954 e 1990, das 569 declarações de inconstitucionalidade de lei (total ou parcial) pela USSC, 125 foram objeto de tentativa de alteração legislativa por meio de projeto de lei ou de emenda, tendo 41 dessas obtido aprovação²⁶.

Já quanto aos efeitos temporais, tradicionalmente afirma-se que a lei declarada inconstitucional é nula desde sua origem e não poderia ter produzido nenhum efeito. A sentença é meramente declaratória e reconhece vício que preexiste ao pleito das partes no caso concreto, logo, aplica-se *ex tunc*. Quando se trata da declaração com efeitos apenas *inter partes*, pelas cortes inferiores, não há maiores dificuldades na aplicação dessa regra. Entretanto, os mesmos problemas apontados quando se abordou os efeitos retroativos no caso brasileiro são verificados na jurisprudência da Suprema Corte, vale dizer, risco à segurança jurídica, coisa julgada, boa-

²⁴ CAPPELETTI, Mauro. **O Controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Trad: Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984. p. 81.

²⁵ Fazendo um breve paralelo com o sistema brasileiro, destaca-se que nossa tradição jurídica é embasada no *civil law*, e não no *common law*, como o é o sistema americano. Apesar do Código de Processo Civil de 2015 ter dado enorme peso às decisões vinculantes dos tribunais e a jurisprudência mostre-se efetivamente moldando-se a essa previsão, o precedente no Brasil não tem o mesmo peso que nos Estados Unidos. Vale fazer referência ao já citado artigo de José Levi Mello do Amaral Júnior, em que esse expõe seu entendimento segundo o qual a evolução brasileira do Controle de Constitucionalidade foi, ao longo da história, impulsionada pela falta do *stare decisis*: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello. Controle de constitucionalidade: evolução brasileira determinada pela falta do *stare decisis*. **Revista dos Tribunais online**, v. 920, p. 133, jun. 2012.

²⁶ Sobre essas informações, vide o estudo mencionado na nota de rodapé n. 14 da seção 3.1.

fé, etc, em razão de lei que validamente presume-se ser constitucional e que, tendo sido aplicada por um longo período de tempo, consolidou determinados efeitos²⁷.

Por isso, se o caso concreto assim exigir, a Corte irá analisar as consequências concretas que podem advir do efeito totalmente retroativo e, se necessário, poderá excepcioná-lo. Wilhelm Geck, quando trata do tema, dá o exemplo da invalidação de uma lei instituidora de tributos: como o orçamento será afetado? Quanto tempo irá demorar para o legislativo preencher o vazio normativo? Isso porque o intérprete não está alheio à sociedade, vale dizer, decisões não podem ser proferidas em abstrato, mas o mesmo autor adverte que a competência da Corte não é política, e sim interpretativa do texto constitucional, e adverte acerca de seu despreparo quanto à essa responsabilidade política para a modulação temporal²⁸.

3.1.2 *Preliminary injunctions: as liminares no judicial review para a tutela de interesses concretos*

As adversidades, inclusive violações a direitos fundamentais, que podem se originar de uma lei violadora da Constituição e da demora na prestação jurisdicional são problemas presentes em todo ordenamento que a toma como documento supremo. O Direito, conforme dito, não se mostra inócuo a tal fato, e foram desenvolvidos mecanismos jurídicos ao longo do tempo para evitar prejuízos irreparáveis. No sistema americano, trata-se das *preliminary injunctions*²⁹.

²⁷ Não há uma resposta certa e definitiva quanto ao efeito (ir)retroativo de um julgamento que declara a inconstitucionalidade de uma lei. Segundo a doutrina tradicional americana, se esta é reconhecidamente incompatível com a Constituição, é inválida desde sua origem, e nunca deveria ter sido aplicada. Porém, pode ocorrer de aquela ter sido base para a prática de diversos eventos jurídicos, e a reversão desses não pode ocorrer sem prejuízo a direitos individuais e à segurança jurídica. Por isso, exceções ao princípio da retroatividade são necessárias, conforme o caso concreto. Acerca do possível efeito retroativo das decisões, os seguintes precedentes da USSC analisam o tema: *Linkletter v. Walter* (381 U.S. 618, 1965), *Griffith v. Kentucky* (479 U.S. 314, 1987), *Teague v. Lane* (489 U.S. 288, 1989), *Danforth v. Minnesota* (522 U.S. ___, 2008).

²⁸ O autor não utiliza propriamente o termo “modulação”, mas adverte que a incumbência de determinar o momento a partir do qual a decisão passa a valer escapa do papel da Corte de garantidora da supremacia constitucional. Trata-se de perigosa decisão política em razão das pressões indevidas a que pode estar exposta, além do próprio despreparo para analisar consequências políticas. Cf. GECK, Wilhelm Karl. *Judicial review of statutes: a comparative survey of present institutions and practices*. **Cornell Law Review**, v. 51, issue 2, p. 250-304, 1966.. p. 283-284.

²⁹ A origem das *preliminary injunctions* remonta ao sistema inglês, mais especificamente, às decisões proferidas pelo *Lord Chancellor*, da *Court of Chancery*, que possuía competência para expedir *equitable relief*, vale dizer, remédios com base na equidade para preservar o direito da parte. Na fundamentação fazia-se referência à preservação do status quo para evitar prejuízo irreparável à parte, desde que não houvesse dano à outra. Nos Estados Unidos, a partir do final do século XVIII, há decisões da USSC que tratam do instituto como forma de assegurar um direito que seria ofendido se não fosse a decisão preliminar, ou seja, seria imprescindível a

Essas constituem espécie do gênero *injunction*, que configura uma ordem concedida pelo tribunal para que a parte contrária faça (*mandatory injunction*) ou deixe de fazer algo específico (*prohibitory injunction*). O pedido para que seja concedida a ordem constituirá uma ação autônoma e nela não se pode pleitear compensação monetária. Trata-se de instituto que visa unicamente satisfazer o direito através da ordem de ação ou omissão. Além da classificação quanto ao objeto, se comissivo ou omissivo, a *injunction* também pode classificar-se a depender de quando é requerida como: 1) *permanent injunction*; 2) *temporary restraining order* (TRO) e; 3) *preliminary injunction*, sendo esta a que nos interessa.

A primeira constitui o pedido principal, a ordem que a parte deseja obter permanentemente com a ação judicial. A segunda configura-se como uma medida de curto prazo e pode ser concedida sem a realização de audiência e sem notícia à parte contrária, mas sua eficácia não pode exceder dez dias. São expedidas habitualmente quando a ação do requerido pode ferir seriamente o direito do requerente. Já as *preliminary injunctions* visam obter uma ordem da corte para preservar o direito do requerente de forma acautelatória. São temporárias e por isso não se confundem com a primeira espécie, mas são mais duradouras que as TROs e por isso exigem um procedimento com mais etapas para poderem ser concedidas, o que habitualmente envolve a comunicação da parte contrária e a apresentação de argumentos e provas em audiência, embora de maneira mais sumária do que a exigida para a concessão da *permanent injunction*. A *preliminary* pode ser concedida tanto para substituir uma TRO como independentemente de sua concessão anterior. Para a concessão da ordem permanente não é necessário que a parte tenha requerido anteriormente a ordem temporária.

A *preliminary injuntcion* é a que interessa aos fins da presente pesquisa. Trata-se de espécie do gênero *injuntcion* e por isso só é cabível nos processos que visam obter uma ordem de conduta comissiva ou omissiva da parte contrária, como é o caso típico das ações em que a parte tem como fundamento de seu pedido a inconstitucionalidade de um ato normativo. A tutela acautelatória nesses casos teria como objeto a suspensão da aplicação da norma impugnada para preservar o direito do requerente. O sistema de controle americano é concreto e, por isso, é plenamente justificável a demanda acautelatória quando se alega a violação de direitos fundamentais, isso porque o processo busca, ao fim, a tutela de interesses subjetivos.

comprovação da probabilidade do direito e de que esse seria violado caso não houvesse interposição judicial, conforme se infere de *Georgia v. Brailsford* (2 U.S. 402 (1792)). Em que pese a origem das *injunctions* remontar ao sistema de equidade inglês, essas eram concedidas em processos subjetivos entre particulares. Não se identificam *injunctions* em face da Coroa inglesa, ou seja, naquele momento ainda não se concediam liminares contra leis que alegadamente violassem normas superiores (Cf. GUMMOW, Willian; LEHANE, John; MEAGHER, Roderick. **Equity**: doctrines and remedies. 5th ed. LexisNexis Butterworths: New York, 2015. p. 787).

Situação diversa do processo objetivo que pretende a proteção abstrata. A ordem então seria para que a norma alegadamente inconstitucional deixasse de ser aplicada para assegurar a possibilidade de fruição do direito ao final do julgamento, assegurando algo provisoriamente. Williamson Kerr afirma:

As liminares são aquelas que devem continuar até a audiência da causa sobre o mérito, ou até a Descoberta, se esse for o objeto do pedido, ou geralmente até nova ordem. [...] A liminar tem natureza meramente provisória e não conclui um direito. O efeito e objeto da liminar é meramente manter a matéria em *status quo* até a audiência ou nova ordem. Ao intervir por meio de liminar, o tribunal em geral não visa antecipar a determinação do direito, mas apenas opina que há uma questão substancial a ser julgada e que, até que a questão esteja madura para julgamento, há fundamento para a preservação do *status quo* nesse ínterim. (tradução nossa)³⁰

Os requisitos para sua concessão são mais simples que os exigidos para o deferimento da ordem permanente, vale dizer, a análise dos fundamentos que embasam o pedido é feita de forma mais superficial, em cognição sumária, mas ainda assim o requerente deverá embasar seu pedido em provas que demonstrem a probabilidade do direito e o perigo de dano. O pedido pode ser feito antes ou durante o julgamento que requer a ordem permanente, mas constituirá uma “ação separada”³¹. Se concedida, a ordem poderá continuar em vigor até o julgamento do mérito principal.

A decisão que concede ou nega a ordem temporária pode ser objeto de recurso específico, e apenas aquela será analisada pelo tribunal superior. A análise exauriente do mérito principal para a concessão da ordem permanente continuará na instância inferior. Vale ressaltar que a liminar no sistema americano é considerada um remédio extraordinário, nunca concedido como de direito, vale dizer, as partes não possuem direito subjetivo ao deferimento. Deve ser

³⁰ No original: “*Interlocutory injunctions are such as are to continue until the hearing of the cause upon the merits, or until Discovery, if that be the object of the application, or generally until further order. [...] The interlocutory injunction is merely provisional in its nature, and does not conclude a right. The effect and object of the interlocutory injunction is merely to keep matter in status quo until the hearing or further order. In interfering by interlocutory injunction, the court does not in general profess to anticipate the determination of the right, but merely gives as its opinion that there is a substantial question to be tried, and that till the question is ripe for trial, a case has been made out for the preservation of the property in the mean time in statu quo*”. KERR, William. **A treatise on the law and practice of injunctions in equity**. London: W. Maxwell & Son, 1867. p. 59-60.

³¹ O procedimento das *preliminary injunctions* aproxima-se do tratamento conferido pelo Código de Processo Civil de 1973 às cautelares requeridas antes da propositura da demanda principal. Sobre estas, as lições de Ada Pellegrini Grinover: “[...] se concedem mediante a realização de um processo relativamente autônomo (o processo cautelar), com a citação do demandado, oportunidade para a resposta e cumprimento de regras procedimentais específicas e terminando com uma *sentença*, a qual será suscetível do recurso de *apelação*” (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 367). A diferença é que as *preliminary injunctions*, quer sejam requeridas antes da propositura da demanda principal, quer durante seu julgamento, constituirão ação relativamente autônoma cuja decisão pode ser objeto de recurso próprio.

demonstrada não a mera possibilidade do direito e de dano no caso de não concessão, mas a sua probabilidade, além de outros requisitos exigidos pela Suprema Corte americana e que serão melhor analisados no próximo item.

A *preliminary injunction* é, portanto, a liminar no sistema americano que possibilita que uma lei alegadamente inconstitucional deixe de ser aplicada ao caso concreto para assegurar a fruição do direito ao final do processo. Como é essa que interessa à presente pesquisa, sempre que se fizer referência daqui em diante às *injunctions*, estar-se-á tratando das *preliminary injunctions*.

3.1.3 Requisitos para a concessão: a excepcionalidade da medida

Desde as primeiras decisões que abordaram o instituto, foi se aperfeiçoando a jurisprudência que estabeleceu as condições para que fosse concedido ou negado, e apesar de já haver menção aos parâmetros que serão enumerados abaixo, não havia consistência e precisão. O precedente guia, com um parâmetro verdadeiramente unificado, sedimentou-se apenas em *Winter v. Natural Resources Defense Council Inc.*³², o qual passa-se a analisar.

Tratou-se do ajuizamento de ação por requerentes (grupos e particulares) dedicados à proteção de animais marinhos em face da Marinha americana, em que afirmavam que o uso do sonar ativo de média frequência (MFA) em seus treinamentos causava sérios danos a esses animais e violava a Lei de Política Ambiental Nacional de 1969 (NEPA) e outras leis federais, sustentando que a Marinha deveria preparar um estudo de impacto ambiental antes da condução dos treinamentos. O *District Court* concedeu uma *preliminary injunction* proibindo a Marinha de usar o MFA durante seus treinamentos. A *Court of Appeal* considerou que essa liminar era muito abrangente, e determinou o retorno do processo para que fosse expedida outra mais específica. Impôs-se então, liminarmente, seis restrições, entre as quais a obrigação de interromper o MFA quando durante o treinamento fosse avistado um animal marinho dentro de 2.200 jardas do submarino, e para diminuir o sonar em 6 decibéis em dutos de superfície.

Em face da liminar, o Executivo, através do Conselho de Qualidade Ambiental, autorizou a Marinha a continuar os exercícios de treinamento mediante a implementação de “arranjos alternativos” para mitigação dos efeitos sob circunstâncias emergenciais. Tendo em vista o ato executivo, a Marinha então buscou revogar a *injunction*, mas tanto o *District Court*

³² 555 U.S. 7 (2008).

como a *Court of Appeal* negaram o pedido, afirmando que haveria dúvida razoável acerca da validade da interpretação do Conselho acerca de “circunstâncias emergenciais”, que os requerentes cumpriram o requisito de provar a possibilidade de prejuízo irreparável, e que a *injunction* era apropriada pela ponderação e peso do interesse público, que favorecia seu pleito.

A USSC revogou parcialmente a liminar concedida e deu especial ênfase a um requisito específico: o interesse público. A Corte sustentou que esse mal foi considerado pelo *District Court*, e que na ponderação, a necessidade de condução de treinamentos específicos para fazer frente a ameaças trazidas por submarinos inimigos superava o interesse dos requerentes.

Em suma, a USSC delineou um “teste” de quatro etapas a serem verificadas antes da concessão de uma *injunction*, devendo concomitantemente estarem presentes: 1) *likelihood of success on the merits*, ou a probabilidade do direito, e não meramente a possibilidade; 2) *likelihood of irreparable harm*, ou a probabilidade de dano irreparável. No caso específico, a Corte rejeitou a alegação da *Court of Appeal* de que uma vez assentado a probabilidade do direito, bastaria a possibilidade de dano irreparável, isso porque é necessário algo mais concreto, o que requer a evidência de real e imediata ameaça de dano futuro; 3) *balance of equities and hardships*, que se relaciona à ponderação entre o interesse do requerente em obter a liminar e o fardo a ser suportado pelo requerido caso seja deferida. Esta vai além da análise do peso dos prós e contras e, em *Winter*, a Corte asseverou que as instâncias inferiores erraram ao considerar que o interesse de proteção da vida marinha era superior à habilidade da Marinha de conduzir os treinamentos e não considerou as provas dos autos de que havia capacidade e efetividade dos oficiais nessa condução; e, por fim, 4) *public interest*. O requerente deve comprovar o preenchimento de todos esses requisitos para que seja possível a concessão de uma *preliminary injunction*. Se ausente qualquer um deles, e mesmo assim seja concedida, tem-se que a liminar é inapropriada.

Nota-se que não se trata de um caso específico de liminar em processo cujo fundamento seja uma lei inconstitucional, mas os mesmos requisitos são aplicáveis quando se pleiteia a suspensão do ato normativo por motivo de violação de direito, conforme restará melhor elucidado.

Em momento algum o voto trata da manutenção do *status quo* como parâmetro para a concessão, e rejeita expressamente a decisão inferior que considera suficiente a prova da possibilidade, ao invés de exigir a probabilidade. Houve uma opinião divergente do *Justice Ginsburg* em *Winter*, para quem os requisitos devem ser avaliados em uma escala móvel, e não a partir de algo fixo. Entretanto, depois de referida decisão a Corte não mais enfrentou essa

questão específica e as cortes inferiores efetivamente aplicam o teste estabelecido no precedente.

O requisito que mais gera controvérsia na aplicação é o do interesse público, em torno do qual as cortes inferiores não são uníssonas acerca de qual é sua correta aplicação. Devon Moore faz uma análise de decisões de cortes distritais e verifica diversas discrepâncias. Inicialmente, não é claro se este fator impõe que a liminar promova efetivamente o interesse público ou se apenas não deve feri-lo. Se tomada a primeira premissa, o requerente terá um fardo probatório maior, especialmente em casos que são de baixo impacto para terceiros. Outro dilema está na interação de referido fator com o requisito da ponderação entre a equidade e dificuldades das partes em caso de concessão da liminar. Algumas cortes os consideram como fatores distintos: a ponderação é o sopesamento entre o prejuízo que o requerido sofreria pela *injunction* e o que o requerente sofreria em sua ausência, e o *public interest* não se confunde com isso. Entretanto, há decisões que os sobrepõem, causando uma confusão entre ambos. Referido autor alerta que a complexidade da questão aumenta quando a *injunction* é pleiteada em face de entidades públicas, caso em que efetivamente consideram-se os terceiro e quarto fatores como sobrepostos³³. Em *Nken v. Holder*³⁴, a USSC afirmou expressamente que ambos se fundem quando o Governo é a parte oposta na ação.

Há uma presunção de que as ações públicas são tomadas em favor do interesse público, de forma que o cumprimento do último requisito para a concessão de uma *injunction*, via de regra, é mais penoso. Entretanto, quando se verifica a probabilidade de violação de um direito constitucional, nota-se que essa presunção é afastada e as cortes avaliam mais minuciosamente se a *injunction* poderia efetivamente servir ao *public interest*³⁵. É o que ocorre com atos normativos inconstitucionais.

A liminar no sistema americano é considerada um remédio extraordinário, nunca concedido como de direito, vale dizer, as partes não possuem direito subjetivo ao deferimento. A mera demonstração da possibilidade do direito e de prejuízo irreparável não é suficiente. Além disso, o requerente deve demonstrar diligência razoável, pois caso transcorra um longo período de tempo entre a ofensa e o pedido, dificilmente lhe será concedida³⁶, já que o propósito das *preliminary injunctions* é justamente preservar a posição relativa das partes até que um

³³ MOORE, Devon. The preliminary injunction standard: understanding the public interest factor. **Michigan Law Review**, v. 117, issue 5, p. 939-961, 2019. p. 944-951.

³⁴ 556 U.S. 418 (2009).

³⁵ MOORE, Devon. The preliminary injunction standard: understanding the public interest factor. **Michigan Law Review**, v. 117, issue 5, p. 939-961, 2019. p. 952.

³⁶ *Holmberg v. Armbrecht*, 327 U. S. 392, 396 (1946).

julgamento de mérito possa ocorrer³⁷. As cortes devem sopesar os pleitos, considerar os efeitos da concessão e da negativa e atentar-se ao interesse público³⁸.

Quanto à alçada para a concessão de uma *injunction* no bojo de um processo que discuta incidentalmente a questão da (in)constitucionalidade de um ato normativo, tendo em vista o sistema difuso, infere-se que todo juiz e corte americanos possuem jurisdição para deferir ou não uma *injunction*. Mas esse poder deve ser usado moderadamente³⁹, vale dizer, apenas quando preenchidos os quatro requisitos acima elencados. A competência das cortes estaduais é regulada por normas próprias de cada Estado, já a das cortes federais o é pela Regra 65 das Regras Federais de Processo Civil (*Federal Rules of Civil Procedures*). Nesta encontram-se as normas atinentes aos requisitos necessários do ato judicial, cujos principais se transcrevem:

- (1) Aviso. O tribunal pode conceder uma liminar apenas mediante notificação à parte adversa.
- [...] (d) Conteúdo e Escopo de Cada Injunção e Ordem de Restrição.
- (1) Conteúdo. Toda ordem de concessão de liminar e toda ordem de restrição devem:
 - (A) indicar as razões pelas quais foi emitida;
 - (B) declarar seus termos especificamente; e
 - (C) descrever em detalhes razoáveis – e não fazendo referência à reclamação ou outro documento – o ato ou atos restringidos ou exigidos.
- (2) Pessoas Vinculadas. O pedido vincula apenas os seguintes que recebem efetivamente a notificação por serviço pessoal ou de outra forma:
 - (A) as partes;
 - (B) os diretores, agentes, servidores, funcionários e advogados das partes; e
 - (C) outras pessoas que estão em concerto ou participação ativa com qualquer pessoa descrita na Regra 65 (d)(2)(A) ou (B). (tradução nossa)⁴⁰

³⁷ *University of Tex. v. Camenisch*, 451 U. S. 390, 395 (1981).

³⁸ O sopesamento que deve ser feito pode ser bem extraído do seguinte trecho de *Winter*: “Even if plaintiffs have demonstrated a likelihood of irreparable injury, such injury is outweighed by the public interest and the Navy’s interest in effective, realistic training of its sailors. For the same reason, it is unnecessary to address the lower courts’ holding that plaintiffs have established a likelihood of success on the merits. [...] A preliminary injunction is an extraordinary remedy never awarded as of right. In each case, courts must balance the competing claims of injury and consider the effect of granting or withholding the requested relief, paying particular regard to the public consequences” (*Winter*, 555 U.S. 3 (2008)).

³⁹ “We have consistently stated, and our own Rules so require, that such power is to be used sparingly.” In: *Turner Broadcasting System, Inc. v. FCC*, 507 U. S. 1301, 1303 (1993).

⁴⁰ No original: “(1) Notice. The court may issue a preliminary injunction only on notice to the adverse party. [...] (d) Contents and Scope of Every Injunction and Restraining Order.

(1) Contents. Every order granting an injunction and every restraining order must:

- (A) state the reasons why it issued;
- (B) state its terms specifically; and
- (C) describe in reasonable detail—and not by referring to the complaint or other document—the act or acts restrained or required.

(2) Persons Bound. The order binds only the following who receive actual notice of it by personal service or otherwise:

- (A) the parties;
- (B) the parties’ officers, agents, servants, employees, and attorneys; and
- (C) other persons who are in active concert or participation with anyone described in Rule 65 (d)(2)(A) or (B)”.

Rule 65. Injunctions and Restraining Orders. (CORNELL LAW SCHOOL. **Rule 65. Injunctions and Restraining Orders**. Legal Information Institute, [2022]. Disponível em: https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_65. Acesso em 06 jan. 2022).

A norma é expressa ao afirmar que a liminar atinge apenas as partes do processo e pessoas especialmente ligadas a elas (agentes, oficiais e pessoas participantes). Tal fato é decorrência lógica das características do *judicial review* americano, cujas decisões das cortes federais e estaduais, mesmo aquelas que declaram incidentalmente a inconstitucionalidade de um ato normativo, aplicam-se apenas às partes do processo.

Já a USSC extrai sua competência do All Writs Act, 28 U.S. Code § 1651, que estabelece: “A Suprema Corte e todos os tribunais estabelecidos por lei do Congresso podem emitir todos os mandados necessários ou apropriados em auxílio de suas respectivas jurisdições e de acordo com os usos e princípios da lei” (tradução nossa)⁴¹, mas este não fixa, como faz a *Rule 65* transcrita acima, regulamentação específica, apenas afirma a competência geral. Em *Hobby Lobby Stores, Inc. v. Sebelius*, afirmou-se que “A única fonte de autoridade para este Tribunal emitir uma injunção é o All Writs Act, 28 U. S. C. §1651 (a)” (tradução nossa)⁴².

Na USSC, como já afirmado, todas as decisões são tomadas de forma colegiada mediante o voto dos nove *Justices*, mesmo os pedidos de liminares. Não é possível que apenas um *Justice* afaste de forma precária a presunção de constitucionalidade que paira sobre uma norma e torne aplicável a legislação anterior. Entretanto, tem-se verificado na jurisprudência, e a doutrina se debruça sobre esse fenômeno consideravelmente recente, o que se denomina de *national injunctions*, cujas críticas pairam justamente sobre a precariedade da decisão que afasta *erga omnes* a eficácia de uma norma, à semelhança da crítica feita na presente pesquisa sobre as liminares individuais no Supremo Tribunal Federal.

3.1.4 O problema das national injunctions

O sistema de controle de constitucionalidade americano tem como característica própria a produção de decisões cujos efeitos aplicam-se apenas para as partes do processo (*inter partes*). Tendo em vista a insegurança jurídica que pode advir de tal configuração, já que juízes e

⁴¹ No original: “The Supreme Court and all courts established by Act of Congress may issue all writs necessary or appropriate in aid of their respective jurisdictions and agreeable to the usages and principles of law”. In: CORNELL LAW SCHOOL. **28 U.S. § 1651 - Writs**. Legal Information Institute, [2022]. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/1651#a>. Acesso em 06 jan. 2022).

⁴² No original: “The only source of authority for this Court to issue an injunction is the All Writs Act, 28 U. S. C. §1651(a)”. In: *order list* 572 U.S., n. 13-354.

tribunais de cada Estado podem decidir de forma diferente com relação a uma mesma norma, o *stare decisis* é o precedente estabelecido pela USSC que vincula todos os juízes e a administração, vale dizer, sua decisão acerca da inconstitucionalidade de uma lei é extensível *erga omnes*, e se aplica até que seja superada, seja por outra decisão sua mediante um *overruling* ou por ato do Congresso.

Conforme já afirmado, os pedidos de *preliminary injunctions* constituem uma espécie de “incidente processual”, e a decisão, confirmatória, negatória ou modificativa, pode ser objeto de recurso independente. Se chegará ou não à análise da USSC depende da concessão por essa do *writ of certiorari* ou de se enquadrar a questão em caso de *appeal*. Se há o pedido para o deferimento de uma *preliminary injunction* no bojo de um processo que discuta incidentalmente a questão constitucional e essa chegue à USSC, caso seja por ela concedido, a decisão tem efeitos *erga omnes* em razão da própria autoridade vinculante da Corte.

Mas não há meios para se questionar a compatibilidade constitucional em abstrato, de forma que a impugnação de uma lei alegadamente inconstitucional depende de efetivo prejuízo de um indivíduo para poder ser analisada pelo Judiciário, e, conforme afirmado, a Corte Suprema apenas analisa casos em que sua decisão ainda possa ter eficácia, ou seja, se a controvérsia não mais for real e atual quando apresentada, não será examinada.

Liminares têm como característica intrínseca a urgência sob pena de não mais serem úteis, não sendo difícil visualizar um cenário em que a violação ao direito já ocorreu quando o processo chega para ser julgado. Nesse cenário, incontáveis litígios poderiam surgir, e, tendo em vista a gravidade das situações concretas geradas por normas que violam direitos constitucionais, a concessão de *injunctions* por juízes e tribunais é necessária e plenamente justificável nos processos subjetivos.

Entretanto, há situações em que instâncias inferiores constatarem violação tamanha a direitos fundamentais e concluem ser necessária a extensão dos efeitos dessa liminar a terceiros não partes. O problema é: essas decisões são tomadas por uma instância do judiciário que não teria competência para produzir uma decisão vinculante e, apesar disso, afastam a presunção de constitucionalidade das normas a partir de mera cognição sumária e com efeitos *erga omnes*. O paralelo com o problema brasileiro é claro: um ministro do STF não tem individualmente competência constitucional (regra do *full bench*) para afastar a presunção de constitucionalidade de uma norma, mas de forma precária o faz.

O afastamento precário da presunção de constitucionalidade por juiz incompetente para proferir decisões com efeitos *erga omnes* é o fenômeno que tem se alastrado no atual cenário constitucional americano através da concessão do que se denomina de *national injunctions*⁴³.

São liminares concedidas por *District Courts*, e eventualmente confirmadas pelas *Courts of Appeal*, em casos de atos infraconstitucionais que violam a Constituição e cujos efeitos são extensíveis *erga omnes*, pois impedem a administração de agir com base na lei provisoriamente afastada com relação a todos, mesmo terceiros não partes.

Mencionando-se brevemente o histórico, cumpre fazer referência às considerações de Samuel Bray, em “*Multiple chancellors: reforming the national injunctions*”, em que esse identifica a evolução da aceitação jurisprudencial das *national injunctions*. As primeiras decisões interlocutórias dessa espécie remontam à metade do século XIX e referem-se a taxas ilegais, em que cortes estaduais estendiam o efeito da liminar para proteger os contribuintes em geral, mas tratava-se de casos de tributos municipais, ou seja, não seria possível haver propriamente uma divergência judiciária pois aquele só seria exigível dentro dos limites da jurisdição daquele tribunal⁴⁴. Em 1923, em *Frothingham v. Mellon*⁴⁵, a requerente pleiteou uma *preliminary injunction* para impedir que agentes públicos pudessem agir sob o manto da lei alegadamente inconstitucional e assim não pudessem gastar o dinheiro arrecadado, mas o pedido era em sua natureza uma *national injunction*, pois se fosse apenas para proibir o uso do dinheiro arrecadado com a tributação da requerente, seria ineficaz. A *District Court* e a *Court of Appeal* negaram o pleito, bem como a USSC, tendo esta assentado premissas relevantes: 1) a abrangência do questionamento de uma lei federal e de uma lei municipal não é a mesma, e permitir que uma pessoa ajuíze uma ação em nome de outra nesses casos de maior abrangência causa uma repercussão muito maior; 2) todo contribuinte tem o mesmo direito de ajuizar uma ação para questionar a lei que lhe cause dano; 3) o sistema constitucional americano permite a revisão de um ato normativo a partir de uma ofensa concreta a um direito constitucional, mas

⁴³ Não há consenso acerca da nomenclatura desse recente instituto na doutrina americana. Foram encontrados os termos *nationwide injunctions*, *universal injunctions*, *administrative injunctions* e *national injunctions*. Na presente pesquisa, optou-se pelo termo *national injunctions* em razão da justificativa exposta por Samuel L. Bray em “*Multiple chancellors: reforming the national injunction*”: “Nenhum termo é perfeito. A ‘*Nationwide injunction*’ é especialmente inadequada, porque enfatiza a amplitude territorial, quando o verdadeiro ponto de distinção é que a liminar protege não-partes. [...] ‘*Universal injunction*’ é melhor, embora não inclua o fato distintivo de que essas liminares restringem o governo nacional, em oposição aos governos estaduais” (tradução nossa). No original: “No term is perfect. ‘*Nationwide injunction*’ is especially inapt, because it emphasizes territorial breadth, when the real point of distinction is that the injunction protects nonparties. See *infra* note 19. ‘*Universal injunction*’ is better, though it does not include the distinctive fact that these injunctions constrain the national government, as opposed to state governments”. (BRAY, Samuel L. *Multiple chancellors: reforming the national injunction*. **Harvard Law Review**, v. 131, n. 2, p. 417-482, dec 2017. p. 419).

⁴⁴ Menciona-se, como exemplo: *Carlton v. Newman*, 1 A. 194 (1885); *McTwiggan v. Hunter*, 30 A. 962 (1895).

⁴⁵ 262 U.S. 447 (1923).

não pode deliberar em abstrato. Estava sendo demandado que a Corte suspendesse a aplicação de uma norma e assim prevenisse o dano não apenas à requerente, mas às pessoas em geral, o que não foi admitido. O primeiro caso de que se tem notícia em que teriam sido aceitas liminares nesses moldes (em face da administração para suspender a aplicação de uma norma inconstitucional contra todos) é *Wirtz v. Baldor Electric Co.*, de 1963, cujos principais fundamentos utilizados pelo *District Court* para sua concessão foram o da necessidade de consistência (a corte concederia o remédio a todos que a procurassem em casos semelhantes) e a analogia com a declaração de inconstitucionalidade (se uma lei é inconstitucional, o é para todos, logo, se suspende sua aplicação com base nesse fundamento, deve ser suspensa para todos)⁴⁶. O autor ressalta que o fenômeno não se alastrou imediatamente, mas é a partir da década de 1960 que se identifica mais comumente essa espécie de decisão interlocutória.

Do histórico infere-se que a relutância inicial da jurisprudência em aceitar o instituto não se manteve, e atualmente há diversas decisões liminares de instâncias inferiores que suspendem a aplicação de atos normativos sob a alegação de violação constitucional e que produzem efeitos *erga omnes*. Um exemplo recente e que vale ser mencionado é a decisão proferida em *Trump v. International Refugee Assistance Project* e em *Trump v. Hawaii*⁴⁷. Em breve síntese, em 27/01/2017, o então presidente Donald Trump assinou uma ordem executiva (EO-1) que, entre outras determinações, suspendia a entrada de estrangeiros de nacionalidades específicas (Irã, Iraque, Líbia, Somália, Sudão, Síria e Iêmen) no país por 90 dias, instruía agentes a reverem a política de concessão de vistos nesse período e modificava a política de refugiados por 120 dias, além de reduzir o número de refugiados elegíveis para serem admitidos nos EUA. A ordem foi questionada no Judiciário e uma semana após sua publicação, um *District Court* emitiu uma *temporary restraining order* (TRO) suspendo a aplicação de diversos dispositivos, o que foi confirmado em *preliminary injunction* pela *Court of Appeal*. O governo, ao invés de insistir no litígio, informou que revogaria a EO-1 e emitiria outra. A segunda ordem executiva (EO-2) foi emitida em 06/03/2017 e dispôs que alguns estrangeiros que ingressaram nos Estados Unidos advindos de países específicos mostraram-se como ameaças à segurança nacional, estabelecendo, entre outras determinações, que: 1) o Secretário de Segurança Nacional conduza uma revisão global para averiguar se outros países fornecem informações acuradas dos indivíduos que pleiteiam o visto americano e reporte as descobertas para o Presidente, quando então será dado 50 dias para que essas nações identificadas como deficientes

⁴⁶ BRAY, Samuel L. Multiple chancellors: reforming the national injunction. **Harvard Law Review**, v. 131, n. 2, p. 417-482, dec 2017.

⁴⁷ 582 U.S. _ (2017).

adequem suas práticas; 2) seja suspensa a entrada de estrangeiros advindos do Irã, Líbia, Somália, Sudão, Síria e Iêmen por 90 dias; 3) seja suspensa as decisões em face dos pedidos de refúgio por 120 dias; 4) não seja permitida a entrada de mais de 50.000 refugiados no ano de 2017; 5) a EO-2 passaria a valer a partir de 16/03/2017.

Foram ajuizadas duas ações específicas alegando que a ordem violava a Primeira Emenda na cláusula de estabelecimento⁴⁸ que proíbe leis que favoreçam uma religião ou impeçam seu livre exercício, isso porque o EO-2 teria sido motivado por animosidades desfavoráveis em face dos países listados, e não por questões de segurança nacional como foi alegado. Tanto na ação ajuizada pelo *International Refugee Assistance Project* como naquela do Estado do Havaí, foram concedidas *national injunctions* que suspendiam a aplicação de diversos dispositivos da ordem executiva, tendo sido essas confirmadas pelas *Courts of Appeal* em ambas as ações quanto à proibição de entrada, ou seja, em âmbito nacional a administração não poderia impedir que nenhum estrangeiro das nações listadas ingressasse no país. O governo ajuizou um pedido de *certiorari* perante a USSC para que fossem suspensas as liminares, o que foi concedido⁴⁹. Foi aberto prazo então para que as partes apresentassem o caso perante a Suprema Corte, mas antes de o fazerem, o Presidente Trump emitiu uma nova ordem afirmando que o EO-2 só teria eficácia a partir do momento em que as liminares fossem levantadas ou suspensas, e não mais a partir da data constante no documento (16/03/2017).

No julgamento, a USSC deferiu parcialmente o pedido do governo de suspensão das liminares. O fundamento utilizado pela USSC foi justamente o precedente exposto no tópico anterior (*Winter v. Natural Resources Defense Council*). Afirmou-se que a construção de uma *preliminary injunction* é um exercício de discricão e julgamento que depende tanto das circunstâncias do caso concreto como dos fundamentos legais apresentados. Seu propósito não é determinar de forma conclusiva o direito das partes, mas trazer equilíbrio à medida que a resolução do litígio avança, sendo imprescindível que a corte considere o interesse público.

⁴⁸ “Emenda I: O Congresso não fará nenhuma lei a respeito do estabelecimento de uma religião, ou proibindo o seu livre exercício; ou cerceando a liberdade de expressão ou de imprensa; ou o direito do povo de se reunir pacificamente e de solicitar ao governo uma reparação de queixas” (tradução nossa). No original: “*Amendment I: Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances*”. (CORNELL LAW SCHOOL. **First Amendment**. Legal Information Institute, [2022]. Disponível em: https://www.law.cornell.edu/constitution/first_amendment. Acesso em 06 jan. 2022)

⁴⁹ Vale lembrar que o pedido de *certiorari* é o meio pelo qual as partes pleiteiam que seu caso seja julgado pela Suprema Corte. Logo, a concessão do *certiorari* não implica o deferimento do pedido, mas apenas na sua análise.

Pesando esses fatores, é plenamente possível que a Corte conceda ou suspenda a liminar parcialmente⁵⁰, e foi o que ocorreu no caso:

Concedemos os pedidos de suspensão do Governo em parte e limitamos o escopo das liminares quanto ao §2 (c). As liminares permanecem em vigor apenas com relação às partes em situação semelhante a Doe, Dr. Elshikh e Havaí. Em termos práticos, isso significa que o § 2 (c) não pode ser executado contra cidadãos estrangeiros que tenham uma reivindicação credível de uma relação de boa fé com uma pessoa ou entidade nos Estados Unidos. Todos os outros cidadãos estrangeiros estão sujeitos às disposições do EO – 2. [...] O pedido do Governo para suspender a liminar com relação aos §§6 (a) e (b) é, portanto, concedido em parte. A Seção 6 (a) não pode ser aplicada contra um indivíduo que busca admissão como refugiado que pode, com credibilidade, alegar um relacionamento de boa fé com uma pessoa ou entidade nos Estados Unidos. Nem pode §6 (b); isto é, tal pessoa não pode ser excluída de acordo com §6 (b), mesmo se o limite de 50.000 pessoas tiver sido atingido ou excedido. Aplicado a todos os outros indivíduos, as disposições podem produzir efeitos. (tradução nossa)⁵¹

Ou seja, considerando o interesse público e sopesando os direitos em questão, permitiu a manutenção das *national injunctions* emitidas pelas cortes inferiores quanto aos estrangeiros que estavam em situação semelhante às do requerente (que possuíam alguma conexão com os EUA, seja por possuírem familiares residentes ou por terem sido aprovados em processos seletivos para estudar em alguma entidade estatal), mas as revogou para os estrangeiro que não

⁵⁰ “Construir uma liminar é um exercício de discricção e julgamento, muitas vezes dependente tanto das equidades de um determinado caso quanto da substância das questões jurídicas que ele apresenta. Ver *Winter v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 555 U.S. 7, 20, 24 (2008); 11A C. Wright, A.Miller, & M. Kane, *Federal Practice and Procedure* §2948 (3d ed. 2013). O objetivo de tal medida provisória equitativa não é determinar conclusivamente os direitos das partes, *University of Tex. v. Camenisch*, 451 U. S. 390, 395 (1981), mas equilibrar as equidades à medida que o litígio avança. Ao conceder uma liminar o tribunal também deve ‘considerar[r]... o interesse público geral.’ *Winter*, supra, em 26. Ao fazê-lo, um tribunal ‘não precisa conceder a reparação total solicitada pelo requerente, mas pode moldar sua decisão para atender às exigências do caso particular.’ *Wright*, supra, §2947, em 115”. (tradução nossa). No original: “*Crafting a preliminary injunction is an exercise of discretion and judgment, often dependent as much on the equities of a given case as the substance of the legal issues it presents. See Winter v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 555 U. S. 7, 20, 24 (2008); 11A C. Wright, A.Miller, & M. Kane, *Federal Practice and Procedure* §2948(3d ed. 2013). The purpose of such interim equitable relief is not to conclusively determine the rights of the parties, *University of Tex. v. Camenisch*, 451 U. S. 390, 395 (1981), but to balance the equities as the litigation moves forward. In awarding a preliminary injunction a court must also ‘conside[r] ... the overall public interest.’ *Winter*, supra, at 26. In the course of doing so, a court ‘need not grant the total relief sought by the applicant but may mold its decree to meet the exigencies of the particular case.’ *Wright*, supra, §2947, at 115”. In: 285 U.S. 9,10 (2017).

⁵¹ No original: “*We accordingly grant the Government’s stay applications in part and narrow the scope of the injunctions as to §2(c). The injunctions remain in place only with respect to parties similarly situated to Doe, Dr. Elshikh, and Hawaii. In practical terms, this means that §2(c) may not be enforced against foreign nationals who have a credible claim of a bona fide relationship with a person or entity in the United States. All other foreign nationals are subject to the provisions of EO–2. [...] The Government’s application to stay the injunction with respect to §§6(a) and (b) is accordingly granted in part. Section 6(a) may not be enforced against an individual seeking admission as a refugee who can credibly claim a bona fide relationship with a person or entity in the United States. Nor may §6(b); that is, such a person may not be excluded pursuant to §6(b), even if the 50,000 person cap has been reached or exceeded. As applied to all other individuals, the provisions may take effect*”. In: 582 U.S. 11, 12, 13 (2017).

possuíam nenhuma conexão com os Estados Unidos. Para os primeiros, o limite de 50.000 refugiados admitidos em 2017 não se aplica.

As liminares nacionais concedidas por juízes e tribunais inferiores podem ser revistas pela USSC antes da análise do mérito da ação através da denominada “*motion to stay a preliminary injunction*”, se quanto a essa for concedido o *certiorari*. Porém, a deliberação superficial não permite uma análise dos fatos e elementos jurídicos que se entranham na demanda e impede uma discussão mais aprofundada entre os próprios *Justices*, dado o caráter de urgência. A concessão do provimento provisório não vincula o resultado final da demanda, mas verifica-se uma forte tendência de manutenção do posicionamento adotado. É o que se denomina de “*lock-in effect of preliminary injunctions*”⁵².

Em torno do instituto há argumentos favoráveis e contrários. Samuel Bray, em “*Multiple chancellors: reforming the national injunction*”, adverte para quatro perigos advindos do instituto em questão⁵³. O primeiro é o que ele denomina de *forum shopping*: o autor traz à tona que durante o governo Bush as cortes federais que emitiram *national injunctions* foram as da Califórnia; na administração de Obama, as do Texas; na de Trump, advieram dos circuitos menos conservadores (quarto, sétimo e nono). Isso não seria coincidência, pois dado o amplo poder de o juiz individualmente conceder uma liminar de âmbito nacional, não é surpreendente que haja uma “seleção” pelo requerente do local em que irá ajuizar sua demanda⁵⁴. O segundo é que há uma interferência negativa na boa tomada de decisão. Quando é concedida uma *national injunction*, outros circuitos não irão analisar e discutir o mérito da questão pois os indivíduos não podem mais questionar a lei, e, logo, quando a causa chega ao conhecimento da USSC, essa decidirá sem as elucidações e fundamentações advindas de diferentes cortes. Não haverá o elemento da diferença. O terceiro, apesar de menos comum, é o risco de liminares conflitantes. Um juiz singular que não concorda com o mérito da liminar de eficácia nacional emitida por outro e que poderia ignorá-la. O autor ressalta que habitualmente esse problema é mitigado pela autocontenção do próprio Judiciário, seja porque um juiz recua ou porque a corte de apelação reforma a decisão contrária, mas ainda assim é um percalço possível e real. O quarto e último relaciona-se a inconsistências doutrinárias que a *national injunction* provoca e subdivide-se em dois pontos: a) refutaria a doutrina segundo a qual o governo não está

⁵² LYNCH, Kevin J. The lock-in effect of preliminary injunctions. **Florida Law Review**, v. 66, issue 2, p. 779-821, 2015.

⁵³ BRAY, Samuel L. Multiple chancellors: reforming the national injunction. **Harvard Law Review**, v. 131, n. 2, p. 417-482, dec 2017.

⁵⁴ O autor usa a expressão “Shop ‘til the statute drops” (compre até o estatuto cair, em tradução nossa), isso porque caso o indivíduo tenha negado seu pedido de liminar, essa negativa só terá efeitos para ele. Mas caso em outro processo seja concedida, valerá para todos. *Ibid.*, p. 460.

vinculado à preclusão de ofensas⁵⁵ e; b) não seria condizente com as limitações de competência das próprias cortes federais, que não têm o poder de estabelecer precedentes que vinculam outras cortes (se não o têm com relação à decisão final, é de se estranhar que possam emitir um pronunciamento provisório vinculante).

Refutando alguns dos argumentos contrários, Alan Trammel, em “*The constitutionality of nationwide injunctions*”⁵⁶, afirma que o fundamento constitucional do poder jurisdicional advém do Artigo III da Constituição americana, e que nesse não há qualquer limitação à competência das cortes federais de proferirem decisões que vinculam terceiros não partes, seria uma construção jurisprudencial ao longo dos anos sem base constitucional. Corroborando esse argumento, tem-se a afirmação de Daniel Walker⁵⁷, segundo a qual as *injunctions* assumiram um outro papel na era dos direitos civis, pois a pretensão, por sua própria natureza, estende-se além das partes; um ato normativo que viola uma norma constitucional fere diretamente direitos de inúmeros indivíduos e não pode ser mantido vigente no ordenamento. O *judicial review* não pode mais ser encarado apenas segundo o tradicional escopo de proteção dos limites de atuação dos três poderes.

Este argumento é extremamente plausível, mas refutável por um ponto relevante. As violações a direitos constitucionais que advém de atos normativos inconstitucionais são graves e a supremacia constitucional não permite que subsistam. A decisão final e vinculante proferida pela USSC nesses casos pode demorar anos, mas os indivíduos não podem restar desamparados, razão pela qual as *preliminary injunctions* são necessárias. Porém, a aplicação de uma *national injunction* concedida por um *District Court* não pode ser exigida por terceiros não partes através de métodos legais. Explica-se. Caso a liminar obtida por um indivíduo em uma corte americana seja violada pela parte contrária, aquele poderá obrigar sua aplicação através do que se denomina de *contempt*, mas apenas as partes originárias do processo em que se obteve a liminar podem iniciar referido procedimento. Ou seja, estaria garantida a proteção para terceiros não partes, mas em caso de violação pela administração, não haveria exigibilidade. Evidentemente

⁵⁵ A doutrina de *nonmutual offensive issue preclusion* estabelece que um litigante não pode ajuizar uma demanda com os mesmos fundamentos de outra anterior que já perdeu em face de outro demandado. Essa doutrina, entretanto, não se aplica ao governo, conforme precedente estabelecido em *United States v. Mendoza*, 464 U.S. 154 (1984), pois isso engessaria as mudanças jurisprudenciais (se um litigante alega incidentalmente a questão da inconstitucionalidade mas essa não é aceita, significa que o ente público saiu vitorioso. Se se aplicasse a doutrina em questão, nenhum outro litigante poderia novamente utilizar o mesmo fundamento em outra demanda).

⁵⁶ TRAMMEL, Alan M. The constitutionality of nationwide injunctions. **University of Colorado Law Review**, v. 91, p. 977-998, 2020. p. 980-990.

⁵⁷ WALKER, Daniel J. Administrative injunctions: assessing the propriety of non-class collective relief. **Cornell Law Review**, v. 90, issue 4, p. 1119-1152, May 2005. p. 1144.

é possível que haja alteração jurisprudencial ou legislativa para permitir que o seja, mas atualmente a Suprema Corte não admite⁵⁸.

Vikram David Amar, em “*How much protection do injunctions against enforcement of allegedly unconstitutional statutes provide?*”⁵⁹, debruçou-se sobre questão similar. O autor não abordou propriamente o problema da possibilidade de violação da liminar pela parte contrária (no caso a administração) em caso de *injunction* que afaste a aplicação de norma alegadamente inconstitucional, mas tratou dos casos em que a decisão provisória suspende a norma e essa vem a ter sua constitucionalidade posteriormente afirmada pelas instâncias superiores. A USSC e o Congresso não se manifestaram ainda expressamente sobre o tema, mas o autor conclui que as cortes federais podem conceder imunidade penal no caso de ter ocorrido violação da lei sob o manto da proteção da liminar, mas não está claro se essa imunidade deve ou pode se estender à responsabilidade civil (compensatória) em caso de danos ao governo. O autor menciona o fragmento do voto do Justice Marshall em *Edgar v. MITE*, 457 U.S. 624 (1982), em que ele aborda exatamente essa questão, mas essa não chegou a ser enfrentada e resolvida por todos os *Justices* pois não era o ponto principal da controvérsia:

Acredito que as liminares devem normalmente ser interpretadas apenas como fornecendo proteção permanente contra penalidades. O estado deve ser impedido de penalizar o ofertante por atos ocorridos durante o período de vigência da liminar. No entanto, se um tribunal determinar que a lei estadual é válida, o Estado deve ser livre para fornecer uma solução para os efeitos continuados de atos que violaram a lei. Em particular, um Estado deve ter permissão para dismantelar uma aquisição bem-sucedida que violou um estatuto válido. (tradução nossa)⁶⁰

Os debates em torno do instituto não são conclusivos. Os argumentos favoráveis e contrários podem ser usados para justificar tanto a concessão como o indeferimento de uma *national injunction*, a depender do caso concreto:

Não há regra contra injunções nacionais; nem há uma regra que as exija. Na verdade, um juiz distrital pode encontrar autoridade para fundamentar qualquer decisão possível sobre o alcance da liminar. Quando os tribunais querem conceder liminares que vão além de proteger os demandantes, eles apontam para a extensão da violação,

⁵⁸ *Gompers v. Buck's Stove & Range Co.*, 221 U.S. 418 (1911).

⁵⁹ AMAR, Vikram David. *How much protection do injunctions against enforcement of allegedly unconstitutional statutes provide?* **Fordham Urban Law Journal**, v. 31, issue 3, p. 657-673, 2004.

⁶⁰ No original: “*I believe that injunctions should ordinarily be interpreted only as providing permanent protection from penalties. The state should be barred from penalizing the offeror for acts that took place during the period the injunction was in effect. However, if a court determines the state statute is valid, the State should be free to provide a remedy for the continuing effects of acts that violated the statute. In particular, a State should be permitted to dismantle a successful acquisition that violated a valid statute*”. In: AMAR, Vikram David. *How much protection do injunctions against enforcement of allegedly unconstitutional statutes provide?* **Fordham Urban Law Journal**, v. 31, issue 3, p. 657-673, 2004, p. 672.

a permissibilidade de liminares beneficiando não-partes, a impraticabilidade de conceder uma liminar beneficiando apenas os demandantes e a necessidade de reparação completa. Quando os tribunais querem conceder liminares que protejam apenas os demandantes, eles apontam para a importância de permitir que outros tribunais federais tomem suas próprias decisões e o princípio de que os remédios equitativos não devem ser mais onerosos do que o necessário. (tradução nossa)⁶¹

Se analisado novamente o histórico do *judicial review* americano a luz dos conceitos expostos neste tópico, percebe-se que a propagação das *national injunctions* estão intimamente relacionadas com a alteração do papel desempenhado pelos juízes e tribunais inferiores. Se no passado o exercício do controle de constitucionalidade era visto como uma “comparação” entre a lei superior e uma lei inferior, resultando na mera não aplicação desta quando incompatível com aquela, verifica-se hoje uma atuação muito mais incisiva.

De fato, as decisões da USSC que declaram a inconstitucionalidade de um ato normativo tradicionalmente o tornam “letra morta”, pois apesar de não o retirar do ordenamento jurídico, não é mais aplicado na prática, ou seja, não possui mais eficácia. Mas os pronunciamentos dos *District e Appeals Courts* não tinham esse condão. Os juízes, antes procurados prioritariamente para prevenir ou reparar uma violação ao direito fundamental no caso específico, hoje também o são para concederem *preliminary injunctions (national injunctions)*, cujo fito, longe de apenas preservar uma situação fática das partes, é de suspender a execução de uma lei. A proteção a direitos fundamentais é uma prioridade. Mas a que custo? O que permite que um juiz a partir de uma análise superficial profira mandamentos obrigatórios para outro de mesma hierarquia não vinculado a ele? A liminar por sua própria natureza origina-se de uma análise sumária do mérito, de um juízo de probabilidade, mas e o debate? E os argumentos oriundos de diferentes circuitos que antes chegavam à Suprema Corte para que essa sim proferisse um pronunciamento vinculante?

E a crítica vai além. A Constituição americana toma o Judiciário como competente para solucionar *cases or controversies*, ou seja, lhe confere competência concreta/incidental. Quando a corte inferior concede uma liminar em face de uma lei alegadamente inconstitucional, já solucionou, ao menos provisoriamente, a controvérsia que lhe foi posta. Estender os efeitos desse pronunciamento provisório para âmbito nacional é agir ativamente em violação à inércia

⁶¹ No original: “There is no rule against national injunctions; nor is there a rule requiring them. In fact, a district judge can find authority supporting any possible decision about the scope of the injunction. When courts want to grant injunctions that go beyond protecting the plaintiffs, they point to the extent of the violation, the permissibility of injunctions benefitting nonparties, the impracticality of giving an injunction benefitting only the plaintiffs, and the need for complete relief. When courts want to grant injunctions that protect only the plaintiffs, they point to the importance of allowing other federal courts to reach their own decisions and the principle that equitable remedies should be no more burdensome than necessary”. In: BRAY, Samuel L. Multiple chancellors: reforming the national injunction. **Harvard Law Review**, v. 131, n. 2, p. 417-482, dec 2017. p. 444.

da jurisdição; é supor que haja outras controvérsias. A decisão vinculante *erga omnes*, seja ela provisória ou definitiva, deve advir da Corte que possui competência para estabelecer o precedente. É através dele que um entendimento consolidado deve produzir efeitos para outros casos similares. A conclusão precária e sumária advinda de uma corte que não possui competência para firmar um *stare decisis* viola mais a uniformidade de tratamento dos cidadãos do que a promove.

Vale lembrar nesse ponto o precedente citado na nota de rodapé n. 55: a doutrina do *nonmutual offensive issue preclusion* não se aplica ao governo por uma razão óbvia. Se o Estado em um dado momento ganha uma demanda em face de um particular que havia alegado ser inconstitucional uma norma, e a doutrina se aplicasse, nenhum outro litigante poderia novamente questionar a norma, mesmo que o entendimento acerca dela fosse alterado. Como não se aplica a teoria, diferentes circuitos podem enfrentar esse mérito e promover um intenso debate apto a alcançar a Suprema Corte:

Uma regra que permita a preclusão de garantias não mútuas contra o Governo nesses casos impediria substancialmente o desenvolvimento de importantes questões de direito ao congelar a primeira decisão final proferida sobre uma questão jurídica específica. Permitir apenas um julgamento final privaria este Tribunal do benefício que recebe ao permitir que vários tribunais de apelações explorem uma questão difícil antes que este Tribunal conceda *certiorari*. De fato, se a preclusão não mútua fosse rotineiramente aplicada contra o Governo, este Tribunal teria que revisar sua prática de esperar que um conflito se desenvolvesse antes de conceder os pedidos do Governo de *certiorari*. (tradução nossa)⁶²

Mas uma *national injunction* advinda de um *District Court* trava completamente esse debate e produz efeitos imediatos sobre a norma e sobre a presunção de constitucionalidade. Talvez seja árduo visualizar esse percalço se se infere automaticamente que as leis suspensas provisoriamente por cortes inferiores também o serão pela Suprema Corte. De fato, a USSC pode confirmar a *national injunction* e manter provisoriamente suspensa a lei, mas o fará a partir de um contexto argumentativo muito mais limitado. Além disso é possível que a inconstitucionalidade não seja declarada, caso em que uma lei regularmente aprovada terá deixado de ser aplicada por uma corte sem competência para firmar um precedente em um juízo de cognição sumário.

⁶² No original: “A rule allowing nonmutual collateral estoppel against the Government in such cases would substantially thwart the development of important questions of law by freezing the first final decision rendered on a particular legal issue. Allowing only one final adjudication would deprive this Court of the benefit it receives from permitting several courts of appeals to explore a difficult question before this Court grants certiorari. Indeed, if nonmutual estoppel were routinely applied against the Government, this Court would have to revise its practice of waiting for a conflict to develop before granting the Government’s petitions for certiorari”. In: *United States v. Mendoza*, 464 U.S. 154 (1984).

Enfim, procurou-se ao longo da presente seção expor a configuração e inserção das liminares, ou *preliminary injunctions*, no sistema americano. Esse instituto não está presente apenas no direito brasileiro e encontra correspondentes também no direito estrangeiro, bem como obstáculos. Nota-se que o poder e alcance de uma *injunction* são extremamente amplos: afastar provisoriamente a aplicação de uma lei é algo que demanda (ou deveria demandar) inexoravelmente uma discussão profunda, especialmente se feito em âmbito nacional. A doutrina não poupa esforços em alertar-nos para os perigos advindos de tal decisão precária e na falta de previsão constitucional para a emissão de uma liminar *erga omnes* pelos *District Courts*. Em realidade, não se trata de ausência de permissivo constitucional, mas em violação direta: a *national injunction* não soluciona um “*case or controversy*”.

Aproximando as discussões apresentadas e a jurisdição nacional, extrai-se que, em ambos os sistemas, brasileiro e americano, a liminar: a) gera controvérsia e insegurança jurídica; b) surge *a posteriori* no sistema de fiscalização de constitucionalidade; c) põe em xeque a segurança jurídica por colocar em atrito a presunção de constitucionalidade de um ato emanado do poder público, substituído por um ato precário do Judiciário. Lá, referida precariedade é caracterizada pela concessão por cortes inferiores, e aqui, pela outorga monocrática por ministros do STF.

3.2 O controle de constitucionalidade austríaco

O sistema austríaco de controle de constitucionalidade erigiu-se quase cem anos depois da decisão em *Marbury v. Madison* a partir de construção teórica cujo principal expoente foi Hans Kelsen. Apesar de a doutrina identificar no século XIX algumas decisões isoladas que indicariam o desenvolvimento de uma espécie de controle incidental na Europa, a exemplo do modelo estadunidense⁶³, é apenas no século XX que se desenvolve efetivamente a justiça constitucional com a finalidade de garantir a supremacia constitucional⁶⁴.

⁶³ Tania Groppi aponta decisões proferidas na Grécia (1847) e Noruega (1866) para solucionar conflitos de competência entre os entes federativos como o desenvolvimento de uma espécie de justiça constitucional (GROPPI, Tania. ¿Existe um modelo europeu de justicia constitucional? **Revista de Derecho Político**, n. 62, p. 33-54, 2005.p. 36-37).

⁶⁴ Kelsen participou da elaboração da Constituição da Áustria de 1920 e nela foi implementado o modelo de Corte Constitucional com competência exclusiva para realizar o controle de constitucionalidade. Sua participação como membro da Corte e seus aportes teóricos posteriores acerca da jurisdição constitucional contribuíram decisivamente para a sedimentação do denominado “modelo europeu”. Em que pese a Constituição da Tchecoslováquia ser anterior (29 de fevereiro de 1920) e já prever uma Corte Constitucional, a instituição da Corte austríaca a precedeu pela Lei de 3 de abril de 1919. Além disso, a atuação daquela foi tímida e não configurou base empírica de modelo de corte para outros países (RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução**. São Paulo: Saraiva, 2010.p. 137-140).

A rejeição do sistema americano nos países europeus⁶⁵ pode ser atribuída a fatores de ordem jurídica⁶⁶ e política⁶⁷, mas foi o exemplo da Corte austríaca que inspirou o “modelo europeu de justiça constitucional”⁶⁸ e o próprio sistema abstrato brasileiro de controle, e neste tópico pretende-se investigar o surgimento, a estruturação e o amadurecimento do controle de constitucionalidade austríaco e sua relação com as liminares.

A essência do modelo reside na necessidade de implementação de uma garantia efetiva à soberania constitucional, assegurando a adequação do direito objetivo. Ao passo que se destina à proteção do “fundamento da ordem estatal”, termos utilizados por Kelsen para se referir à Constituição⁶⁹, a tutela de direitos individuais é consequência do exercício do controle, diversamente do modelo americano, que apesar de ter por objetivo mediato garantir a soberania,

⁶⁵ Cappelletti nos lembra que há traços do sistema americano (difuso) no direito suíço, norueguês, dinamarquês e, mais recentemente, no sueco, em que é reconhecida em alguns casos a prerrogativa de os tribunais não aplicarem no caso concreto uma lei considerada inconstitucional, mas que essa competência é exercida com extrema cautela. Além disso, na Itália e Alemanha, ambos países em que atualmente vigora o sistema concentrado, já tiveram breves experiências de controle difuso. Mas a jurisdição constitucional europeia caracteriza-se, via de regra, pela concentração da competência de controle (CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984. p. 69-72).

⁶⁶ Nos sistemas de *civil law* não havia a tradição da força vinculante estabelecida por um precedente, e o risco que decisões conflitantes poderiam causar à segurança jurídica era evidente, sendo necessário um órgão que uniformizasse o entendimento acerca da validade dos atos normativos questionados. Cappelletti, quanto a esse aspecto, aborda a concentração como alternativa ao *stare decisis* nos países de tradição germânica (*civil law*), em que o precedente não possui o caráter vinculante dos sistemas do *common law*: “Tornava-se, em síntese, necessário naqueles Países, ou pelo menos oportuno, encontrar um adequado substituto da *Supreme Court* norte-americana, isto é, encontrar um órgão judiciário a que se pudesse confiar a função de decidir sobre as questões de constitucionalidade das leis, com eficácia *erga omnes* e, por isto, de modo tal a evitar aquele perigo de conflitos e de caótica incerteza do direito [...]”. (CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984. p. 83).

⁶⁷ Quanto às razões políticas, destaca-se que o juiz europeu era visto como funcionário do rei, ao passo que o parlamento aparecia como defensor dos direitos e liberdades, além do fato de a Constituição ter um significado muito mais político-simbólico do que efetivamente jurídico, prevalecendo a soberania do parlamento e, por consequência, da lei. Acerca da resistência europeia à implementação do controle das leis, vide: RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 124-128; FAVOREU, Louis. **As cortes constitucionais**. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004. p. 18-26.

⁶⁸ Louis Favoreu identifica três ondas no processo de instituição das Cortes Constitucionais europeias: 1) a criação da Corte da Tchecoslováquia, da Áustria (1920) e da Espanha (1931); 2) no período após a Segunda Guerra Mundial, com o restabelecimento da Corte austríaca (1945), instituição da corte italiana (1948), alemã (1949), turca (1961), iugoslava (1963) e do Conselho Constitucional francês (1959); 3) nos anos 1970, com a criação do Tribunal Constitucional português (1976), espanhol (1978), grega (1975) e, posteriormente, com a Corte de Arbitragem belga (1983) e no leste europeu (Polônia em 1985, Hungria em 1989, Romênia e Bulgária em 1991, Albânia e República Tcheca em 1992, Lituânia em 1993, Eslovênia em 1994, Rússia em 1995 e Armênia em 1996. (FAVOREU, Louis. **As cortes constitucionais**. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004). Em que pese o autor tratar do “modelo europeu de justiça constitucional”, há autores que criticam tal homogeneização em razão das características peculiares de cada sistema (LLORENTE, Francisco Rubio. Tendances actuelles de la juridiction constitutionnelle en europeu. **Annuaire international de justice constitutionnelle**, n. 12, p. 11-29, 1996. p. 16).

⁶⁹ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013. p. 131.

seu exercício é deflagrado pelo processo cujo objetivo imediato é a tutela de direitos subjetivos, violados por normas contrárias à Constituição.

Em que pese as contribuições de Kelsen na redação da Constituição austríaca de 1920, cujo texto já instituiu o sistema concentrado de controle, as premissas da garantia jurisdicional da Constituição nos moldes em que originariamente idealizado pelo autor foram melhor expostas por ele posteriormente na sessão de outubro de 1928 do Instituto Internacional de Direito Público, publicado no Brasil na coletânea “Jurisdição constitucional”⁷⁰. O sistema é estruturado a partir de fundamentos estritamente normativos, concluindo que a garantia mais eficaz da Constituição é a anulação do ato inconstitucional. Defende a anulabilidade, e não a nulidade, pois a primeira permitiria que qualquer um deixasse de cumprir as leis alegando que são inconstitucionais. Se fosse admitido que o vício existe *ab initio*, o ato seria desprovido de qualquer caráter jurídico e não poderia impor obrigações, mas o princípio da “autolegitimação dos atos das autoridades públicas” implica que a regularidade ou irregularidade desses só pode ser decidida após o desenrolar do procedimento previsto pelo ordenamento, e não por qualquer cidadão, primando inclusive pela segurança jurídica. Mesmo que o pronunciamento que reconheça a incompatibilidade pronuncie que o ato era “nulo”, terá caráter constitutivo, pois “a nulidade não pode de forma alguma ser considerada como definida antes da conclusão do procedimento, que poderá conduzir a uma decisão que a nega”⁷¹. Em prol da segurança jurídica, Kelsen reconheceu que determinados casos pudessem exigir uma anulação *pro futuro* com efeitos depois de certo período, para evitar, inclusive, o vazio jurídico produzido pela anulação⁷². Entretanto, também admitiu uma hipótese específica de anulação com efeitos retroativos: no caso concreto que provocou a análise da regularidade, para que os órgãos não deixassem de ter interesse jurídico na provocação do tribunal.

Além disso, a competência para realizar referido procedimento não poderia ser conferida ao Parlamento e nem ao próprio governo, que participam do processo legislativo de criação de normas gerais, mas ao órgão que embora revista a estrutura de jurisdicional, exerce a função de “legislador negativo”. Retirar uma norma do universo jurídico seria, em verdade,

⁷⁰ Ibid., p. 121-186.

⁷¹ Ibid., p. 143.

⁷² “O ideal da segurança jurídica requer que, geralmente, só se atribua efeito à anulação de uma norma geral irregular *pro futuro*, isto é, a partir da anulação. Deve-se considerar inclusive a possibilidade de não se deixar a anulação entrar em vigor antes de expirar certo prazo. Do mesmo modo que pode haver razões válidas para fazer a entrada em vigor de uma norma geral ser precedida por uma *vacatio legis*, também poderia haver motivos para que uma norma só deixasse de vigorar expirado certo prazo a partir da sentença de anulação”. (Ibid., p. 145). Kelsen também considerou a possibilidade de a Corte, ao invés de diferir os efeitos da anulação para evitar o vazio jurídico, atribuir um efeito repristinatório à decisão, tornando novamente aplicável a lei que havia sido revogada pela lei considerada inconstitucional. Concluiu, entretanto, que esse poder acentuaria demasiadamente o caráter legislativo de sua função (Ibid., p. 172).

criar uma norma geral com sinal negativo, e a atividade de referido órgão estaria absolutamente limitada pela Constituição⁷³. A centralização da competência para examinar a regularidade das normas em um órgão com poder para proferir decisões com efeitos *erga omnes* seria imprescindível para a segurança do direito e unidade das soluções⁷⁴. Este órgão seria a Corte Constitucional, que conforme conceitua Favoreu, é a “[...] *jurisdição criada para conhecer especial e exclusivamente o contencioso constitucional, situada fora do aparelho constitucional ordinário e independente desde e dos poderes públicos*”⁷⁵.

Quanto ao processo de controle, Kelsen estabeleceu três premissas⁷⁶. A primeira, quanto à legitimidade ativa, vale dizer, o modo de introdução do processo perante o tribunal constitucional, sugeriu um modelo combinando: 1) a via da ação direta pelas autoridades públicas encarregadas de aplicar a lei e pelos entes federativos, em que os governos estaduais poderiam impugnar leis federais e o governo federal, leis estaduais; 2) a via indireta pelas partes de um processo judiciário ou administrativo contra uma sentença ou ato normativo baseados em lei inconstitucional e; 3) *ex officio* pela própria Corte no bojo de um processo de sua competência quando tivesse dúvidas acerca da regularidade do ato.

A segunda, recomendou a adoção do princípio da publicidade e da oralidade, com a participação no procedimento da autoridade cujo ato é contestado, a instância da qual emanou o pedido e o particular, se envolvido no litígio. Por fim, a terceira, a respeito da decisão, consignou que a consequência necessária do acolhimento do pedido é a anulação do ato questionado, que deveria ser publicada e produziria efeitos a partir dessa (publicação), salvo o

⁷³ “[...] o órgão a que é confiada a anulação das leis inconstitucionais não exerce uma função verdadeiramente jurisdicional [...] a diferença entre a função jurisdicional e função legislativa consiste antes de mais nada em que esta cria normas gerais, enquanto aquela cria unicamente normas individuais. Ora, anular uma lei é estabelecer uma norma geral, porque a anulação de uma tem o mesmo caráter de generalidade que sua elaboração, nada mais sendo, por assim dizer, que a elaboração com sinal negativo e portanto ela própria uma função legislativa. [...] A anulação de uma lei se produz essencialmente como aplicação das normas da Constituição. A livre criação que caracteriza a legislação está aqui quase completamente ausente [...], a atividade do legislador negativo, da jurisdição constitucional, é absolutamente determinada pela Constituição [...] é principalmente aplicação e somente em pequena medida criação do direito. É, por conseguinte, efetivamente jurisdicional.” (KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013. p. 151-153.)

⁷⁴ Cappelletti, quanto a esse aspecto, aborda a concentração como alternativa ao *stare decisis* nos países de tradição germânica (*civil law*), em que o precedente não possui o caráter vinculante dos sistemas do *common law*: “Tornava-se, em síntese, necessário naqueles Países, ou pelo menos oportuno, encontrar um adequado substituto da *Supreme Court* norte-americana, isto é, encontrar um órgão judiciário a que se pudesse confiar a função de decidir sobre as questões de constitucionalidade das leis, com eficácia *erga omnes* e, por isto, de modo tal a evitar aquele perigo de conflitos e de caótica incerteza do direito [...]” (CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984. p. 83).

⁷⁵ FAVOREU, Louis. **As cortes constitucionais**. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004. p. 15.

⁷⁶ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013. p. 173-178.

caso específico em que admite o efeito retroativo (litígio concreto). Ou seja, teria natureza constitutiva.

Kelsen não tratou da possibilidade de suspensão precária dos efeitos da lei pela Corte Constitucional durante o processo até ulterior decisão final. Pelo contrário, afirmou que a nulidade, e consequentemente seus efeitos, só podem ser atingidos após a conclusão do procedimento. A segurança jurídica é um dos fundamentos basilares do sistema racionalmente construído, sendo inclusive a justificativa da anulabilidade e da concentração da competência subjetiva. O controle visa, em última instância, garantir a supremacia da Constituição e a compatibilidade dos atos normativos com a norma superior, atuando inclusive como instrumento contra majoritário⁷⁷. A análise é feita em abstrato e o procedimento desenvolve-se independentemente de um conflito de interesses concretos.

3.2.1 Estrutura atual do controle e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade

O modelo erigiu-se conforme as premissas estabelecidas por Kelsen: a anulação foi constitucionalmente prevista como forma de garantia da supremacia constitucional e a instituição apta para aplicá-la, a Corte Constitucional. Em prol da segurança jurídica, o art. 89 da Constituição austríaca⁷⁸ vedou aos tribunais ordinários conhecer de litígios constitucionais, atribuindo referida competência exclusivamente à Corte Constitucional no art. 140. Apenas essa pode decidir sobre a constitucionalidade de um ato normativo.

Diversamente do americano, a estrutura do sistema austríaco está exposta na própria Constituição: a competência, objeto e efeitos da decisão. Nota-se uma especial preocupação no texto original de 1920 em proteger o sistema federativo, inclusive porque em seu nascedouro o controle de constitucionalidade foi encarado mais como instrumento de preservação das competências federativas do que propriamente como instrumento de proteção de direitos fundamentais⁷⁹. Esta finalidade não foi negada, o que se denota dos próprios textos de Kelsen

⁷⁷ Kelsen atribuiu especial importância ao controle de constitucionalidade na proteção das competências federativas nos estados federados, mas já fazia referência ao seu papel na democracia como instrumento contra majoritário. KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013. p. 181-186.

⁷⁸ A acesso às leis austríacas traduzidas para o inglês pode ser feito pelo link: <https://www.ris.bka.gv.at/Englische-Rv/> (acesso em: 01 mar. 2021). A Constituição austríaca em inglês encontra-se disponível no link: https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Erv/ERV_1930_1/ERV_1930_1.pdf. Acesso em: 01 mar. 2021.

⁷⁹ Conforme afirmado, Kelsen atribuiu especial relevância ao papel da jurisdição constitucional para a proteção das competências federativas. A proteção dos direitos fundamentais torna-se mais central na jurisdição austríaca apenas posteriormente, conforme será elucidado adiante.

quando se refere à possibilidade de controle tanto da forma como do conteúdo da lei⁸⁰, mas é dado destaque àquela, o que se infere, por exemplo, do estrito rol de legitimados ativos originários para desencadear o procedimento de controle. Em seu texto original, a Constituição austríaca atribuiu legitimidade ativa para provocar a Corte por meio de ação direta apenas ao Governo federal, quanto às leis estaduais, e aos Governos Estaduais, quanto às leis federais. Era possível também que a própria Corte decidisse de ofício sobre a questão no bojo de um processo de sua competência quando a lei de cuja constitucionalidade se suspeitasse fosse pressuposto para a decisão. As partes não podiam questionar a compatibilidade com a Constituição e os tribunais eram obrigados a aplicar o ato normativo mesmo que suspeitassem de sua inconstitucionalidade, pois não podiam suscitar a dúvida à Corte⁸¹.

O seu papel foi profundamente alterado ao longo dos anos e a Corte passou a ser considerada “guardiã da Constituição como um todo”, especialmente dos direitos fundamentais⁸², responsável por tornar efetiva a supremacia⁸³. O restrito quadro de legitimados foi alterado por reformas constitucionais⁸⁴ e atualmente a Corte poderá decidir sobre a constitucionalidade dos atos normativos, conforme art. 140 da Constituição austríaca, de forma *incidental* (1, abaixo) ou *independentemente de um caso concreto* (2, abaixo): em ambos a análise é feita em abstrato, ou seja, se o dispositivo questionado viola abstratamente a Constituição, e não se houve ofensa específica ao direito do requerente, embora, no primeiro, a verificação se origine de um caso concreto (de um processo em que haja um conflito subjetivo), e no segundo, de uma ação cujo objeto principal é a própria impugnação.

Manifestar-se-á *incidentalmente* (1) nos seguintes casos: 1.a) de ofício nos processos de sua competência, quando tiver dúvidas sobre a constitucionalidade de uma disposição legal aplicável; 1.b) a pedido da Corte Administrativa, de tribunal administrativo ou de tribunal ordinário, quando tiverem dúvidas acerca da constitucionalidade de uma disposição legal

⁸⁰ “[...] uma lei pode ser, então, inconstitucional, seja por causa de uma irregularidade de procedimento em sua elaboração, seja em decorrência da contrariedade de seu conteúdo aos princípios ou diretivas formulados na Constituição, quando excede os limites estabelecidos por esta” (KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013. p. 132).

⁸¹ Cappelletti afirma que o sistema de 1920 mostrou-se insuficiente pois muitas leis deixavam de ser objeto de controle. Os órgãos políticos legitimados não tinham dever de propor a ação, mas mera faculdade, além do que só poderia ser objeto do controle as leis estaduais se impugnadas pelo governo federal e vice-versa (CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984. p. 102-108).

⁸² ÖHLINGER, Theo. The genesis of the austrian model of constitutional review of legislation. **Ratio Juris**, v. 16, n. 2, p. 206–222, June 2003. p. 214.

⁸³ BIERLEIN, Brigitte. Separation of powers and Independence of constitutional courts and equivalent bodies. In: **2nd Congress of The World Conference on Constitutional Justice**, 16-18/01/2011, Rio de Janeiro.

⁸⁴ Para uma análise mais específica das reformas constitucionais austríacas, vide: DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2016. p. 64-66.

aplicável em processo de sua competência; 1.c) a pedido de indivíduo que alegue ter tido seus direitos diretamente violados por um ato normativo alegadamente inconstitucional, desde que esse tenha produzido efeitos para ele independentemente de decisão judicial ou administrativa nesse sentido (*individual application*); 1.d) a pedido de indivíduo que alegue ter tido seus direitos como parte de um processo judicial em primeira instância violados, e que conteste a constitucionalidade do ato aplicado no âmbito do recurso cabível contra a decisão deste tribunal (*application by a party to a law suit*). A hipótese 1.c, em verdade, não é forma de deflagração incidental, vale dizer, no bojo de um processo já em trâmite, visto que é requisito de admissibilidade que o ato normativo por si só tenha violado o direito constitucional do requerente sem que uma decisão administrativa ou judicial tenha sido tomada. Contudo, optou-se por incluí-lo na classificação “1” por questões metodológicas, já que o requerimento de análise da constitucionalidade também surge a partir de um caso específico⁸⁵.

Já a análise *independente de um caso concreto* (2) será feita mediante ação cujo pedido principal é a análise da constitucionalidade, sem que se origine de uma violação/conflito específico, tendo legitimidade para tanto os seguintes órgãos: 2.a) governo federal, quanto às leis provinciais; 2.b) governos provinciais, quanto às leis federais; 2.c) um terço dos membros do Conselho Nacional ou do Conselho Federal, quanto às leis federais; 2.d) um terço dos membros de um parlamento provincial em relação às próprias leis provinciais, se essa competência estiver prevista na sua respectiva legislação.

Com exceção do pronunciamento incidental de ofício (1.a), as demais hipóteses de manifestação supra descrita são provocadas por meio do instrumento processual denominado genericamente de *application*. Os termos em inglês utilizados (*individual application*, *application by a party to a law suit* e *application*), bem como o que será utilizado abaixo (*complaint*), foram retirados do *site* oficial da Corte Austríaca, quando refere-se a cada um dos institutos em questão.

Vê-se que não são mais apenas as autoridades federais e estaduais que possuem legitimidade para provocar a atuação da Corte. Essa abertura do processo e o destaque dado ao controle provocado incidentalmente são tratados pelos doutrinadores a partir de diferentes perspectivas, mencionando-se como exemplo Tania Groppi, que os caracteriza como um dos elementos que marcam o distanciamento da atual configuração dos moldes originais propostos

⁸⁵ O caso específico do requerente não será o fundamento da decisão da Corte, visto que o controle não é concreto, mas o pedido de deflagração parte dele, conforme será melhor exposto adiante.

por Kelsen⁸⁶; Theo Öhlinger, que entende ser o resultado de uma diferente compreensão acerca das funções do controle⁸⁷ e; Francisco Rubio Llorente, segundo o qual exprimiria a tendência à aproximação do modelo de controle cuja finalidade é a realização de direitos fundamentais⁸⁸.

Percebe-se que a competência para analisar a constitucionalidade ainda é exclusiva da Corte Constitucional, mas os tribunais não são mais obrigados a aplicar uma lei quando haja dúvidas acerca de sua regularidade, ao contrário, são obrigados a suscitar a questão perante a Corte e não podem simplesmente deixar de aplicá-la, prevalecendo a denominada “autolegitimação dos atos das autoridades públicas”, nos termos de Kelsen. A esse respeito, Tania Groppi considera o “privilegio do legislador” como uma das características ainda presentes no modelo europeu de controle⁸⁹.

Além dessas hipóteses do art. 140 (1 e 2 acima), a Constituição prevê, no art. 144, a competência da Corte para analisar a reclamação (*complaint*) da parte na qual alegue que uma decisão da jurisdição administrativa violou diretamente seus direitos constitucionais⁹⁰ ou seus direitos individuais por ter aplicado uma lei inconstitucional, regulamento ou tratado ilegal. Em que pese nesse instrumento também ser possível a verificação da compatibilidade constitucional de um ato normativo, o tipo de análise feita em uma *complaint* é diferente da análise feita em 1 ou em 2.

Quando a atuação da Corte é provocada *incidentalmente* (1) ou *independentemente de um caso concreto* (2), a apreciação da lei impugnada será feita em abstrato, em outras palavras, os fundamentos para a deliberação acerca de sua compatibilidade com a Constituição não serão exclusivos e especificamente aplicáveis somente ao caso concreto. As particularidades

⁸⁶ GROPP, Tania. ¿Existe un modelo europeo de justicia constitucional? **Revista de Derecho Político**, n. 62, p. 33-54, 2005.

⁸⁷ A reforma constitucional deixa claro, segundo o autor, que a competência da Corte não se restringe à resolução de conflitos de competência entre o legislativo federal e o estadual. (ÖHLINGER, Theo. The genesis of the austrian model of constitutional review of legislation. **Ratio Juris**, v. 16, n. 2, p. 206–222, June 2003. p. 215)

⁸⁸ O autor analisa no artigo em referência os recursos de que podem se valer os cidadãos de diferentes países europeus para questionar decisões de instâncias ordinárias que violam, em tese, direitos fundamentais, e conclui que a abertura desse processo exprime a tendência de aproximação ao modelo cuja finalidade é garantir os direitos fundamentais (LLORENTE, Francisco Rubio. Tendances actuelles de la juridiction constitutionnelle em europeu. **Annuaire international de justice constitutionnelle**, n. 12, p. 11-29, 1996).

⁸⁹ A autora afirma que esse ainda pode ser considerado um elemento característico do modelo, embora reconheça que a jurisdição constitucional tenha dele se afastado após sua segunda onda de expansão, já que os tribunais não mais são obrigados a aplicar uma lei caso a considerem inconstitucional, mas podem, via de regra, suscitar a questão perante a corte constitucional (GROPP, Tania. ¿Existe un modelo europeo de justicia constitucional? **Revista de Derecho Político**, n. 62, p. 33-54, 2005. p. 47-48).

⁹⁰ Direitos constitucionalmente garantidos (ou direitos fundamentais) são aqueles constantes na Constituição austríaca e na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, conforme restou estabelecido pela Corte nas decisões em U 466/11-18 e U 1836/11-13, de 14/03/2012 (AUSTRIAN CONSTITUTIONAL COURT. **U 466/11-18, U 1836/11-13, 14 March 2012**. 2012. Disponível em: https://www.vfgh.gv.at/downloads/VfGH_U_466-11_U_1836-11_Grundrechtecharta_english_2.pdf. Acesso em 06 jan. 2022).

concernentes ao conflito subjetivo serão levadas em conta apenas para a Corte verificar se estão preenchidos os requisitos que permitem que a *application* seja admitida e analisada, e após, em caso positivo, irá examinar se a lei viola a ordem constitucional em abstrato, sem considerar os direitos específicos do requerente. Diferentemente do que ocorre na *complaint*, em que se analisa se naquele caso específico houve violação a um direito do reclamante. Ou seja, nesta o objeto impugnado é a decisão administrativa que teria alegadamente violado um direito seu, e não a ordem constitucional.

Para ilustrar a diferenciação, traz-se à baila a decisão da Corte de 11/12/2020, em G 139/2019-71⁹¹. Tratou-se de *individual application* (1.c acima) em que os requerentes buscavam ver declarada a inconstitucionalidade do parágrafo 78 do Código Penal que criminalizava a incitação e a assistência ao suicídio. Antes de adentrar nos fundamentos de mérito, a Corte analisou se os requisitos de admissibilidade foram preenchidos pelas particularidades do caso concreto:

A admissibilidade de um pedido [*individual application*] nos termos do artigo 140.º, n.º 1, alínea c), n.º 1, da Constituição (B-VG) exige, por um lado, que o requerente alegue que os seus direitos foram violados pela lei impugnada – em razão de sua inconstitucionalidade – e, por outro lado, que a lei realmente tenha produzido efeitos para o requerente sem que tenha sido proferida decisão judicial ou administrativa. O requisito fundamental para que um pedido [*individual application*] seja admissível é que a lei interfira na esfera jurídica do requerente em detrimento deste e, se for considerada inconstitucional, viole a esfera jurídica do indivíduo. Nesse caso, o Tribunal Constitucional deve basear-se no pedido apresentado e apenas rever se os efeitos mantidos pelo requerente são os exigidos pelo artigo 140.º, n.º 1, alínea c), 1, da Constituição (B-VG) para a admissibilidade (cf. e.g. VfSlg. 11.730/1988, 15.863/2000, 16.088/2001, 16.120/2001).

Além disso, outro requisito é que a própria lei realmente interfira diretamente na esfera jurídica do requerente. Tal interferência deve ser presumida apenas se for inequivocamente determinada pela própria lei, se os interesses (legalmente protegidos) do requerente estiverem não apenas potencialmente, mas realmente prejudicados, e se não houver outra maneira razoável de rejeitar a – alegada – interferência ilícita ao requerente (VfSlg. 11.868/1988, 15.632/1999, 16.616/2002, 16.891/2003).

[...] o Tribunal Constitucional entende, em jurisprudência consolidada, que o objetivo de tal pedido [*individual application*] é eliminar a alegada violação dos direitos de um indivíduo através da revogação do dispositivo contestado da lei. Assim, se a situação jurídica do requerente não mudar apesar da revogação do dispositivo da lei impugnada, seu pedido não é admissível (VfSlg. 13.112/1992). (tradução nossa)⁹²

⁹¹ AUSTRIAN CONSTITUTIONAL COURT. **G 139/2019-71,11 December 2020**. 2020. Disponível em: https://www.vfgh.gv.at/downloads/G_139-2019_EN_shortened_Version_Website.pdf. Acesso em 06 jan. 2022.

⁹² No original: “The admissibility of an application pursuant to Article 140 paragraph 1 subparagraph 1 point c) of the Constitution (B-VG) requires, on the one hand, that the applicant claims that his/her rights have been violated by the challenged law – in view of its unconstitutionality – and, on the other hand, that the law actually took effect for the applicant without a decision having been rendered by a court or an administrative ruling having been issued. The fundamental requirement for an application to be admissible is that the law interferes with the legal sphere of the applicant to the latter’s disadvantage and, if found to be unconstitutional, violates the individual’s legal sphere. In any such case, the Constitutional Court must base itself on the application submitted and merely review if the effects maintained by the applicant are such as required by Article 140

A Corte constatou que os requerentes preencheram os requisitos de admissibilidade, quais sejam, que seus direitos foram violados pela lei questionada; que essa se tornou efetiva para eles sem quem uma decisão administrativa ou judicial tivesse sido proferida; que sua esfera legal foi diretamente afetada pela lei e; que não há outra forma legal de eles repelirem o dispositivo questionado, sendo, por isso, admissível. Passou então à análise do mérito, e quanto a esse, deixou claro que a análise da constitucionalidade seria feita em abstrato, ou seja, que a compatibilidade constitucional do dispositivo impugnado seria feita levando em conta o texto da Constituição, e não se houve qualquer violação específica ao requerente.

No voto, ressaltou-se que o mesmo dispositivo questionado neste *individual application* (parágrafo 78 do Código Penal) já havia sido recentemente analisado pela Corte em uma *complaint* (art. 144 da Constituição) que impugnava uma decisão administrativa cujo fundamento era o referido dispositivo. Nesta *complaint*, a Corte manteve a decisão administrativa impugnada pois concluiu que não havia ocorrido violação de nenhum direito do requerente naquele caso concreto. A análise não foi feita levando-se em conta a compatibilidade constitucional do dispositivo (que era o fundamento da decisão atacada) pois esse não é o objeto de uma *complaint*, mas sim se os direitos do requerente haviam sido desrespeitados quando a decisão administrativa adotou como fundamento o parágrafo 78 do Código Penal. Entretanto, quando a análise do dispositivo foi feita em abstrato, no bojo do *individual application*, verificou-se que era parcialmente inconstitucional:

[...] 7. O Tribunal Constitucional já analisou o parágrafo 78.º do Código Penal (StGB) na sua decisão VfSlg. 20.057/2016. Nesta, a questão foi levada ao Tribunal em razão do planejamento de se estabelecer uma associação de morte autodeterminada ("*Letzte Hilfe – Verein für selbstbestimmtes Sterben*"), que havia sido proibida pela autoridade pública competente por estar em conflito com o parágrafo 78 do Código Penal (StGB). Nos processos de reclamação [*complaint*] nos termos do artigo 144.º da Constituição (B-VG) e, portanto, no contexto de um caso específico (e não em processos de controle de constitucionalidade), o Tribunal Constitucional considerou o parágrafo 78.º do Código Penal (StGB) em conformidade com a Constituição. Isto significa que

paragraph 1 subparagraph 1 point c) of the Constitution (B-VG) for the application's admissibility (cf. e.g. VfSlg. 11.730/1988, 15.863/2000, 16.088/2001, 16.120/2001). Furthermore, another requirement is that the law itself actually interferes directly with the legal sphere of the applicant. Such interference is to be assumed only if it is unambiguously determined by the law itself, if the (legally protected) interests of the applicant are not only potentially but actually im-paired, and if no other reasonable way of rejecting the – alleged – unlawful interference is available to the applicant (VfSlg. 11.868/1988, 15.632/1999, 16.616/2002, 16.891/2003). [...] the Constitutional Court has held in its established case law that the purpose of such application is to eliminate the alleged violation of an individual's rights by repealing the contested provision of the law. Hence, if the legal position of the applicant does not change despite the repeal of the contested provision of the law, his/her application is not admissible (VfSlg. 13.112/1992)". In: AUSTRIAN CONSTITUTIONAL COURT. **G 139/2019-71,11 December 2020**. 2020. Disponível em: https://www.vfgh.gv.at/downloads/G_139-2019_EN_shortened_Version_Website.pdf. Acesso em 06 jan. 2022.

o Tribunal não se pronunciou sobre as preocupações constitucionais relativas ao parágrafo 78.º do Código Penal (StGB), a serem julgadas no presente caso, de uma maneira que vincularia o Tribunal Constitucional. (tradução nossa)⁹³

Do trecho supra citado, extrai-se que o julgamento de uma *complaint* não é caracterizado pela Corte como um procedimento de controle de constitucionalidade. Percebe-se, portanto, que apesar da abertura e da valorização à provocação incidental da Corte, o controle de constitucionalidade é realizado apenas em abstrato, com a finalidade específica de tutela da ordem jurídica, vale dizer, da superioridade das regras e princípios constitucionais. A proteção dos direitos fundamentais dos requerentes é consequência. Tal constatação é premissa para se compreender a razão pela qual o sistema austríaco não admite a suspensão provisória da eficácia da lei impugnada durante o trâmite do procedimento de controle, conforme será detalhado no item seguinte (3.2.2).

Na *complaint*, por outro lado, a atuação da Corte é voltada especificamente à proteção do direito fundamental do requerente, sendo a demanda solucionada a partir da análise da decisão administrativa impugnada à luz das especificidades do caso concreto, razão pela qual são distintos os efeitos da decisão da Corte na *complaint* e nas *applications* (1 e 2). A distinção quanto ao objetivo, os parâmetros de análise e os efeitos de ambas as formas de provocação da Corte acabam por distanciá-las também no que tange as possíveis medidas provisórias no bojo dos procedimentos. Para evitar o risco de confusão, a análise mais específica da *complaint*, que não é tida como forma de controle de constitucionalidade, e de seus respectivos provimentos acautelatórios será feita no item 3.2.3. Por ora, seguir-se-á no estudo do controle em abstrato por meio das *applications*.

A inconstitucionalidade só pode ser reconhecida pela Corte na exata extensão do que foi impugnado ou do que seria objeto de aplicação por ela no processo de sua competência⁹⁴, e

⁹³ No original: “[...] 7. The Constitutional Court already dealt with the provision of section 78 of the Criminal Code (StGB) in its decision VfSlg. 20.057/2016. At that time, the issue was brought before the Court on the occasion of the planned establishment of an association for self-determined dying (“Letzte Hilfe – Verein für selbstbestimmtes Sterben”), which was prohibited by the competent public authority on account of it being in conflict with section 78 of the Criminal Code (StGB). In complaint proceedings pursuant to Article 144 of the Constitution (B-VG) and, hence, against the background of a specific case (rather than in judicial review proceedings), the Constitutional Court assessed section 78 of the Criminal Code (StGB) to be in conformity with the Constitution. This means that the Court did not rule on the constitutional concerns regarding section 78 of the Criminal Code (StGB) to be judged in the present case in a manner that would have been binding upon the Constitutional Court”. In: AUSTRIAN CONSTITUTIONAL COURT. **G 139/2019-71,11 December 2020**. 2020. Disponível em: https://www.vfgh.gv.at/downloads/G_139-2019_EN_shortened_Version_Website.pdf. Acesso em 06 jan. 2022.

⁹⁴ Se, entretanto, a Corte concluir que a lei como um todo foi promulgada por um órgão legislativo incompetente, ou que foi publicada de forma inconstitucional, poderá rescindi-la por completo. Essa possibilidade não se aplica no caso de a extensão dos efeitos da decisão ser contrária ao interesse do litigante que suscitou o conflito nas hipóteses “1.c” e “1.d” acima, ou daquele cujo processo desencadeou a análise de ofício pela Corte (hipótese “1.a” acima). Cf. art. 140 (3), da Constituição austríaca.

não pode considerar fundamentos distintos daqueles levantados pelo requerente para reconhecer a inconstitucionalidade:

Nos processos iniciados com a apresentação de um pedido de controle da constitucionalidade de uma lei nos termos do artigo 140.º da Constituição (B-VG), o Tribunal Constitucional deve limitar-se a deliberar sobre as questões suscitadas (cf. VfSlg. 12.691/1991, 13.471/1993, 14.895/1997, 16.824/2003). Assim, caberá exclusivamente avaliar se o dispositivo impugnado é inconstitucional pelas razões expostas na petição (VfSlg. 15.193/1998, 16.374/2001, 16.538/2002, 16.929/2003). (tradução nossa)⁹⁵

Ou seja, não pode concluir pela inconstitucionalidade do dispositivo impugnado com base em razões que não tenham sido arguidas pelo requerente⁹⁶. As deliberações ocorrem às portas fechadas mediante a reunião de todos os membros e pelo voto da maioria absoluta, via de regra após a realização de audiência⁹⁷. No controle abstrato não há decisão individual.

Quanto às decorrências da decisão, nos casos 1 e 2 acima, quando conclui pela incompatibilidade do ato normativo, as consequências imediatas são a retirada da lei do ordenamento jurídico (revogação) e a imposição ao chanceler federal ou ao governador, conforme seja a lei federal ou estadual, da obrigação de publicá-la (a decisão) sem demora. A revogação será vinculante *erga omnes*, mas apenas produzirá efeitos após o término do dia da publicação, salvo se a Corte definir outro prazo posterior, que não poderá exceder dezoito meses⁹⁸. Ou seja, os efeitos temporais são, via de regra, *ex nunc*, podendo a Corte modular os efeitos da declaração *pro futuro*, modulação essa que não poderá exceder o prazo supra mencionado. A lei revogada continuará aplicável aos fatos ocorridos antes da publicação, mas a Constituição prevê expressamente uma exceção: para o caso que desencadeou o procedimento os efeitos serão necessariamente *ex tunc*. Tal previsão está de acordo com a premissa já estabelecida por Kelsen, pois se a lei continuasse aplicável também para o suscitante, esse

⁹⁵ No original: “In proceedings initiated upon submission of an application to review the constitutionality of a law pursuant to Article 140 of the Constitution (B-VG), the Constitutional Court has to limit itself to deliberations on the concerns raised (cf. VfSlg. 12.691/1991, 13.471/1993, 14.895/1997, 16.824/2003). Hence, it has to exclusively assess if the challenged provision is unconstitutional for the reasons set out in the application (VfSlg. 15.193/1998, 16.374/2001, 16.538/2002, 16.929/2003)”. In: G 4/2020-27 (AUSTRIAN CONSTITUTIONAL COURT. G 4/2020-27, 11 December 2020. 2020. Disponível em: https://www.vfgh.gv.at/downloads/G_4-2020_EN_Version_Homepage.pdf. Acesso em 06 jan. 2022).

⁹⁶ Por exemplo, se a parte alega apenas que o dispositivo impugnado violou o direito constitucional à igualdade, a Corte não pode declará-lo como inconstitucional por entender que teria violado o direito à propriedade.

⁹⁷ Se os fatos necessitarem ser esclarecidos, se houver questões legais em aberto ou se o caso for de especial interesse público, será designada audiência, mas essa poderá ser dispensada nas hipóteses do parágrafo 19 (3) e (4) da Lei da Corte Constitucional. Versão em inglês disponível em: https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/ErV/ERV_1953_85/ERV_1953_85.pdf. Acesso em: 12 mar. 2021.

⁹⁸ Art. 140 (5), da Constituição austríaca. É prevista a obrigatoriedade de a autoridade política publicar a rescisão “without delay”, nos exatos termos da tradução em inglês, mas não é fixado prazo para tanto.

poderia não ter interesse na provocação do controle e ele não seria efetivo. A decisão terá, via de regra, efeitos repristinatórios: o ato normativo anteriormente revogado pela lei reconhecida como inconstitucional pela Corte voltará a ser efetivo, a menos que se estabeleça de forma diversa na decisão⁹⁹.

A Constituição austríaca não prevê a possibilidade de suspensão provisória da lei impugnada e tampouco um mecanismo processual para que a Corte faça diretamente a tutela cautelar de uma situação específica durante o trâmite do processo de controle. Constitucionalistas identificam na sua atuação, especialmente a partir da década de setenta, um afastamento de seu papel de “legislador negativo” e a aproximação à ideia de “legislador positivo” em razão de suas sentenças ditas interpretativas, bem como uma atuação mais voltada à realização de direitos fundamentais¹⁰⁰, o que Francisco Llorente encara como uma tendência de aproximação ao modelo de controle cujo objetivo primordial é a realização de direitos fundamentais (modelo incidental), ao invés da preservação da ordem jurídica (modelo abstrato)¹⁰¹, mas essas constatações e tendências identificadas não alteram o fato de que o controle austríaco possui, até hoje, caráter abstrato.

A abertura do processo de controle pela ampliação dos legitimados para instaurá-lo não alterou essa substância, pois mesmo quando é provocada incidentalmente, o fundamento da decisão da Corte sobre a (in)constitucionalidade do ato impugnado não é o caso concreto. Independentemente de qual dos meios previstos no art. 140 deflagram o processo, se a via

⁹⁹ Art. 140 (6), da Constituição austríaca.

¹⁰⁰ Brigitte Bierlein, comentando tal mudança de posicionamento, afirma que a partir do final da década de 70 inclusive a margem de apreciação da Corte quando o ato normativo impugnado diz respeito a direitos fundamentais foi ampliada, passando da análise mais voltada aos requisitos formais para a análise mais embasada em princípios (BIERLEIN, Brigitte. Separation of powers and Independence of constitutional courts and equivalent bodies. In: **2nd Congress of The World Conference on Constitutional Justice**, 16-18/01/2011, Rio de Janeiro. p. 8-9). Também sobre esse fenômeno, Pedro Trovão do Rosário faz a análise dos tribunais europeus em geral e traz apontamentos específicos acerca da Corte austríaca em artigo do qual se extrai o seguinte trecho: “La teoría de la función de legislador negativo que caracteriza a la jurisdicción constitucional en Europa, hace mucho que no corresponde a la realidad. Las decisiones de anulación típicas del legislador negativo tienen consecuencias activas, más concretamente, también crean derecho en la medida en que la expulsión de normas que se encuentran asociadas al mismo, tiene consecuencias a nivel de ordenamiento jurídico” (ROSÁRIO, Pedro Trovão. Tribunal constitucional - ¿un legislador negativo o positivo? **Revista de Derecho UNED**, n. 16, p. 713-740, 2015. p. 734).

¹⁰¹ O autor analisa as Cortes europeias de forma geral e aborda em alguns trechos o controle austríaco, estendendo suas conclusões também para esse. Afirma que a ampliação das formas de acesso dos indivíduos à Corte evidencia a superação da rígida distinção tradicionalmente feita entre o controle austríaco e o americano, e marca a tendência do modelo europeu – questionando inclusive essa denominação genérica, tendo em vista as diferenças entre os sistemas dos diferentes países europeus - em geral de se aproximar do modelo que mais prima pela realização dos direitos fundamentais, apontando a seguinte hipótese: “La raison d’être de cette tendance qui conduit d’un modèle centré sur la loi à un modèle centré sur la défense des droits réside dans le fait que le contrôle de constitutionnalité des lois n’a d’autre finalité que de garantir l’effectivité des droits”. (LLORENTE, Francisco Rubio. Tendances actuales de la juridiction constitutionnelle en europeu. **Annuaire international de justice constitutionnelle**, n. 12, p. 11-29, 1996. p. 28).

direta, *ex officio* ou incidental, o objetivo do controle é o mesmo: a revogação do ato normativo que se mostre incompatível com a Constituição a partir da análise em abstrato. Conforme já afirmado, a depender da forma de provocação¹⁰², o caso concreto apenas será levado em conta para que sejam verificados os requisitos de admissibilidade do instrumento.

Se as especificidades não são fundamento da decisão, ou seja, se não se prestam a sustentar eventual revogação, também não são consideradas para suspender provisoriamente a eficácia da norma impugnada. A Corte não analisa o caso concreto para inferir a (in)compatibilidade do ato impugnado com a Constituição, e, logo, não o fará para verificar se há urgência na situação, que, conforme afirmado no item 1.2, é um dos requisitos para a concessão de liminar. Em que pese o destaque e a importância dada ao papel da Corte na realização direta de direitos fundamentais¹⁰³, não houve, até o momento de redação desse trabalho, modificação constitucional ou autorização legislativa que permitisse à Corte Constitucional austríaca deferir diretamente medidas acautelatórias que atinjam os planos de eficácia e validade da norma de forma provisória, vale dizer, não podem proferir liminares que suspendam *erga omnes* o ato impugnado enquanto tramita o processo de controle. Ainda vige o privilégio do legislador, ou presunção de constitucionalidade, e mantendo-se a doutrina kelseniana, o efeito da decisão de inconstitucionalidade que se traduz na revogação, cuja consequência prática é a não aplicação da norma, só pode ser alcançado após a conclusão do procedimento.

3.2.2 *Das possíveis medidas a serem tomadas pelos tribunais inferiores e a necessidade de aguardar a decisão final da Corte sobre a inconstitucionalidade*

Afirmou-se que a Corte Constitucional não possui competência para suspender com efeitos gerais a aplicação da norma impugnada enquanto tramita o processo de controle. Isso não significa, contudo, que os tribunais inferiores não possam tomar certas medidas necessárias à preservação da futura decisão da Corte, enquanto não é proferida. A Lei da Corte Constitucional prevê que, quando o controle é deflagrado de forma incidental nas hipóteses

¹⁰² Diz-se “a depender da forma de provocação” pois conforme seja o controle provocado por cada uma das formas expostas em 1 e 2, no item 3.2.1, os requisitos são distintos. Se a deflagração da análise da constitucionalidade ocorrer por iniciativa da própria Corte (*ex officio*), por exemplo, por decorrência lógica não se exigem os mesmos requisitos para que seja iniciada com base em uma *individual appeal*.

¹⁰³ Cf. relatório elaborado pela Comissão de Veneza em 2010 acerca do acesso individual à justiça constitucional nos países europeus (VENICE COMMISSION. **Study on individual access to constitutional justice**. Disponível em: [https://www.venice.coe.int/WebForms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2010\)039rev-e](https://www.venice.coe.int/WebForms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2010)039rev-e). Acesso em: 28 fev. 2021).

“1.a” (de ofício nos processos de sua competência), “1.b” (a pedido dos tribunais inferiores) e “1.d” (a pedido da parte em processo judicial)¹⁰⁴, enumeradas no item anterior, no próprio processo do qual se originou a deflagração do controle, os tribunais de origem podem tomar algumas medidas desde que essas atendam cumulativamente aos seguintes requisitos: a) não interfiram com a futura decisão final da Corte; b) não resolvam definitivamente a questão e; c) não possam aguardar o resultado final (urgência). Não há um rol legal de providências, exige-se apenas que cumpram os requisitos mencionados para serem admitidas.

Conforme afirmado, não são todas as hipóteses de manifestação do controle de constitucionalidade que comportam essa possibilidade. A Lei confere essa prerrogativa aos tribunais em três hipóteses: quando o controle é iniciado a pedido do tribunal que deveria aplicar o ato normativo sobre o qual recai a suspeita de inconstitucionalidade para decidir um caso posto a seu crivo, nos termos do § 62 (3)¹⁰⁵, denominada de “1.b” acima; quando o é a pedido da parte em processo judicial, conforme § 62a (6)¹⁰⁶, hipótese que foi denominada de “1.d” acima; e quando é deflagrado de ofício pela própria Corte Constitucional, nos termos do § 65.2, hipótese denominada de “1.a” acima. Nesses casos, uma vez iniciado o procedimento de controle, o conflito que lhe deu origem não será resolvido antes da decisão da Corte, mas nesse ínterim é possível que os tribunais tomem providências, se necessárias.

Os demais casos de deflagração do controle não comportam a tomada de medidas provisórias por decorrência lógica: não há um caso específico do qual se originam, logo, não há que se falar em urgência própria e tampouco em tribunal de origem. Assim, não há previsão legal para que sejam tomadas nas hipóteses acima denominadas de “1.c” (instauração do processo a pedido da parte que tenha tido direitos violados diretamente por um ato normativo,

¹⁰⁴ A hipótese “1.c” (deflagração do controle a pedido de indivíduo que tenha tido seu direito fundamental violado sem que uma decisão tenha sido tomada), embora se origine de um caso específico, não está incluída pois não é propriamente uma provocação incidental (no bojo de um processo). Vale lembrar que, neste caso, a violação a direito fundamental da parte ocorreu pelo próprio ato normativo impugnado, e não no bojo de um processo judicial ou administrativo e, logo, não é questão incidental em processo, e sim pedido autônomo. Se não há decisão, se não há um processo já instaurado, por consequência lógica não há como conferir competência a um tribunal inferior para que tome medidas nele.

¹⁰⁵ “§ 62. [...] (3) If a court (Art. 140 para 1 sub-para 1.a of the Federal Constitutional Law) has filed a request to repeal a statute or certain parts of it, in the proceeding pending before that court until the decision of the Constitutional Court is rendered and served, only such action is allowed to be taken or instruction to be issued and decision to be rendered that cannot be affected by the decision of the Constitutional Court or does not finally settle the issue and cannot be delayed”, da Lei da Corte Constitucional.

¹⁰⁶ “§ 62a. (1) A person who, as a party to a legal matter decided by a court of general jurisdiction in the first instance, claims direct infringement of his rights by the application of an unconstitutional statute can, file a request to repeal the statute as being unconstitutional (Art. 140 para 1 sub-para 1.d of the Federal Constitutional Law). [...] (6) In the proceedings pending before the appellate court, until the decision of the Constitutional Court is pronounced and served, only actions are allowed to be taken, instructions to be issued and decisions to be rendered that cannot be affected by the decision of the Constitutional Court or do not finally settle the issue and cannot be delayed”, da Lei da Corte Constitucional.

e não por uma decisão prévia que tenha sido proferida) e “2” (todos os casos em que é instaurado *independentemente de um caso concreto*).

É possível, portanto, que sejam tomadas medidas acautelatórias pelos tribunais inferiores nos processos dos quais se originou a questão da inconstitucionalidade, mas essas só irão ser aplicáveis as próprias partes e não poderão atingir o plano de eficácia da norma pois, além de os tribunais não terem competência para exercer a jurisdição constitucional (§ 89 da Constituição), as medidas não podem interferir com a decisão final da Corte, e caso fosse suspensa a aplicação do ato impugnado provisoriamente, e ao final fosse reconhecida sua constitucionalidade, esse requisito seria violado. Na pendência do processo se mantém a presunção de constitucionalidade/privilégio do legislador, e para evitar prejuízos concretos quando o pedido é feito incidentalmente, a Constituição admite a eficácia retroativa do provimento final aos requerentes, mas não a suspensão provisória.

É possível que quando a Corte profira seu julgamento já tenha cessado a vigência do ato normativo impugnado, o que não implicará necessariamente a perda do objeto do pedido. O texto constitucional permite que a decisão seja tomada mesmo quando aquele não esteja mais produzindo efeitos¹⁰⁷ pois o propósito da proteção constitucional engloba também a declaração de que era inconstitucional, já que a sentença constitutiva tem efeitos *ex tunc* para o requerente. A única ressalva é se o processo de controle tiver se iniciado a pedido de tribunal inferior que deva aplicar, para resolver o litígio a seu crivo, um ato sobre o qual tenha dúvidas acerca da constitucionalidade. Neste caso, se não tiver mais que aplicá-lo, o pedido de análise será retirado¹⁰⁸.

Todas essas disposições reforçam a impossibilidade jurídica de ser deferida uma liminar que suspenda provisoriamente o ato impugnado, independentemente da forma pela qual é provocado o controle. Os requerentes devem aguardar a decisão final da instância competente para que a norma deixe de produzir efeitos. Isso se aplica, inclusive, no caso de leis provisórias: não há como adiantar os efeitos do pronunciamento jurisdicional final mesmo que se alegue que direitos constitucionais estão sendo atingidos no momento do pedido por uma lei que logo deixará de vigorar. É o caso, por exemplo, da decisão proferida em 14/07/2020, em G 202/2020-

¹⁰⁷ Por exemplo, no caso de leis temporárias, ou mesmo no caso daquelas já revogadas: “Art. 140 (4) *If the law has at the time of the Constitutional Court’s delivery of its judgment has already ceased to be in force and the proceedings were initiated ex officio or the application filed by a court or an applicant alleging infringement of his rights through the law’s unconstitutionality, the Constitutional Court must pronounce whether the law was unconstitutional*”, da Constituição Austríaca.

¹⁰⁸ “§ 62. (4) *If the court (Art. 140 para 1 sub-para .a of the Federal Constitutional Law) is no longer required to apply the statute which was requested to be repealed, the request shall be withdrawn without delay*”, da Lei da Corte Austríaca.

20¹⁰⁹, na qual o requerente, por meio de *individual application* (1.c do item anterior), buscava, ao que nos interessa, ver declarada a inconstitucionalidade da seção 4, parágrafo 2º, da Lei de Medidas sobre o COVID-19, sob o fundamento de que teria violado os direitos constitucionais à propriedade e à igualdade. O dispositivo em questão vedava a compensação de danos pela proibição de entrada em estabelecimentos comerciais levada a cabo pela seção 1 do Regulamento de Medidas-96 sobre o COVID -19. Quando a questão foi analisada, não estava mais em vigor o dispositivo, ou seja, não havia dano naquele momento, mas ainda assim havia interesse pois caso fosse declarada a inconstitucionalidade, poderia haver a compensação quanto a momentos pretéritos, razão pela qual foi admitido o requerimento. Entretanto, a Corte não visualizou a violação aos direitos alegados e por isso, neste ponto, indeferiu o pedido:

Nestes processos, não compete ao Tribunal Constitucional apreciar [...] se a proibição de entrada em estabelecimentos comerciais foi de interesse público, adequada à consecução dos objetivos e proporcional. Tendo em conta as preocupações suscitadas nas alegações em apreço, o Tribunal Constitucional apenas tem de responder à questão de saber se a restrição dos direitos de propriedade causada pela proibição de entrada prevista no artigo 1.º do Regulamento de Medidas COVID-19-96 (em conjunto com a seção 1 da Lei de Medidas COVID-19) poderia ter sido imposta sem fornecer compensação ou se as empresas afetadas teriam que direito a receber uma compensação por motivos constitucionais. [...] Além disso, e de acordo com a jurisprudência pacificada, o Tribunal Constitucional considera que a indenização pode ser devida com fundamentos constitucionais sempre que um "sacrifício especial" objetivamente injustificado seja imposto a um indivíduo ou a um grupo de pessoas. A jurisprudência sobre "sacrifícios especiais" indenizáveis inicialmente dizia respeito aos casos em que uma única medida de planeamento afetava os proprietários de forma diferente sem justificativa objetiva (cf. em particular VfSlg. 13.006/1992). Além disso, restrições severas e desproporcionais aos direitos de propriedade podem, em casos individuais específicos, ensejar uma obrigação de indenização (cf. VfSlg. 16.636/2002). [...] A não compensação pela restrição do direito de propriedade efetuada pela seção 1 e seção 4, parágrafo 2, da Lei de Medidas COVID-19 em conjunto com a seção 1 do Regulamento -96 das Medidas de COVID-19 não constitui uma interferência desproporcional no direito fundamental à propriedade pelos seguintes motivos: [...]

Além disso, os requerentes consideram que a seção 4, n.º 2, da Lei de Medidas COVID-19 viola o princípio da igualdade [...] O Tribunal Constitucional não partilha das preocupações jurídicas expressas pelos requerentes quanto ao princípio da igualdade:

2.4.2.1. O princípio da igualdade é obrigatório também para o legislador (ver e.g. VfSlg. 13.327/1993, 16.407/2001) limitando sua margem de apreciação ao proibir a edição de disposições objetivamente injustificadas (cf. e.g. VfSlg. 14.039/1995, 16.407/2001). Dentro desses limites, no entanto, o princípio da igualdade não nega ao legislador o direito, por razões constitucionais, de perseguir seus objetivos políticos da forma que julgar adequada (cf., por exemplo, VfSlg. 16.176/2001, 16.504/2002). Se uma provisão é adequada e se o resultado é percebido como satisfatório em todos os casos não deve ser medido pelo padrão do princípio da igualdade (por exemplo, VfSlg. 14.301/1995, 15.980/2000 e 16.814/2003). [...] Na opinião do Tribunal

¹⁰⁹ AUSTRIAN CONSTITUTIONAL COURT. **G 202/2020-20, V 408/2020-20***, 14 July 2020. 2020. Disponível em: https://www.vfgh.gv.at/downloads/G_202-2020_ua_EN_Version_Homepage.pdf. Acesso em 06 jan. 2022.

Constitucional o legislador goza de uma ampla margem de apreciação no combate às consequências económicas da pandemia de COVID-19. (tradução nossa)¹¹⁰

Ou seja, mesmo diante de normas provisórias, os requerentes devem aguardar a decisão colegiada e final da Corte acerca da constitucionalidade para que o ato possa deixar de produzir efeitos.

3.2.3 A proteção em caso de violação de direitos fundamentais em concreto e a possibilidade de suspensão da eficácia da decisão administrativa impugnada

Afirmou-se no item 3.2.1 que o art. 144 da Constituição austríaca admite a interposição de reclamação (*complaint*) por indivíduo que seja parte em processo de jurisdição administrativa se a decisão nele proferida: a) houver violado diretamente seus direitos fundamentais¹¹¹ ou; b) houver violado seus direitos por aplicar um regulamento ilegal, uma promulgação ilegal sobre a republicação de uma lei (tratado), uma lei inconstitucional ou um

¹¹⁰ No original: “In these proceedings, it is not for the Constitutional Court to assess [...] whether the ban on entry to business premises was in the public interest, suitable to attain the objectives and proportionate. In light of the concerns raised in the submissions at hand, the Constitutional Court merely has to answer the question as to whether the restriction of property rights caused by the ban on entry as set out in section 1 COVID-19 Measures Regulation-96 (in conjunction with section 1 COVID-19 Measures Act) could have been imposed without providing for compensation or whether the companies affected would have to be granted a claim to compensation on constitutional grounds. [...] Moreover, and in accordance with its established case the Constitutional Court considers law that compensation may be due on constitutional grounds whenever an objectively unjustified “special sacrifice” is imposed on an individual or a group of persons. Case law on indemnifiable “special sacrifices” initially concerned cases where a single planning measure affected owners differently without objective justification (cf. in particular VfSlg. 13.006/1992). Moreover, severe and disproportionate property rights restrictions may, in specific individual cases, give rise to an obligation for compensation (cf. VfSlg. 16.636/2002). [...] Non-compensation for the restriction of property right effected by section 1 and section 4 paragraph 2 COVID-19 Measures Act in conjunction with section 1 COVID-19 Measures Regulation-96 does not constitute a disproportionate interference with the fundamental right to property for the following reasons: [...] The applicants moreover hold the view that section 4 paragraph 2 COVID-19 Measures Act violates the principle of equality [...] The Constitutional Court does not share the legal concerns expressed by the applicants regarding the principle of equality: 2.4.2.1. The principle of equality is binding also for the legislator (see e.g. VfSlg. 13.327/1993, 16.407/2001) limiting his margin of appreciation by forbidding the enactment of provisions which are objectively unjustified (cf. e.g. VfSlg. 14.039/1995, 16.407/2001). Within those limits, however, the principle of equality does not deny the legislator the right, on constitutional grounds, to pursue its political objectives in a manner that is considered appropriate (see e.g. VfSlg. 16.176/2001, 16.504/2002). Whether a provision is adequate and whether the result is perceived as satisfactory in all cases is not to be measured by the standard of the principle of equality (e.g. VfSlg. 14.301/1995, 15.980/2000 and 16.814/2003). [...] In the Constitutional Court's view the legislator enjoys a wide margin of appreciation when combating the economic consequences of the COVID-19 pandemic”. In: AUSTRIAN CONSTITUTIONAL COURT. **G 202/2020-20, V 408/2020-20***, 14 July 2020. 2020. Disponível em: https://www.vfgh.gv.at/downloads/G_202-2020_ua_EN_Version_Homepage.pdf. Acesso em 06 jan. 2022.

¹¹¹ Aqueles previstos na Constituição austríaca e na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, conforme U 466/11-18 e U 1836/11-13 (AUSTRIAN CONSTITUTIONAL COURT. **U 466/11-18, U 1836/11-13, 14 March 2012**. 2012. Disponível em: https://www.vfgh.gv.at/downloads/VfGH_U_466-11_U_1836-11_Grundrechtcharta_english_2.pdf. Acesso em 06 jan. 2022).

tratado ilegal. O prazo para ser interposta a *complaint* é de seis semanas, contadas da notificação da decisão administrativa que tenha alegadamente violado os direitos do reclamante, conforme § 82. (1), da Lei da Corte. O instrumento processual previsto no art. 144 não configura exercício do controle abstrato, mas quando o parâmetro for as normas constitucionais (o que é possível tendo em vista as hipóteses em que é admitida a *complaint*), pode ser encarado como espécie de controle concreto. Em outros termos, o objeto diretamente impugnado em uma *complaint* será sempre uma decisão administrativa, mas o fundamento da impugnação pode ser tanto uma ilegalidade como uma inconstitucionalidade, e caso seja este último, a Corte terá de analisar se os direitos do requerente foram efetivamente violados por ter sido aplicada uma lei inconstitucional. Essa será a razão de decidir, mas o dispositivo final será a manutenção ou invalidação da decisão administrativa impugnada.

Reitera-se que a a Corte irá verificar apenas se houve violação especificamente a direitos do requerente, e não violação em abstrato das normas constitucionais. Essa diferença fica clara quando se analisam os efeitos distintos advindos da decisão proferida no controle abstrato, cujas hipóteses de deflagração são aquelas constantes no art. 140 e que foram analisadas no item anterior (*incidental* -1- ou *independente de um caso concreto* -2-), e da decisão proferida na *complaint* (que está prevista no art. 144).

No primeiro caso (controle abstrato) há a revogação do ato inconstitucional com efeito *erga omnes*, enquanto no segundo (*complaint*) é apenas a decisão administrativa que será rescindida, e as autoridades administrativas deverão adequar sua atuação conforme o que restar decidido pela Corte¹¹². Mesmo se reconhecer que a decisão é inválida pois baseou-se em lei inconstitucional, não é efeito necessário da procedência da *complaint* a revogação desta lei. Contudo, como a Corte tem competência para analisar de ofício a conformidade dos atos normativos nos processos de sua competência, poderá haver a revogação da lei em si. Trata-se de uma possibilidade, não de uma consequência obrigatória.

Sendo o objeto de análise distinto (violação em concreto vs. violação em abstrato), também o são as disposições concernentes às medidas provisórias durante o trâmite do pedido. A *complaint*, em regra, não tem efeito suspensivo, mas a Lei da Corte Constitucional admite que seja concedido se isso não for contrário ao interesse público e se a implementação da decisão puder resultar em desvantagem desproporcional para o reclamante:

§ 85. [...] (2) A requerimento do reclamante, o Tribunal Constitucional concederá efeito suspensivo à reclamação [*complaint*] por despacho, salvo se isso for contrário

¹¹² Parágrafo 87 (1) e (2) da Lei da Corte Constitucional.

ao interesse público obrigatório e se, depois de considerados os interesses públicos afetados e os interesses de outras partes, a execução da decisão impugnada ou o exercício da autorização concedida pela decisão impugnada resultarem numa desvantagem irrazoável para o reclamante. As razões para a concessão do efeito suspensivo só precisam ser indicadas se os interesses de outras partes forem afetados. Se as circunstâncias relevantes para a decisão a favor do efeito suspensivo da reclamação [*complaint*] tiverem mudado consideravelmente, o caso será novamente resolvido de ofício ou a requerimento de uma das partes. (tradução nossa)¹¹³

A concessão do efeito suspensivo impede a execução da decisão contestada, mas não a eficácia do ato normativo que eventualmente tenha lhe fundamentado¹¹⁴. Novamente, é necessário que haja a decisão final da Corte em sede de controle abstrato para que seja atingido o plano de eficácia e de validade de ato impugnado. Via de regra, a decisão sobre o pedido de suspensão será tomada pela Corte em colegiado, sendo admitida a decisão individual do presidente apenas se a Corte não estiver em sessão¹¹⁵.

A reclamação, portanto, é instrumento processual destinado à proteção de interesses concretos, e eventual suspensão da eficácia da decisão impugnada terá efeitos *inter partes*. Contudo, se houver perante a Corte um número substancial de reclamações que versem sobre a mesma matéria, ou se houver razões para se presumir que um número substancial de reclamações será ajuizado, a Corte Constitucional poderá emitir uma ordem judicial que conterà as disposições legais aplicáveis, a questão a ser resolvida e a informação acerca de quais reclamações serão analisadas/afetadas. Essa ordem judicial impõe ao chanceler federal, ao governador provincial ou à autoridade federal ou provincial competente, a depender da origem do ato normativo em que se baseie a decisão administrativa impugnada, a obrigação de anunciá-la publicamente sem demora, e ao término do dia do anúncio público, nos processos que versem sobre a questão destacada e que estejam em trâmite nos tribunais administrativos inferiores e

¹¹³ No original: “*Upon the request of the complainant, the Constitutional Court shall grant a suspensive effect to the complaint by order unless this is contrary to mandatory public interest and if, after having considered the affected public interests and the interests of other parties, the implementation of the challenged decision or the exercise of the authorization granted by the challenged decision resulted in an unreasonable disadvantage for the complainant. Reasons for the grant of the suspensive effect need only be stated if interests of other parties are thereby affected. If the circumstances relevant for the decision in favour of the suspensive effect of the complaint have changed considerably, the case shall be decided anew ex officio or upon the request of a party*”. In: § 85. (2), da Lei da Corte Constitucional.

¹¹⁴ Conforme previsto na Lei da Corte Constitucional: “As ordens de acordo com o parágrafo 2 serão notificadas às partes. Deferido o efeito suspensivo, suspende-se a execução da decisão impugnada, procedendo-se à emissão das instruções exigidas; o titular da autorização concedida pela decisão impugnada não pode exercer tal autorização” (tradução nossa). No original: “§ 85. (3) “*Orders according to para 2 shall be served on the parties. If the suspensive effect is granted, execution of the contested decision is to be suspended, and the required instructions are to be issued; the holder of the authorization granted by the contested decision is not allowed to exercise such authorization*”, *ibid.*

¹¹⁵ O dispositivo legal prevê que “Se o Tribunal Constitucional não estiver em sessão, os despachos nos termos do parágrafo 2 serão emitidos, a pedido do relator, pelo presidente” (tradução nossa). No original: “§ 85. (4) “*If the Constitutional Court is not in session, orders in accordance with para 2 shall be issued, upon request of the reporter, by the presidente*”, *ibid.*

na própria Corte Constitucional, somente serão admitidas ações e decisões que não resolvam definitivamente a questão, não afetem a decisão final a ser proferida pela Corte e que não possam esperá-la (urgentes). Além disso, será interrompido o prazo para a interposição de reclamação¹¹⁶. Não é a ordem da Corte que produz o efeito suspensivo: este é decorrência de sua publicação pela autoridade competente.

Assim, a extensão dos efeitos da suspensão provisória é admitida apenas no caso de multiplicidade de reclamações sobre o mesmo objeto. Mesmo nesse caso não há a suspensão da eficácia do ato normativo impugnado em si, mas apenas dos processos que versem sobre a mesma matéria. A decisão final da Corte não os resolverá de forma geral, tanto é que, uma vez proferida e publicada, reinicia-se o prazo anteriormente interrompido para a interposição de eventual reclamação nos processos em trâmite nos tribunais administrativos inferiores¹¹⁷.

Infere-se que as premissas do controle de constitucionalidade austríaco não admitem, no bojo do processo, liminar que suspenda de forma precária e temporária a eficácia do ato normativo impugnado. Sua inaplicabilidade é consequência que somente pode ser alcançada após a conclusão do processo de verificação de compatibilidade. A tutela abstrata não permite que a Corte verifique se estão presentes requisitos concretos que embasariam uma suposta urgência no pedido, e impera o privilégio do legislador, segundo o qual a norma apenas poderá perder seus efeitos típicos (incidência) após ser reconhecida como inconstitucional pelo órgão legitimado para tanto.

Ou seja, o sistema austríaco admite, em prol da segurança jurídica e da legítima expectativa, que normas contrárias possam produzir efeitos até que sejam definitivamente extirpadas do ordenamento jurídico, e isso não necessariamente significa que há violação da supremacia constitucional. Essa conclusão é também alcançada por Carlos Santiago Nino quando trata do possível erro nas premissas adotadas por Marshall para justificar o *judicial review*: uma norma contrária à Constituição é considerada “inválida” se por esse termo tem-se a ideia de “não pertencente/adequada ao sistema legal”, mas se o termo é tomado como sinônimo de ineficaz, então as premissas de Marshall não se sustentam:

[...] só porque uma norma não é uma "lei do sistema" (segundo as condições estabelecidas pela constituição), não é consequência lógica que a norma não possa ser obrigatória segundo cláusulas tácitas, mas contingentes, da mesma constituição. Assim como Marshall certamente aceitaria que esse é o caso quando a Suprema Corte declara erroneamente uma lei constitucional ou antes de declarar a lei inconstitucional, essas cláusulas tácitas da constituição podem muito bem estabelecer que os juízes, ou mesmo a própria Suprema Corte, são obrigados a aplicar a lei até

¹¹⁶ § 86a, da Lei da Corte Constitucional.

¹¹⁷ § 86a. (4), *Ibid*.

que seja revogada pelo órgão que a promulgou ou declarada inconstitucional por outro órgão político. [...] Não é necessariamente verdade que uma lei que contrarie a Constituição não deva ser aplicada pelo poder judiciário. Pelo contrário, essa decisão depende de outras normas implícitas no sistema que foram estabelecidas para esse tipo de situação. (tradução nossa)¹¹⁸

O autor remete ao conceito de “cláusulas tácitas alternativas” de cada sistema, que são as que determinam se a norma contrária à Constituição será aplicável ou não até que seja revogada pelo próprio legislador ou pelo órgão encarregado de realizar o controle de constitucionalidade. Por tal razão, sua aplicação não necessariamente viola a supremacia constitucional, pois dependem do que o próprio sistema normativo admite. O autor critica o “privilégio do legislador” enquanto justificativa para que as normas contrárias sejam aplicáveis até sua revogação, conforme preconizado por Kelsen, pois permitiria supor que a Constituição autoriza o Estado a editar atos normativos independentemente da forma e do conteúdo. Ou seja, identifica também um erro nas premissas kelsenianas, pois o pensador teria confundido o conceito de validade entre o que é obrigatório e o que é pertencente/adequado ao sistema legal. As cláusulas tácitas, ao contrário, não autorizam que atos inconstitucionais sejam editados, mas podem obrigar sua aplicação, se revestidas de uma “aparência de constitucionalidade”. Além disso, referida obrigatoriedade não é componente necessário de todo e qualquer sistema legal, o que irá depender do próprio costume do ordenamento¹¹⁹.

Embora revestidas de nomenclaturas distintas (cláusula tácita alternativa ou privilégio do legislador), infere-se que a aplicação de uma norma contrária à Constituição até que seja formalmente revogada ou reconhecida como inconstitucional pelo órgão encarregado do controle não viola a supremacia constitucional. O sistema europeu dá especial primazia à segurança jurídica, razão pela qual admite a validade do ato contrário, validade esta que deve ser entendida no sentido de “força obrigatória”, e não de adequação ao ordenamento jurídico.

A existência de um provimento cautelar advém, portanto, do sistema de controle incidental e não do abstrato. Isso porque possuem objetivos distintos: o primeiro visa a proteção de direitos fundamentais em concreto, e o segundo, a preservação da unidade do ordenamento

¹¹⁸ No original: “[...] just because a norm is not a “law of the system” (according to the conditions established by the constitution), it does not follow that the norm could not be obligatory according to tacit, but contingent, clauses of the very same constitution. Just as Marshall surely would accept that this is the case when the Supreme Court has wrongly declared a law constitutional or before it has declared the law unconstitutional, those tacit clauses of the constitution could well establish that judges, or even the Supreme Court itself, are obliged to apply the law until it is either abrogated by the organ that enacted it or declared unconstitutional by a different political body. [...] It is not necessarily true that a law which contradicts the Constitution should not be applied by the judicial power. Rather, this decision depends on other norms implicit in the system that have been established for this sort of situation”. NINO, Carlos Santiago. **The constitution of deliberative democracy**. New Haven & London: Yale University Press, 1996. p. 195

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 194.

jurídico. A concessão pura e simples de liminares no bojo de processos abstratos representa uma anomalia pois trata-se de instrumento processual inadequado ao objetivo do sistema, causando insegurança jurídica, disfunção que se revela ainda mais evidente quando concedida monocraticamente.

4 AS LIMINARES NO HISTÓRICO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE ABSTRATO BRASILEIRO

Afirmou-se no item 2.3 que a Representação Interventiva inserida pela Constituição de 1934 e aquela prevista em 1946 possuíam objetos distintos: enquanto a primeira recaía sobre o ato interventivo em si, esta analisava a própria lei alegadamente violadora dos princípios constitucionais estampados no art. 7º, inciso VII. A jurisprudência do Supremo firmou-se à época no sentido de que a análise realizada pela Corte era eminentemente jurídica e não lhe competia outra atribuição a não ser manifestar-se sobre a constitucionalidade em tese do ato normativo impugnado. Caso fosse reconhecida a incompatibilidade, a suspensão da eficácia incumbia ao Congresso Nacional, em mister político, como sanção da declaração. Tais conclusões são alcançadas pelo então ministro Castro Nunes em seu voto na Representação nº 94, na qual apenas o relator debruçou-se sobre a questão do cabimento ou não do provimento provisório. Afirmou que a suspensão equivale à não vigência, e esse plano da norma (vigência) só pode ser afetado após o exame do mérito. Se o STF não possuía competência para suspender a eficácia em definitivo da norma impugnada, tampouco poderia fazê-lo de forma provisória enquanto pendente o julgamento, e sua função jurídica não poderia se confundir com a política:

Será necessário, no caso de haver por procedente a arguição, e restritamente aos dispositivos que colidam com o Estatuto Federal, determinar quais esses dispositivos, cuja vigência será alcançada pela ulterior suspensão decretável pelo Congresso, e não outros que forem alheios à controvérsia. É verificação que só poderá ser feita depois de examinado o mérito.

[...] Consiste a intervenção, nas hipóteses do nº VII, na suspensão, importa dizer na decretação pelo Congresso da não vigência do ato legislativo. São duas atribuições distintas, de indole diversa, mas articuladas: a decisão do Supremo Tribunal situa-se no terreno jurídico; a do Congresso no plano político, mas a título de sanção daquela.¹

A intervenção é medida excepcional em razão da autonomia constituinte, legislativa e administrativa dos Estados-membros e, por conseguinte, a competência para suspender a norma impugnada não poderia ser antecipada liminarmente e tampouco estendida para além do órgão constitucionalmente competente. Entendeu-se não ser possível a aplicação do rito do mandado de segurança, que admitia o pronunciamento liminar, pois a competência do Supremo na Representação não se confundia com a do mandado de segurança: naquela havia o pronunciamento em tese sobre a lei como forma de solucionar a crise institucional pressuposta

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Representação nº 94, Distrito Federal**, Relator: Min. Castro Nunes, 17 de julho de 1946. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=508961>; acesso em 05 jan. 2022.

por violação aos princípios constitucionais e deflagrada com o iminente pedido de intervenção, enquanto nesta haveria uma violação concreta:

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 dispôr 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 de inconstitucionalidade.

[...] Na declaração em espécie, o Judiciário arreda a lei, decide o caso por inaplicação dela, e executa, ele mesmo, o seu aresto.

Trata-se, aqui, porém de inconstitucionalidade em tese [...] Em tais casos a inconstitucionalidade declarada não se resolve na inaplicação da lei ao caso ou no julgamento do direito questionado por abstração do texto legal comprometido; resolve-se por uma fórmula legislativa ou quasi legislativa que vem a ser a não vigência, virtualmente decretada, de uma dada lei.²

O ministro afirma que nem mesmo a lei poderia fixar um procedimento para a Representação que enfraquecesse seu objetivo último, mas o cenário legislativo é alterado com a promulgação da Lei nº 2.271/1954, que prevê a aplicação do rito do mandado de segurança à Representação Interventiva, possibilitando, ao menos em tese, que o STF deferisse medidas liminares em sede de controle concentrado.

4.1 Objeto das liminares: sua admissão e resistência no histórico jurisprudencial

A primeira previsão legal das liminares no controle concentrado já autorizou também o deferimento monocrático. Em verdade, tratava-se de incumbência exclusivamente individual, e não colegiada, pois a Lei nº 1.533/1951, lei do mandado de segurança, previa como incumbência do juiz que despachasse a inicial a suspensão do ato que deu motivo ao pedido quando relevante o fundamento e se do ato pudesse resultar a ineficácia da medida, caso deferida ao final³.

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Representação nº 94, Distrito Federal**, Relator: Min. Castro Nunes, 17 de julho de 1946. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=508961>; acesso em 05 jan. 2022.

³ “Art. 7º - Ao despachar a inicial, o juiz ordenará: [...] III – que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida”. (BRASIL. **Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951**. Altera disposições do Código do Processo Civil, relativas ao mandado de segurança. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça, 1951. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1533.htm. Acesso em 05 jan. 2022).

Com base na previsão legal, alguns ministros passam a deferir liminares nas Representações em que eram relatores, mencionando-se como exemplo as de nº 466 e 467, a primeira deferida por Ary Franco e a segunda, por Victor Nunes. Na Rp. nº 467 os demais ministros não enfrentam o seu cabimento, apenas o objeto principal da ação, em decisão de 12/05/1961⁴, mas o fazem quando da decisão de mérito na Rp. nº 466, em 22/01/1962⁵. Nesta foi requerido pela Assembleia Constituinte do então Estado de Guanabara a cassação da decisão do ministro Victor Nunes que concedera a liminar, e posteriormente o PGR informa nos autos a desistência da ação. Os ministros analisam ambas as manifestações na mesma oportunidade e, inicialmente, o relator expõe os fundamentos por ele utilizados para ter concedido a liminar: o dispositivo da lei do MS, o fundamento relevante e o perigo de ineficácia da medida. Afirmar que não se trata de um prejulgamento do feito, e que é requisito para o deferimento apenas que o pedido seja bem fundamentado e que haja a possibilidade de se tornar ineficaz a segurança. Em que pese ter havido a alegação de que a liminar não é compatível com o processo de Representação, a descarta tanto sob o aspecto formal como substancial.

No formal, o relator defende que o argumento não tem relevância pois, compatível ou não com o procedimento de controle, fato é que a lei prevê/admite sua aplicação. Já quanto ao substancial, admite que a alegação é pertinente visto que a Constituição não atribui essa competência de suspensão de eficácia ao Supremo, entretanto, o relator não adota o argumento de incompatibilidade levantado. Afirmar que o processo de Representação não é um processo comum em que o tribunal decide um conflito entre partes, trata-se do mecanismo através do qual a Corte exerce uma prerrogativa constitucional, e da declaração de inconstitucionalidade do ato impugnado só podem advir duas consequências: ou o Congresso decreta a intervenção ou se limita a suspender a execução do ato inconstitucional, se isso bastar para restabelecer a normalidade, de forma que:

Esta suspensão é, portanto, o mínimo que o Congresso haverá de fazer. [...], embora a decisão do Tribunal seja declaratória da inconstitucionalidade, a ela terá de seguir-se, fatal, necessária, imprescindivelmente, pelo menos, a suspensão do ato declarado inconstitucional.

Se, pelo menos, esta suspensão não pode deixar de resultar da declaração de inconstitucionalidade do Tribunal, em virtude do texto expresso da Constituição, que fez o legislador na Lei 2.271? Antecipou-se ao exame dos casos concretos futuros, e, em virtude de um preceito de ordem geral, inscrito nessa lei, considerou a suspensão

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rp. 467**, Relator: Ministro Victor Nunes, decisão de 12 de maio de 1961. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=263434>. Acesso em: 25 maio 2021.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rp. 466**, Relator: Ministro Ary Franco, decisão de 22 de janeiro de 1962. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=263433>. Acesso em: 25 maio 2021.

do ato como efeito automático, necessário, imprescindível, da própria declaração de inconstitucionalidade.⁶

Ou seja, conclui que se a suspensão do ato impugnado é efeito compulsório da declaração de inconstitucionalidade, o relator ao deferir a liminar nada mais faz do que antecipar os efeitos de uma decisão do próprio STF. De seu voto extrai-se que são pura e simplesmente transpostos os mesmos requisitos para a concessão da medida em sede de MS para a Representação, e se naquele não é raro que o juiz depois de conceder a liminar “venha a indeferir o pedido no mérito”, basta que quando de sua concessão estejam presentes o fundamento relevante e o perigo de ineficácia, pois não há definitividade no provimento.

A confusão procedimental nesse primeiro momento de formação da jurisprudência advém da própria lei, mas o entendimento não é uníssono entre os ministros. Luiz Gallotti entende que “A liminar é algo que se compreende no mandado de segurança, dado o seu caráter de remédio urgente, o que não ocorre na representação”. Afirmar que quando a Lei nº 2.271/54 manda aplicar o rito do MS, deve ser entendida como implícita a cláusula costumeira “no que for aplicável”, e diferentemente do relator, afirma ser inaplicável a liminar à Representação pois a decisão final nela proferida tem caráter declaratório, e não executório, enquanto na liminar é ínsita sua executoriedade, sob pena de ineficácia. Seriam, portanto, naturezas incompatíveis⁷. À época nem mesmo a decisão final do Supremo tinha o condão de atingir o plano de eficácia do ato impugnado, o que dependia de manifestação do Congresso, mas o argumento exposto pelo então ministro Gallotti contrapõe-se ao de Ary Franco, pois e no caso de ao final não ser declarada a inconstitucionalidade? A irreversibilidade da medida é mais problemática quando a suspensão provisória se contrapõe ao processo legislativo democrático regular e quando não há risco a uma situação concreta, e sim abstrata. A discussão não se aprofunda entre os demais ministros, em que a maioria entende por prejudicado o pedido de cassação em razão da desistência da ação.

Sobrevém a Lei nº 4.337/1964 que regula especificamente o rito do processo de Representação, de forma que não mais se aplica o rito do MS, e não autoriza o pronunciamento provisório. Em caso de urgência, prevê a lei que o relator poderá suprimir o prazo de manifestação do órgão que elaborou o ato impugnado e convocar o Tribunal para proferir

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rp. 466**, Relator: Ministro Ary Franco, decisão de 22 de janeiro de 1962. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=263433>. Acesso em: 25 maio 2021. p. 243/244.

⁷ Ibid., p. 247/248.

decisão final, observado o quorum constitucional de maioria absoluta, mas não há previsão legal para a suspensão provisória de sua eficácia⁸.

A EC 16/65 introduz na Constituição de 1946 a ação abstrata e concentrada para o controle de atos normativos por alegada violação a qualquer dispositivo constitucional, a Representação contra inconstitucionalidade, mas não inseriu no texto constitucional a medida acautelatória correspondente, e tampouco havia ato normativo infraconstitucional que regulasse especificamente o procedimento. Advém a Lei nº 5.778/1972 que disciplina a Representação para intervenção municipal, de competência do Tribunal de Justiça do Estado respectivo, e prevê a possibilidade de o relator suspender liminarmente o ato impugnado, mas trata-se exclusivamente de normatização referente à Representação Interventiva municipal, e não à Representação contra inconstitucionalidade.

Na Rp. nº 933 travou-se debate entre os ministros acerca do cabimento ou não da liminar em sede de Representação contra inconstitucionalidade. A decisão foi proferida em 05/06/1975, quando não havia previsão legal que autorizasse especificamente sua concessão e, assim, configurou-se como precedente de integração normativa. A ação foi ajuizada para obter declaração de inconstitucionalidade de dispositivos da Resolução nº 1/75 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que alegadamente violavam garantias constitucionais dos magistrados, e paralelamente foi feito pedido de medida preventiva de suspensão da execução das normas impugnadas para garantir a eficácia de ulterior decisão.

O pedido é levado ao Plenário pelo relator, ministro Thompson Flores, que defende o seu cabimento com base nos arts. 22, IV, e 175 do Regimento Interno do STF, que conferem ao relator a prerrogativa geral de submeter ao Plenário ou à Turma as medidas preventivas necessárias à proteção de direito suscetível de grave dano de incerta reparação ou destinadas a garantir a eficácia da ulterior decisão da causa⁹. Não se trata de previsão específica à determinada ação, mas de prerrogativa prevista na seção atinente aos poderes gerais do relator, razão pela qual entende ser aplicável ao caso. Menciona também precedentes do Tribunal que concederam a medida com base no art. 4º, da Lei nº 2.271/54, que determinava a aplicação do

⁸ “Art. 5º Se, ao receber os autos, ou no curso do Processo, o Ministro Relator entender que a decisão de espécie é urgente em face de relevante interesse de ordem pública, poderá requerer, com prévia ciência das partes, a imediata convocação do Tribunal, e este, sentindo-se esclarecido, poderá suprimir os prazos do artigo 3º desta lei e proferir seu pronunciamento, com as cautelas do artigo 200 da Constituição Federal” (BRASIL. **Lei nº 4.337, de 1º de junho de 1964**. Regula a Declaração de Inconstitucionalidade para os efeitos do art. 7º item VII, da Constituição Federal (1946). Brasília: Diário Oficial, 1964. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14337.htm. Acesso em 05 jan. 2022).

⁹ BRASIL. **Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 08 jul. 2020.

rito do MS à Representação. Embora a legislação superveniente tenha retirado a prerrogativa de deferimento da liminar, defende que a Constituição conferiu prerrogativa ao STF para elaborar seu Regimento Interno e nele disciplinar o processo e julgamento dos feitos de sua competência originária (art. 120, parágrafo único, alínea “c”, da EC nº 1 de 1969), e estando nele prevista referida prerrogativa, seria possível a concessão para garantir a “plena eficácia de sua decisão”.

O ministro reconhece o argumento segundo o qual a antecipação dos efeitos, de natureza executiva, seria incompatível com a natureza declaratória do pronunciamento final, mas dele discorda pois entende ser consequência inafastável da decisão a suspensão da eficácia da norma pelo Senado Federal. Quando trata da competência do Senado¹⁰, afirma o seguinte:

Não são apenas as declarações de inconstitucionalidade de leis federais e estaduais oriundos de representação como a presente que a comunicação deve ser feita ao Senado Federal. O preceito não distingue. Compreende, também, aquelas declarações provenientes de procedimentos outros, nos quais as disposições normativas não sejam consideradas abstratamente.

Para estes, certo não se há de admitir a revisão do julgado, mas, sim, a possibilidade possa ele beneficiar a terceiros, os quais, sem a suspensão da norma incompatível com a Constituição, do decisório não se beneficiariam.

Poderá gerar, assim, seus efeitos erga omnes.

Todavia, em tal emergência é que poderá o Poder Político do Senado aujizar da conveniência ou oportunidade em expedir a Resolução suspensiva da norma¹¹.

Compreende que a prerrogativa do Senado de suspender a norma declarada inconstitucional pelo STF se aplica tanto nos casos de declaração em concreto como de declaração em abstrato, esta através da Representação, e embora em nenhum dos casos possa a casa legislativa rever o julgamento, diferem-se pois no primeiro a suspensão é faculdade, enquanto no segundo, é decorrência inafastável, ou seja, não há juízo de discricionariedade por parte do órgão legislativo quanto à suspensão. Sendo “irreversível a decisão que venha a declarar a inconstitucionalidade, e sendo compulsório o seu cumprimento pelo Senado, no que pertine à suspensão, não se explicaria [...] o preceito legal viciado a comportar execução”¹². Além disso, lembra que a jurisprudência da Corte já admitiu a concessão da medida de forma

¹⁰ “Art. 42. Compete privativamente ao Senado Federal: [...]VII - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto, declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal” (BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969**. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Brasília: Diário Oficial, 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_antec1988/emc01-69.htm; acesso em 05 jan. 2022).

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Rp. 933**, Relator: Min. Carlos Thompson Flores, 05 de junho de 1975. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=264216>. Acesso em 05 jan. 2022. p. 15-16.

¹² Ibid., p. 16.

individual em outras oportunidades posteriormente confirmadas pelo Plenário, como no caso das Rps. nº 466 e nº 467, e se o foi monocraticamente, considera ainda menos infundado o suposto descabimento neste momento, que é decidida pelo Plenário.

Em voto contrário, o ministro Xavier de Albuquerque conclui não ser cabível a suspensão liminar pelo STF da norma impugnada pois apesar de o Regimento conferir ao Relator a possibilidade de submeter ao Plenário ou à Turma as medidas necessárias à proteção do direito, se houver risco de grave dano ou para garantir a eficácia de ulterior decisão, entende que nenhuma dessas hipóteses está presente no caso de Representação de Inconstitucionalidade:

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 haverão 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.¹³

A discussão acerca da competência era relevante naquele momento pois ainda não havia previsão expressa no texto constitucional que atribuísse ao STF a prerrogativa de decidir acerca de medidas liminares no controle concentrado, diferentemente do contexto atual¹⁴, mas os demais argumentos são de relevância contemporânea pois discutem a constitucionalidade da medida no processo de índole abstrata à luz dos requisitos que lhe são próprios. O voto do então ministro Xavier de Albuquerque ressaltava a incompatibilidade ao mencionar que no processo de Representação a declaração ao final é feita em abstrato, em desconhecimento de eventuais direitos subjetivos envolvidos e de eventual urgência concreta. A suspensão não teria o condão de afetar a eficácia da decisão pois, se de fato reconhecido o vício, da norma impugnada não terão se originados direitos, e a antecipação não poderia servir apenas às conveniências administrativas e judiciais do Estado para lhe evitar eventual “incômodo”.

Trava-se uma discussão entre os ministros e o relator defende que a liminar visaria evitar danos de difícil reparação consubstanciados, no caso, na promoção de magistrados com base

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Rp. 933**, Relator: Min. Carlos Thompson Flores, 05 de junho de 1975. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=264216>. Acesso em 05 jan. 2022. p. 20/21.

¹⁴ A atual alínea “p”, do inciso I, do art. 102, da CF/88, prevê expressamente a prerrogativa do STF de decidir originariamente sobre os pedidos de medida cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade.

em ato normativo alegadamente inconstitucional, e utiliza como parâmetro comparativo liminar anteriormente concedida em sede de MS que suspendeu provisoriamente o provimento de um juiz até ulterior decisão final. Nota-se que os requisitos para a concessão de uma tutela em abstrato e em concreto se confundem desde o início da jurisprudência quanto às liminares. O ministro Xavier de Albuquerque, para quem os atos de provimento e promoção praticados com base nesses preceitos poderiam ser desfeitos, não é convencido, e reitera: “Não me parece que o Supremo deva antecipar uma providência que, a rigor, não é sua, mas do Senado, para proteger a vida administrativa e judiciária do Estado de eventuais incômodos”¹⁵.

O ministro Rodrigues Alckmin se manifesta favoravelmente à liminar, mas quando afirma que “[...] nenhum juiz deve proferir uma sentença ou ser compelido a fazê-lo ciente de que esta não deva produzir seus efeitos [...] Daí esse poder acautelador e geral, que é inerente ao próprio exercício da função”, fica claro que sustenta essa posição para evitar um possível “esvaziamento” do poder decisório do Supremo. Embora rebatido por Xavier de Albuquerque, que considera que a cautelar tem função diversa (a de preservar o direito contra o perigo da demora), assevera que a “A cautela conduz a evitar que uma sentença ou uma decisão não produza, sobretudo, seus efeitos normais”¹⁶. Seu voto contém, entretanto, um fragmento contraditório:

Mesmo que se trate de ação direta de inconstitucionalidade, entendo que há possibilidade de remédio cautelar, desde que a parte formal que propõe a ação alegue que tem necessidade do provimento cautelar, para que, afinal, a decisão não venha encontrar situação que impossibilite a eficácia de decisão tomada.
[...] seria, de certa forma, incabível a medida, porque aí se trata de lide em que não se fixam interesses concretos para justificá-la. É um pedido de declaração em abstrato da inconstitucionalidade de uma lei. Mas temos que reconhecer que se admite este tipo de ação, há uma parte formal que está intitulada a propô-la. A esta parte formal caberá dizer se há interesse na medida de cautela¹⁷.

Novamente, o ministro Xavier de Albuquerque afirma que a ausência de liminar, ao menos nesse caso, poderia causar incômodo à administração para reverter os provimentos, mas não impossibilitaria a eficácia futura, e sua concessão seria mera “solução de conveniência”, mas não convence o ministro Rodrigues Alckmin, que entende que se o legitimado ativo à propositura requerer a medida, esta poderá ser concedida.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Rp. 933**, Relator: Min. Carlos Thompson Flores, 05 de junho de 1975. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=264216>. Acesso em 05 jan. 2022. p. 25.

¹⁶ Ibid., p. 28.

¹⁷ Ibid., p. 30.

O ministro Eloy da Rocha também é contra o cabimento da liminar em sede de Representação contra inconstitucionalidade e apresenta duas principais razões para tanto: não caberia ao Supremo suspender a eficácia do ato impugnado, mas sim ao Senado, e a prestação jurisdicional nesta ação não compreende a proteção de direito subjetivo, como ocorre no mandado de segurança, em que se admite a suspensão com referência ao titular do direito em questão. O relator rebate seus argumentos referindo-se ao papel de intérprete constitucional desempenhado pelo STF, a quem compete “lançar as bases da construção jurídico-constitucional”¹⁸. Para ele, a omissão do texto constitucional quanto a essa competência não poderia ser impeditiva de sua concessão pois lhe é permitido disciplinar em Regimento os procedimentos das ações, e se esse atribui ao relator o poder de adotar medidas preventivas, a interpretação deve aliar a Constituição ao Regimento Interno. Ou seja, entende que a interpretação segundo a qual se autoriza a suspensão provisória da eficácia do ato impugnado pelo STF é constitucional. O ministro Leitão de Abreu também entende cabível a medida e afirma: “Penso, além disso, que aquilo que o Judiciário pode fazer em presença de caso concreto, pode também realizar em abstrato”¹⁹.

Dos votos apresentados, extrai-se que à época a discussão em torno da admissibilidade da liminar cingia-se essencialmente a dois fatores: a competência do STF e o cabimento em sede de controle abstrato. Conforme afirmado, atualmente, a primeira está superada em face da previsão expressa na alínea “p”, do inciso I, do art. 102, da CF/88. A segunda, contudo, sobre a constitucionalidade, merece maior atenção. A compatibilidade deve ser aferida à luz dos requisitos que são intrínsecos à liminar e à luz da espécie de tutela pretendida no controle concreto e no abstrato. No primeiro (concreto), o objetivo precípuo é a proteção do titular do direito subjetivo; no segundo (abstrato), trata-se de proteção em abstrato, de objetivo mediato. A liminar de suspensão na primeira é admitida com base na situação concreta do titular do direito discutido, que é um dos requisitos para sua concessão.

Há uma confusão jurisprudencial nesse momento entre a tutela abstrata e a concreta, bem como seus desdobramentos, vale dizer, os limites da atuação jurisdicional em cada uma. Este conflito é abordado pelo ministro Eloy da Rocha:

Reconheço as razões de conveniência da liminar. O obstáculo invencível, que encontro, está, precisamente, no argumento que V.Exa. apresentou há pouco: o da prestação jurisdicional. Esta termina, na ação direta de constitucionalidade, com a

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Rp. 933**, Relator: Min. Carlos Thompson Flores, 05 de junho de 1975. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=264216>. Acesso em 05 jan. 2022. p. 34.

¹⁹ *Ibidem*, p. 37.

declaração de que é inconstitucional a lei ou o ato normativo federal ou estadual. Não pode o Tribunal, de início, antecipar prestação, que não tenha ao fim da ação. Diversa é, por exemplo, a situação no mandado de segurança, em que se concede para proteger direito subjetivo. Para eficácia da medida, admite-se, liminarmente, a suspensão do ato impugnado, com referência ao titular do direito subjetivo. Não é o que acontece na ação direta de inconstitucionalidade.²⁰

A posição de Thompson Flores sagra-se vencedora e, ao final, é concedida a liminar na Rp. nº 933. Os fundamentos legais da decisão foram os arts. 22, IV, e 175 do Regimento Interno do STF, bem como precedentes que haviam deferido a liminar em ações semelhantes, esses com base no art. 4º da Lei nº 2.271/54, e passa-se a partir de então a admitir o provimento provisório de suspensão de eficácia, tanto individualmente com base nos poderes do relator, como pelo plenário.

A EC nº 77/1977 constitucionalizou o instituto processual e passou a prever expressamente a competência originária do Supremo para processar e julgar “o pedido de medida cautelar nas representações oferecidas pelo Procurador-Geral da República”, conforme alínea “p” inserida no inciso I do art. 119 da EC 01/1969, solucionando a controvérsia acerca de sua admissibilidade, prerrogativa que foi mantida no art. 102, inciso I, alínea “p”, da CF/88.

Sob a égide das discussões em torno dos direitos fundamentais de caráter judicial e das garantias constitucionais do processo, no julgamento do pedido cautelar da ADI nº 223 em 05/04/1990²¹, a corrente vencedora lançada pelo então ministro Sepúlveda Pertence diferencia a tutela cautelar pretendida em ações objetivas daquela almejada em ações subjetivas. O objeto da ação era a declaração de inconstitucionalidade da medida provisória nº 173, que proibiu a concessão de liminar em sede de mandados de segurança, ações ordinárias e cautelares (todos processos subjetivos) que impugnassem as medidas provisórias nela referidas, e o pedido cautelar requeria a suspensão provisória *erga omnes* do ato normativo impugnado. Os ministros afirmaram a impossibilidade de dispositivo legal restringir a competência da Corte para deferir liminares em ação direta, visto se tratar de atribuição constitucional, mas o mesmo não se aplica às ações de âmbito subjetivo.

Diferenciaram-se os requisitos para a concessão de um provimento provisório em processo objetivo e subjetivo. O significado da “cautelar” é próprio dela, vale dizer, visa assegurar o resultado do processo: se não há risco ao processo, a medida não deve ser deferida,

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Rp. 933**, Relator: Min. Carlos Thompson Flores, 05 de junho de 1975. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=264216>. Acesso em 05 jan. 2022. p. 34.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 223-6/DF**. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 5 de abril 1990. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346264>. Acesso em 05 jan. 2022.

mesmo que haja plausibilidade da tese jurídica; igualmente, caso haja perigo de irreversibilidade, não deve ser concedida. Isso porque para ser provisoriamente suspenso em abstrato o ato normativo impugnado não basta que haja alegado risco de dano a situações individuais consideradas, pois esse não é o objeto da ação. Deve haver risco ao desfecho do processo, à sua resolução final. A atuação cautelar do juiz é um poder ínsito à condução do processo, mas o conceito de liminar deve servir como baliza à essa atuação, vale dizer, a presença dos requisitos que autorizam sua concessão deve ser averiguada caso a caso e depende de fundamentação específica à espécie de ação (abstrata ou concreta).

Ou seja, o amparo provisório *erga omnes* não pode ser concedido se da análise sumária não for possível inferir a reversibilidade dos efeitos da concessão da liminar. Além disso, se não houver risco à ordem jurídica em si e ao resultado útil do processo, mas apenas a situações concretas individuais, a suspensão provisória do ato impugnado não cabe em sede de tutela abstrata. Do voto do então ministro Sepúlveda Pertence extrai-se sua preocupação quanto à confusão procedimental operada na jurisprudência desde o início da admissão das liminares no processo objetivo:

[...] a solução adequada às graves preocupações que manifestei [...] não está na suspensão cautelar da eficácia, em tese, da medida provisória. O caso, a meu ver, faz eloquente a extrema fertilidade desta inédita simbiose institucional que a evolução constitucional brasileira produziu, gradativamente, sem um plano preconcebido, que acaba, a partir da Emenda Constitucional 16, a acoplar o velho sistema difuso americano de controle da constitucionalidade ao novo sistema europeu de controle direto e concentrado. Mostrei as dificuldades que vejo na suspensão cautelar da eficácia da própria lei em tese. Procurou o eminente Relator reduzir o campo dessa suspensão ao mandado de segurança [...] a prova pré-constituída do fato de que emana o direito, o que, em si mesmo pode não ser decisivo para averiguar-se da necessidade da proteção cautelar imediata. O que vejo, aqui, embora entendendo não ser de bom aviso, naquela medida de discricionariedade que há na grave decisão a tomar, da suspensão cautelar, em tese, é que a simbiose institucional a que me referi, dos dois sistemas de controle de constitucionalidade da lei, permite não deixar ao desamparo ninguém que precise da medida liminar em caso onde – segundo as premissas que tentei desenvolver e melhor do que eu desenvolveram os Ministros *Paulo Brossard* e *Celso de Mello* – a vedação da liminar, por que desarrazoada, por que incompatível com o art. 5º, XXXV, por que ofensiva do âmbito de jurisdição do Poder Judiciário, se mostre inconstitucional. Assim, creio que a solução estará no manejo do sistema difuso, porque nele, em cada caso concreto, nenhuma medida provisória pode subtrair ao juiz da causa um exame da constitucionalidade, inclusive sob o prisma da razoabilidade, das restrições impostas ao seu poder cautelar, para, se entender abusiva essa restrição, se a entender inconstitucional, conceder a liminar, deixando de dar aplicação, no caso concreto, à medida provisória, na medida em que, em relação àquele caso, a julgue inconstitucional, porque abusiva²².

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 223-6/DF**. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 5 de abril 1990. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346264>. Acesso em 05 jan. 2022. p. 49/50.

O acolhimento do modelo difuso ao modelo concentrado sem um “plano preoconcebido” levou ao que ele denomina de “simbiose instituticonal”, e especificamente quanto à liminar, implicou a pura e simples transposição/importação dos requisitos que autorizam sua concessão nos processos subjetivos para os processos objetivos, sem a adequação necessária às suas especificidades. Por isso, defende que se o ato normativo alegadamente inconstitucional tolher os indivíduos de direito, estes deverão reclamar na via subjetiva/concreta, e a análise dos requisitos autorizadores da tutela provisória serão verificados pelo juiz singular, pois se a situação não implicar paralelamente risco ao resultado útil do processo abstratamente considerado, não poderá ser deferida em ações objetivas.

O então ministro Sydney Sanches também diferencia a lesão em abstrato da lesão em concreto para tratar dos pressupostos para a concessão da liminar, e diz estar “[...] entre dois perigos. O perigo de eventual lesão a direitos individuais e o perigo de perecimento da própria Nação [...]”²³, e conclui que na ação direta deve estar presente aquele que justifique a suspensão com caráter *erga omnes*, primando pelo interesse público geral.

Seguindo essa linha de diferenciação, a maioria vota pelo indeferimento da cautelar pretendida por entenderem não estarem presentes as premissas para a suspensão em tese do ato impugnado, o que não significa que outro juiz ou tribunal não poderá suspendê-lo incidentalmente. É o que se extrai do seguinte fragmento do voto do então ministro Sydney Sanches:

[...] indefiro a medida cautelar, aduzindo que aqui apenas se trata de deferi-la ou não, no Supremo Tribunal Federal, em ação direta de inconstitucionalidade, que impugna a lei, em tese, sem examinar casos concretos. Aqui não se cuida de saber – porque não está sob *judice* – se outro Juiz ou Tribunal pode, ou não, reconhecendo, incidentalmente, a inconstitucionalidade da Medida Provisória nº 173, conceder, ou não, medidas liminares, mesmo em processos de mandado de segurança, ações ordinárias ou cautelares, que tratem de matéria relacionada com as Medidas Provisórias nºs 151, 154, 158, 160, 161, 162, 164, 165, 167 e 168.²⁴

Em suma, na análise do pedido de liminar na ADI nº 223 entende-se que não deve ser adiantada a prestação de mérito, apenas verificados os requisitos da plausibilidade do direito e do perigo à luz do objetivo da tutela abstrata, e não de situações concretas urgentes.

Os votos da ADI nº 223 abordam a problemática tratada na presente pesquisa: o processo de transposição/importação de institutos típicos do controle concreto, como as

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 223-6/DF**. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 5 de abril 1990. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346264>. Acesso em 05 jan. 2022. p. 62.

²⁴ *Ibid.*, p. 64.

liminares, para o controle abstrato, não foi acompanhado na mesma proporção da devida reflexão acerca dos requisitos específicos e das implicações de uma decisão precária que afasta *erga omnes* a presunção de constitucionalidade das normas, especialmente sobre o processo democrático. Também não teve a devida atenção a discussão acerca da legitimidade constitucional de um único ministro para promover a suspensão precária da eficácia da norma, ausência que é agravada levando-se em conta o tempo de vigência das liminares individuais antes de serem ratificadas pelo plenário, que será objeto de análise mais detida na quinta seção. Esta competência individual dos ministros, conforme afirmado, nasceu paralelamente à admissão das liminares nos processos objetivos, consoante previsão na lei do mandado de segurança, e se sustentou com base em seu poder geral de cautela. Este fundamentou, inclusive, a admissão das liminares nas demais ações do controle abstrato.

4.2 Regulamentação e o procedimento para a concessão das liminares nos processos objetivos: o poder geral de cautela

Embora a CF/88 refira-se apenas à medida cautelar em sede de ação direta de inconstitucionalidade, a Lei nº 9.868/99 previu seu cabimento também na ação declaratória de constitucionalidade. A previsão legal, contudo, é posterior ao julgamento do pedido de liminar na ADC 4, que data de 11/02/1998, deferido com base no poder geral de cautela do STF. O relator, ministro Sydney Sanches, indaga em seu voto se “A falta de previsão expressa do poder cautelar significa, necessariamente, que ele inexistia”, e relembra o precedente estabelecido na Rp. nº 933, em que a corte “admitiu a utilização de liminar no processo de controle abstrato de normas, mesmo na ausência de norma autorizativa, por entender, fundamentalmente, que o poder de cautela seria inerente à própria atividade jurisdicional”, e sustentou ser irrazoável pensar que a corte não possa tomar providências para acautelar a eficácia de suas decisões de mérito²⁵. A maioria dos ministros seguiu o voto do relator, à conclusão de que o poder geral de cautela é inerente à função jurisdicional e não depende de previsão infraconstitucional para poder ser exercido quando for necessário para garantir a efetividade do provimento final.

Teori Zavaski, ao tratar da eficácia das liminares na ação direta de inconstitucionalidade e sobre sua admissibilidade nas demais ações do controle, afirma que o legislador ordinário não pode eliminar e tampouco impor restrições injustificáveis ao poder

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 4-6/DF**. Relator: Min. Sydney Sanches, 11 de fevereiro de 1998. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=372905>. Acesso em 05 jan. 2022.

cautelar pois esse decorre diretamente da função jurisdicional, assegurada na Constituição. Se na jurisdição comum o magistrado possui a prerrogativa de acautelar suas decisões, com mais respaldo deve ser possível fazê-lo no âmbito do controle de constitucionalidade²⁶. Na obra “Antecipação da tutela”, discorre sobre os provimentos liminares nos processos subjetivos e afirma que essas considerações se aplicam também ao processo abstrato:

(a) o poder jurisdicional de decretar medidas provisórias cautelares ou antecipatórias representa, simplesmente, o poder de formular regras de solução para os fenômenos concretos de conflito entre direitos fundamentais que formam o devido processo legal; (b) trata-se de poder que nasce, não propriamente do art. 5.º, XXXV, da Constituição, como tutela preventiva, mas do sistema constitucional organicamente considerado: configurados, como se configuram na realidade prática, fenômenos de colisão entre segurança jurídica e efetividade da jurisdição, tornar-se-á inafastável a necessidade de formular solução harmonizadora, tarefa que, na missão da lei, deve, por imposição do sistema constitucional, ser assumida necessariamente pelo juiz; (c) por ser inerente à função de decidir conflitos, é poder que decorre, não da lei, mas diretamente da Constituição. Dele estaria investido o juiz mesmo que não existisse, na legislação ordinária, autorização semelhante [...]²⁷

A Lei nº 9.868/99, ao prever o cabimento da liminar também na ação declaratória de constitucionalidade, positivou entendimento que já era adotado pelo Supremo mesmo antes da Constituição de 1988, segundo o qual a competência acautelatória é inerente à função jurisdicional e pode ser exercida também nos processos de índole abstrata, independentemente de autorização legal, se preenchidos os requisitos que lhe são inerentes (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*). Essa posição era acompanhada por diversos doutrinadores à época²⁸.

Já no controle de constitucionalidade por omissão, o STF não admitia a concessão da medida por entender a antecipação dos efeitos incompatível com o provimento final. No julgamento do pedido de medida cautelar na ADI 361, em 5 de outubro de 1990, todos os ministros seguem o entendimento do relator: o pronunciamento final presta-se apenas a comunicar o poder competente para que adote as providências necessárias ao afastamento da omissão, ou seja, se a tutela final não se presta a suprir a omissão, ainda menos a tutela

²⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 76.

²⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 68.

²⁸ Nagib Slaibi Filho, em trabalho monográfico sobre a ação declaratória de constitucionalidade (SLAIBI FILHO, Nagib. **Ação Declaratória de Constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1994. P. 131); Gilmar Ferreira Mendes, em artigo intitulado “Da medida cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade” (MENDES, Gilmar Ferreira. Da medida cautelar em ação declaratória de constitucionalidade. **Repertório IOB de Jurisprudência**, nº 20/97, caderno 1. p. 501-504, 2ª quinzena de outubro de 1997. p. 504).

provisória²⁹. Este entendimento se manteve nos anos seguintes no tribunal³⁰ e foi também defendido por doutrinadores como Elival da Silva Ramos³¹, mas foi superado pela própria previsão legislativa, que inseriu o art. 12-F na Lei nº 9.868/99³², e pelos entendimentos que seguiram nos anos seguintes³³.

Quanto ao procedimento, a Constituição não traz dispositivos específicos, apenas determina a incidência da regra de reserva de plenário para que possa ser declarada a inconstitucionalidade de um ato normativo. O STF, contudo, conforme constatado no item 2.1.2 da presente pesquisa, não aplica o art. 97 da CF/88 à concessão de liminar.

Já a Lei nº 9.868/99, ao regulamentar o trâmite da ADI, ADC e ADO, trouxe seções próprias para disciplinar a concessão de medida cautelar³⁴. Na ação direta, o art. 10 condiciona o deferimento, salvo no período de recesso, ao voto da maioria absoluta dos membros do tribunal, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou o ato normativo impugnado, autorizando a dispensa dessa audiência no caso de excepcional urgência. O dispositivo faculta ao relator ouvir o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República e autoriza a sustentação oral do requerente e das autoridades responsáveis. Se concedida a medida, o STF deverá publicar em 10 dias a parte dispositiva da decisão no Diário Oficial da União e no Diário da Justiça da União, bem como solicitar informações da autoridade responsável.

O art. 21 trata da medida cautelar na ação declaratória e exige igualmente o *quorum* de maioria absoluta e a publicação da parte dispositiva da decisão em 10 dias, acrescentando a exigência de que o tribunal proceda ao julgamento da ação no prazo de 180 dias, sob pena de perda de sua eficácia. O art. 12-F, incluído pela Lei nº 12.063/09, disciplina a concessão em sede de ação direta por omissão e traz em linhas gerais termos semelhantes àqueles previstos

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 361-5**. Relator: Min. Marco Aurélio, 5 de outubro 1990. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346338>. Acesso em 05 jan. 2022. p. 51.

³⁰ E.g. ADI-MC 267 e ADI-MC 1.387.

³¹ Em obra de 2010, o autor entendia ser incompatível a medida liminar com os efeitos do reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão: RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 233 e 306.

³² A Lei nº 12.063 de 2009 incluiu o art. 12-F na Lei nº 9.868/99, que assim prevê: “Em caso de excepcional urgência e relevância da matéria, o Tribunal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, observado o disposto no art. 22, poderá conceder medida cautelar, após a audiência dos órgãos ou autoridades responsáveis pela omissão inconstitucional, que deverão pronunciar-se no prazo de 5 (cinco) dias” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 361-5**. Relator: Min. Marco Aurélio, 5 de outubro 1990. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346338>. Acesso em 05 jan. 2022. p. 51).

³³ E.g. ADO 23, DJe de 01/02/2013 e ADO 24, DJe de 01/08/2013.

³⁴ Sobre o emprego do termo “cautelar” pela Lei nº 9.868/99 e “liminar” pela Lei nº 9.882/99, remete-se ao item 2.2 da presente pesquisa.

no art. 10: *quorum* de maioria absoluta, audiência das autoridades responsáveis pela omissão, faculdade de oitiva do Procurador-Geral da República, possibilidade de sustentação oral e necessidade de publicação da parte dispositiva da decisão em 10 dias.

Em sede de ADPF, a Lei nº 9.882/99, publicada menos de um mês após a Lei nº 9.868/99, prevê no art. 5º que a liminar poderá ser deferida mediante decisão de maioria absoluta, mas excepciona o *quorum* em três casos: extrema urgência, perigo de lesão grave ou durante o recesso. Nestas hipóteses a lei permite a concessão monocrática pelo relator, *ad referendum* do tribunal pleno. A oitiva das autoridades responsáveis pela edição do ato impugnado, do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República antes da concessão é faculdade do relator (§ 2º). Assim, quanto ao procedimento, a principal distinção legal entre as demais ações diretas e a ADPF é que, nas primeiras, a decisão monocrática seria possível apenas durante o recesso.

Da análise quantitativa da jurisprudência, que será feita de forma mais detida na quinta seção, extrai-se que nos anos que seguiram a edição da Lei nº 9.868/99 as liminares monocráticas em ADIs ficaram, de fato, majoritariamente restritas aos períodos de recesso ou à proximidade dele³⁵. Assim como a competência para o deferimento de liminares em ações abstratas enfrentou resistência no histórico jurisprudencial do STF antes de ser aceita pelos ministros, a prerrogativa quanto à atuação individual fora do recesso também foi alvo de conflitos. Na ADI 3273, o relator, ministro Carlos Britto, deferiu parcial e monocraticamente, em 12/08/2004, liminar para suspender dispositivos da Lei nº 9.478/97 que disciplinavam a concessão da exploração de petróleo e gás natural³⁶. O fez sob o fundamento de que o feito não seria analisado pelo plenário antes da rodada de licitação marcada para os dias 17 e 18 de agosto do ano em questão (perigo de ineficácia da medida) e considerando haver fundamento relevante (probabilidade do direito). Afirmou que o *periculum in mora* nos processos objetivos deve ser analisado não só com base na pretensão autoral, mas levando-se em conta também os fatos externos relacionados.

Referida decisão foi objeto de impugnação no Mandado de Segurança 25.024, impetrado pelo Presidente da República, através do Advogado Geral da União, que alegava a ilegalidade da concessão monocrática. A liminar no MS foi deferida pelo então presidente

³⁵ Sobre a análise quantitativa das liminares individuais na jurisprudência do STF, remete-se à seção 5 da presente pesquisa, mais especificamente, ao item 5.1.1.

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.273-9/DF**. Relator originário: Min. Carlos Brito, Relator para o acórdão: Min. Eros Grau, 16 de março de 2005. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=408864>. Acesso em 05 jan. 2022.

Ministro Nelson Jobim para suspender a decisão monocrática proferida na ADI 3273 nos seguintes termos:

A questão das medidas cautelares em Ação Direta de Inconstitucionalidade está tratada, com exaustão, na L. 9.868, de 10.11.1999. 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” (L. 9.868/99, art. 10). A lei abre uma única exceção à regra: “Salvo no período de recesso” (L. 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 ...” (L. 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” (L. 9.868/99, art. 11, § 1º). Com esta última regra completa-se o tratamento legal da excepcionalidade. [...] A lei dá solução a questões como esta ao autorizar o Tribunal conceder à cautelar com “eficácia retroativa”. Além do mais, observo que o próprio RELATOR informa que o leilão de hoje se constitui na 6ª rodada de leilões. Todos eles com base na mesma lei, a qual está em vigor há mais de 07 anos. É pacífica a orientação do Tribunal no sentido de que não se configura o periculum in mora, para os fins de concessão de cautelar, se a lei objeto da impugnação estiver em vigor há muito tempo. Há, ainda, que ponderar o prejuízo. De um lado, a manutenção da liminar concedida compromete, na prática, a eficácia do leilão. De outro lado, a suspensão da liminar monocrática não impede que o Tribunal, por sua maioria absoluta, conceda liminar com eficácia retroativa, que atingiria o conteúdo da licitação (L. 9.868/99, art. 11, § 1º). Por esse fundamentos, concedo a liminar para suspender a decisão monocrática lançada na ADI 3.273.³⁷

O ministro Nelson Jobim aplica a literalidade da lei para considerar ser inadmissível a concessão monocrática de liminar em ações diretas, salvo no período de recesso. O instrumento para garantir a eficácia do provimento provisório estaria também na lei, que prevê a possibilidade de se atribuir efeitos retroativos à liminar, ou seja, apenas o recesso justificaria a postergação da análise pelo colegiado. O tema não é enfrentado pelos demais ministros e o julgamento do mérito da ADI 3273 é concluído em 16/03/2005, pelo que o MS 25.024 é considerado prejudicado e é extinto por perda do objeto em 02/05/2005.

O caso é *sui generis* por representar o controle da decisão de um ministro por um par, pois quando há controle esse é exercido pelo próprio colegiado, ao referendar ou não a medida³⁸. Contudo, evidencia a postura então adotado pelos ministros para que justificassem

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS/25024 – Medida Cautelar em Mandado de Segurança/DF**. Relator: Min. Eros Grau, 17 de agosto de 2004. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=162&dataPublicacaoDj=23/08/2004&incidence=3745898&codCapitulo=6&numMateria=117&codMateria=10>. Acesso em 05 jan. 2022.

³⁸ Não se pretende adentrar na análise acerca do controle da atuação individual do supremo, visto não ser esse o objetivo da presente pesquisa, mas caso interesse ao leitor, remete-se ao artigo de Diego Weneck Arguelhes e Leandro Molhano Ribeiro, *Ministrocracia: o Supremo tribunal individual e o processo democrático brasileiro* (ARGUELHES, Diego Weneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Ministrocracia: o Supremo tribunal individual e o processo democrático brasileiro*. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, v. 37, n. 01, p. 13-32, jan. – abr. 2018).

sua atuação monocrática além da hipótese legalmente autorizada: a especial preocupação com a demonstração do *periculum in mora*, não apenas por haver risco de violação a dispositivos constitucionais, mas por risco de ineficácia da ação³⁹.

Portanto, quanto ao procedimento, assim como a ausência de previsão legal sobre a competência do STF para deferir liminares não constituiu óbice para esta atuação no passado, uma vez regulamentado expressamente o procedimento, os dispositivos da Lei nº 9.868/99 também não serviram como obstáculo intransponível à atividade cautelar monocrática, que encontra no poder geral de cautela dos magistrados seu fundamento principal. Este, que outrora serviu como fundamento para a concessão de liminares quando não havia previsão legal para tanto, passou a justificar a atuação individual em hipóteses além daquela legalmente admitida, qual seja, o recesso.

Além disso, não há prazo legal ou regimental máximo entre a concessão monocrática e a submissão ao referendo do colegiado. O relator tem discricionariedade temporal para decidir quando incluir o processo na lista para julgamento. Na prática, isso implica que a liminar concedida individualmente pode vigor por tempo indeterminado, configurando uma das vertentes do “poder de agenda” do relator⁴⁰. Além disso, outro problema quanto a imprevisibilidade temporal das liminares é que, uma vez liberado o processo para que seja julgado, o Presidente do STF decide quando incluí-lo em pauta de forma que, salvo no plenário virtual, a inclusão no calendário de julgamentos não é automática⁴¹.

Balizas ao procedimento a ser seguido pelos ministros dificilmente são estabelecidas e abordadas por eles⁴². Além da situação pontual ocorrida na ADI 3273, identificou-se na jurisprudência outro exemplo de abordagem aos limites: a ADI 4638. Nesta o relator, ministro

Neste momento do trabalho o enfoque volta-se ao procedimento adotado para a concessão de liminares monocráticas em ações do controle concentrado, e não ao seu controle.

³⁹ Cf. ADI 2.849 (Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 03/04/2003); ADI 4232 (Rel. Ministro Menezes Direito, DJ n. 95 de 25/05/2009); ADI 4307 (Rel. Ministra Cármen Lúcia, DJ n. 190 de 08/10/2009).

⁴⁰ O poder de agenda configura a discricionariedade temporal do relator para decidir quando deferir a liminar e quando submeter ao colegiado sua análise. A ausência de prazo para que seja decidida uma ação que lhe é submetida levanta diversos questionamentos, como a interferência do STF sobre o cenário político e a possibilidade de tal controle do timing interferir sobre o próprio resultado final do julgamento. Sobre o tema: DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto. Definição da pauta no Supremo Tribunal Federal e (auto) criação do processo objetivo. In: **Congresso Nacional do Conpedi**, 17. 2008, Anais. Brasília: Conpedi, 2008. p. 4357-4377; e HARTMANN, Ivar Alberto; FERREIRA, Lívia da Silva. Ao relator, tudo: o impacto do aumento do poder do ministro relator no Supremo. **Revista Opinião Jurídica**, v.13, n.17, p. 268–283, 2015. p. 268–283.

⁴¹ Sobre a ausência de controle dos prazos para os relatores liberarem os processos sob sua relatoria para serem julgados pelo colegiado, para o Presidente incluí-los em pauta e para que os ministros devolvam os processos que tenham pedido vista, cf. ARGUELHES, Diego Werneck; FALCÃO, Joaquim;; RECONDO, Felipe (orgs). **Onze supremos: o supremo em 2016**. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito; Supra; Jota; FGV Rio, 2017. p. 57-58.

⁴² Embora não falte na doutrina estudos sobre a necessidade de controle, remetendo o leitor às obras apontadas na nota de rodapé n. 40.

Marco Aurélio, deferiu parcialmente a liminar em 19/12/2011, e no referendo o ministro Gilmar Mendes tratou da necessidade de se observar a reserva de plenário tanto na decisão de mérito como também na decisão cautelar pois ambas atingem a vigência da norma. Afirmou que a concessão monocrática é inconstitucional, por violação ao art. 97 da CF/88, e ilegal, por violação ao art. 10 da Lei nº 9.868/99, salvo apenas as situações excepcionalíssimas em que a liminar é necessária para paralisar imediatamente os efeitos de fatos ou eventos que de outra forma não poderiam ser revertidos. Não realizou críticas diretas ou explícitas ao procedimento que havia sido adotado pelo relator, apenas tratou do tema como tópico introdutório antes de apresentar seu voto, mas mencionou que a proximidade do recesso não impede a análise pelo plenário, que realiza a sessão de encerramento dos trabalhos do ano judiciário no dia 19 de dezembro. Arrematou com a seguinte afirmação: “O quadro atual assim o exige e [...] deixo aqui registrado que elaborarei uma Proposta de Emenda Regimental para regulamentar o uso do poder geral de cautela pelo Relator nas ações do controle abstrato de constitucionalidade”. Os demais ministros não trataram do assunto em nenhum momento em seus votos⁴³.

Mas em obra publicada em 2012, o ministro Gilmar Mendes afirma que os casos de liminares monocráticas são poucos e que tendem a ser concedidas no recesso ou em sua proximidade, e alerta para os perigos da pretensão de restringir a atuação jurisdicional tendo em vista as complexas e relevantes questões que o Tribunal cotidianamente enfrenta⁴⁴, evidenciando uma resistência à imposição de regras procedimentais e condições para o deferimento. Já em artigo publicado em 2016, o mesmo ministro alerta para o crescimento do número de decisões cautelares monocráticas em ações diretas de inconstitucionalidade a partir de 2009, e enfatiza a necessidade de regulamentação do poder geral de cautela do relator, devendo as hipóteses de atuação individual estarem delimitadas e definidas no Regimento Interno do STF⁴⁵. Este posicionamento, contudo, não impediu sua atuação cautelar monocrática no bojo de diversas ações diretas que lhe foram distribuídas⁴⁶.

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.638/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio, 08 de fevereiro de 2012. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313649707&ext=.pdf>. Acesso em 05 jan. 2022.

⁴⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei n. 9.868/99**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 318 e 324.

⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino. Questões atuais sobre as medidas cautelares no controle abstrato de constitucionalidade. In: GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat; MENDES, Gilmar Ferreira; MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt (orgs.). **Jurisdição Constitucional em 2020**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 300-320. p. 312.

⁴⁶ Vide ADI 5513 (DJe de 02/05/2016); ADI 5838 (DJe de 11/12/2017); ADI 5946 (DJe de 25/06/2018); ADI 6350 (DJe de 23/04/2020). Tampouco impediu sua atuação monocrática em ações subjetivas, como é o caso da suspensão da nomeação de Luiz Inácio Lula da Silva para o cargo de Ministro Chefe da Casa Civil em 18/03/2016 nos MS 34.070 e 34.071, uma sexta-feira, quando outra reunião plenária do colegiado para referendar sua decisão só ocorreria quase duas semanas depois. Sobre o tema, remete-se o leitor ao artigo de Diego Weneck Arguelhes

A posição defendida pelo ministro Gilmar Mendes no referendo na ADI 4638 é reconhecida como pontual pelos próprios ministros, como se infere da decisão do ministro Edson Fachin na ADPF 759:

A despeito de sensíveis críticas doutrinárias e jurisprudenciais ao instrumento ora analisado – como, por exemplo, o voto do e. Ministro Gilmar Mendes na ADI-MC-Ref 4.638, de relatoria do e. Ministro Marco Aurélio, no qual advoga por uma reserva de plenário para processamento e julgamento de medida cautelar em ADI -, verifica-se sua utilização por parte dos Ministros desta Corte, quando há a presença dos pressupostos autorizativos da decisão monocrática concessiva de medida cautelar em ações de controle abstrato de constitucionalidade.

Confirmam-se, a título exemplificativo, os seguintes julgados: ADIMC-Ref 4.451, de relatoria do Ministro Ayres Britto, DJe 1º.07.2011; ADIMC-ED-Ref 4.843, de relatoria do Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJe 19.02.2015; ADI-MC-Ref 5.398, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, DJe 09.11.2015; ADI-MC-Ref 4.705, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, DJe 19.06.2012; ADI-MC-Ref 4.638, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, DJe 30.10.2014; ADPF 341 MC-Ref, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe 10.08.2015; ADPF 77 MC, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, DJe 11.02.2015; ADPF 309 MC-Ref, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe 1º.12.2014; ADPF 316 MC-Ref, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe 1º.12.2014; ADPF 307 MC-Ref, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 27.03.2014 e ADPF 130 MC, de relatoria do Ministro Carlos Britto, Tribunal Pleno, DJe 07.11.2008.

Conclui-se, portanto, pela possibilidade do exame da questão atinente ao provimento concessivo de medida liminar em arguição de descumprimento de preceito fundamental, com fundamento no art. 21, V, do RISTF, e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.⁴⁷

Mesmo nos casos em que os demais ministros discordam da liminar concedida individualmente, nos seus votos em plenário tecem críticas ao conteúdo da decisão, mas não ao poder do relator para proferi-la. A ADI 6341 e as ADPFs 701 e 811 ilustram o afirmado: as decisões proferidas nessas ações após a declaração pela Organização Mundial de Saúde (OMS) da pandemia mundial ocasionada pelo Coronavírus, quando diversos países passaram a adotar medidas restritivas e proibições de circulação como tentativa de conter a disseminação do vírus⁴⁸, espelham a resistência (implícita) dos ministros em abordar os limites do poder do relator para conceder liminares.

e Ivar A. Hartmann. (ARGUELHES, Diego Weneck; HARTMANN, Ivar Alberto Martins. Mendes e Lula: uma liminar contra o Plenário do Supremo. **JOTA**, 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/mendes-e-lula-uma-liminar-contr-o-plenario-do-supremo-21032016>. Acesso em: 15 jul. 2020).

⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 759 MC-Ref/DF**. Relator: Min. Edson Fachin, 08 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755586024>. Acesso em 05 jan. 2022. DJe de 11/12/2020.

⁴⁸ SOARES, Mariana Ribeiro. Covid-19. Europa celebra Páscoa em confinamento e com medidas restritivas. **RTP Notícias**, 4 de abril de 2021. Disponível em: https://www.rtp.pt/noticias/mundo/covid-19-europa-celebra-pascoa-em-confinamento-e-com-medidas-restritivas_n1309679. Acesso em 05 jan. 2021.; PODER 360. OMS diz que novas restrições são necessárias para combater pandemia na Europa. **Poder 360**, 1 abril 2021. Disponível

Em 15/04/2020, o tribunal referendou a liminar deferida na ADI 6341 para afirmar a competência dos Estados e Municípios para tomar medidas de enfrentamento contra a Covid-19, permitindo-lhes restringir atividades, com base em informações científicas, para atender as peculiaridades locais na proteção da saúde⁴⁹. Já em 23/06/2020 foi distribuída ao ministro Celso de Mello a ADPF 701, na qual se impugnavam atos normativos de diversos municípios que restringiam a realização presencial de atividades religiosas. O relator, aposentado em 13/10/2020, foi substituído pelo ministro Nunes Marques em 05/11/2020, e este, em 03/04/2021 (sábado), véspera do feriado de páscoa e quando o Brasil atingia a a marca de mais de 300 mil mortos em decorrência da pandemia causada pela Covid-19⁵⁰, autorizou em liminar monocrática a realização de cultos religiosos presenciais em todo o território nacional e proibiu Estados e Municípios de impedir sua realização. Na fundamentação, alegou que estaria configurado o *periculum in mora* pela proximidade da páscoa, bem como o *fumus boni iuris* por 3 principais razões: 1) pela situação de “desuniformidade” da disciplina dos cultos nos entes federativos, ora proibindo ora liberando; 2) por decisão da Suprema Corte dos EUA de fevereiro de 2021 que permitiu cultos presenciais no estado da Califórnia e pelo fato de o direito americano ter influenciado o direito constitucional brasileiro desde 1891 e; 3) pela inviolabilidade da liberdade religiosa, que não poderia ser restringida sequer durante o estado de defesa e o estado de sítio⁵¹.

A liminar foi concedida em contrariedade à decisão tomada pelo colegiado na ADI 6341 e em um momento que tornou impossível sua análise pelo plenário antes da concretização de seus efeitos, apesar de ter sido distribuída ao relator aproximadamente 5 meses antes dessa decisão. Os cultos religiosos puderam ocorrer presencialmente no feriado da páscoa (05/04/2021).

Por sua vez, a ADPF 811, de relatoria do ministro Gilmar Mendes, impugnava decreto do estado de São Paulo que igualmente restringia a realização de cultos, missas e demais

em: <https://www.poder360.com.br/internacional/oms-diz-que-novas-restricoes-sao-necessarias-para-combater-pandemia-na-europa/>. Acesso em 05 jan. 2022.

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.341/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio, 7 de abril de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342881218&ext=.pdf>. Acesso em 05 jan. 2022. DJ de 16/04/2020.

⁵⁰ G1. Brasil chega a 331,5 mil mortes por Covid e se aproxima de 13 milhões de casos. **G1**, 04 de abril de 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2021/04/04/brasil-chega-a-3315-mortes-por-covid-e-se-aproxima-de-13-milhoes-de-casos.ghtml>. Acesso em 06 jan. 2022.

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 701/MG**. Relator: Min. Nunes Marques, 03 de abril 2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346073545&ext=.pdf>. Acesso em 06 jan. 2022, DJ de 06/04/2021.

atividades religiosas de caráter coletivo como medida emergencial para a contenção da Covid-19. O julgamento do mérito, concluído em 08/04/2021, julgando improcedente o pedido e afirmando a constitucionalidade da norma impugnada foi a resposta dada pelo plenário à decisão monocrática de Nunes Marques na ADPF 701. A rapidez do julgamento⁵², as 224 páginas do acórdão e o resultado por maioria, vencidos apenas os ministros Nunes Marques e Dias Toffoli que julgavam procedente a arguição, demonstram a discordância dos demais com o conteúdo da decisão monocrática de dias antes, mas em momento algum se aborda que ele não teria competência para proferi-la, mesmo já tendo o tribunal se manifestado pela constitucionalidade de medidas restritivas adotadas pelos Estados e Municípios na ADI 6341, que é inclusive mencionada na fundamentação⁵³. Em 15/04/2021, Nunes Marques revogou nos autos da ADPF 701 a liminar que havia anteriormente concedido, afirmando apenas que:

Em sessão plenária de 08.04.2021, cuja Ata foi aprovada em 14.04.2021, esta Suprema Corte, por maioria de votos, julgou o pedido improcedente na ADPF n. 811, ao fundamento de que são válidos e constitucionais os atos de Governadores e Prefeitos que permitem a abertura ou determinam o fechamento de igrejas, templos e demais estabelecimentos religiosos durante a pandemia da COVID-19. Portanto, **ressalvado meu entendimento pessoal contrário sobre a questão**, em respeito ao decidido pelo colegiado desta Corte, **revogo** a liminar anteriormente concedida nestes autos.⁵⁴

O fundamento empregado pelo ministro, qual seja, a constitucionalidade das medidas restritivas adotadas por Estados e Municípios, já havia sido declarada pelo colegiado na ADI 6341. A ADPF 811 não inovou, apenas especificou o tema no que tange a realização de atividades religiosas, mas foi necessária uma decisão superveniente do plenário para limitar o poder monocrático do relator, sem, contudo, fazê-lo expressamente.

As decisões de referendo tampouco ponderaram se o relator, para conceder a liminar monocraticamente, analisou propriamente os requisitos da liminar. A ADI 2477, por exemplo, foi protocolada em 18/07/2001 durante as férias coletivas dos ministros, e em 20/07/2001 o

⁵² A liminar na ADPF 811 foi indeferida *ad referendum* do plenário pelo relator em 05/04/2021. O processo foi apresentado em mesa para julgamento em 05/04/2021 e o Presidente, ministro Luiz Fux, no mesmo dia, o incluiu no calendário. O julgamento se iniciou em 07/04/2021 e foi concluído em 08/04/2021, quando o tribunal, por maioria, converteu o referendo em julgamento definitivo de mérito, julgando improcedente a ADPF, nos termos dos votos do relator. Informações disponíveis no acompanhamento processual do site do Supremo: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 811/SP**. Relator: Min. Gilmar Mendes, 08 de abril 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756267154>. Acesso em 06 jan. 2021.

⁵³ Ibid., DJ de 22/04/2021.

⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 701/MG**. Relator: Min. Nunes Marques, 03 de abril 2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346073545&ext=.pdf>. Acesso em 06 jan. 2022. DJ de 16/04/2021.

então vice-presidente, ministro Ilmar Galvão, no exercício de competência delegada proferiu despacho para negar a liminar pleiteada por não verificar o requisito da urgência. Mas o processo lhe foi distribuído como relator e, em 19/12/2001, concedeu a liminar *ad referendum* afirmando a plausibilidade da impugnação da norma e a “conveniência da pronta suspensão da sua eficácia”. O plenário negou o referendo em 25/04/2002 por maioria por não verificar *prima facie* a inconstitucionalidade alegada⁵⁵, mas não abordou se haveria ou não *periculum in mora* e nem a contraditoriedade do relator em suas duas decisões monocráticas.

Há no Regimento Interno do STF (RISTF)⁵⁶ disposições acerca das atribuições do plenário e do relator quanto às liminares nos processos de índole abstrata. Apesar de haver redações de dispositivos ora em consonância com a ordem constitucional anterior ora com a atual, a interpretação sistemática e unitária do documento permite inferir seu sentido e âmbito de aplicação. O art. 5º, inciso X, prevê a competência do plenário para processar e julgar originariamente o pedido de medida cautelar nas representações oferecidas pelo Procurador-Geral da República, ou seja, nas ações diretas de inconstitucionalidade. Já o inciso IV do art. 21 atribui ao relator a incumbência de submeter ao plenário ou à turma, conforme a competência respectiva no caso, as medidas cautelares necessárias à proteção do direito suscetível de grave dano de incerta reparação ou as destinadas a garantir a eficácia da ulterior decisão da causa. Já o inciso V lhe confere a prerrogativa de determinar individualmente essas medidas em caso de urgência, *ad referendum* do plenário ou da turma⁵⁷. Estes incisos não tratam especificamente das ações diretas, apenas de cautelares de forma genérica, e são utilizados como fundamento para a concessão nas situações em que o relator considera haver urgência, mesmo que não se trate de período de recesso⁵⁸.

Em 05/06/2019 os ministros aprovaram em sessão administrativa a Emenda Regimental nº 52 para acrescentar o art. 21-B ao RISTF e ampliar os processos que podem ser julgados no

⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.477/PR**. Relator: Min. Ilmar Galvão, 19 de dezembro de 2001. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630037>. Acesso em: 03 jul. 2020.

⁵⁶ O Regimento Interno do STF é o conjunto de normas editado e aprovado pelos próprios ministros que regulamenta as atividades internas do tribunal, dispondo sobre sua organização, funcionamento, competência, atribuições, etc. O atual RISTF foi editado sob a égide da Constituição de 1967, com redação dada pela EC 01/69, que estabelecia a competência normativa primária do STF para formular as normas atinentes ao processo e julgamento dos feitos de sua competência, em caráter regimental. Com o advento da Constituição de 1988, o Tribunal estabeleceu precedente de que referidas normas teriam sido recepcionadas com status legal, conforme se infere do voto na cautelar da ADI 1105 (DJ de 27/04/2001). O entendimento foi repetido no julgamento do Agravo Regimental nos autos do Agravo em Recurso Extraordinário nº 1047578 (DJe de 14/12/2018).

⁵⁷ Art. 5º, X e art. 21, incisos IV e V, Regimento Interno do STF. (BRASIL. **Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 08 jul. 2020).

⁵⁸ As decisões que utilizam os dispositivos do RISTF para fundamentar a concessão da liminar pelo relator fora do período de recesso são analisadas no item 5.3.

plenário virtual, incluindo as medidas cautelares nas ações do controle concentrado, seu referendo e o próprio mérito da ação, neste caso se já houver jurisprudência dominante no STF⁵⁹, e no dia seguinte aprovaram também a Resolução n° 642/2019 para regulamentar essa sistemática de julgamento⁶⁰. O ministro Luís Roberto Barroso havia sugerido alteração diferente: propôs que as liminares fossem submetidas ao plenário virtual em até 5 dias da decisão individual do relator, de forma que só passariam a produzir efeitos a partir do referendo do colegiado. Se houvesse urgência, o relator poderia solicitar a manifestação do plenário virtual em até 48 horas, e apenas em situações excepcionalíssimas, se não fosse possível aguardar as 48 horas, é que poderia o relator dar decisão monocrática com efeitos imediatos. A proposta, entretanto, não foi aceita. O ministro Marco Aurélio foi o único que votou contra a alteração aprovada. Segundo seu entendimento, o ambiente eletrônico afasta a colegialidade do tribunal, impossibilita o debate e o “acesso dos advogados à tribuna”⁶¹.

O plenário virtual não se confunde com o julgamento em sessão virtual. Este funciona de modo similar ao plenário físico, em que os ministros apresentam suas conclusões e há o debate simultâneo através de videoconferência, já naquele os julgadores incluem seus votos prontos por escrito.

A pandemia ocasionada pelo Covid-19 serviu como pano de fundo para a ampliação do plenário virtual, embora a mudança já estivesse em discussão: a Emenda Regimental n° 53, de

⁵⁹ O Plenário Virtual foi criado em 2007 pela Emenda Regimental n° 21/2007 para permitir que os ministros analisassem em ambiente eletrônico a existência de repercussão geral. Ou seja, foi originalmente previsto para os processos subjetivos. Em 2016 o Regimento foi alterado para incluir outras ações, como agravos regimentais e embargos de declarações, na listagem de ações possíveis de serem julgadas virtualmente. Contudo, é a alteração promovida pela Emenda n° 52/2019 que interessa à presente pesquisa, que inclui neste rol medidas liminares no bojo das ações do controle abstrato. O Plenário Virtual era antes regulamentado pela Resolução n° 587/2016.

⁶⁰ Os processos no Supremo podem ser julgados em ambiente presencial ou eletrônico, a critério do relator e ressalvados casos específicos, como os pedidos de destaque. No plenário virtual, as sessões ocorrem semanalmente e se iniciam às sextas-feiras, respeitado o intervalo de 5 dias úteis entre a publicação da pauta no Diário de Justiça eletrônico e o início do julgamento. Quando o relator submete o processo para ser julgado no ambiente virtual, já insere também ementa, relatório e voto. Nos termos originais da disciplina estabelecida pela Resolução n° 642/2019, uma vez iniciado o julgamento, os demais tinham até 5 dias úteis para se manifestar, podendo acompanhar o relator integralmente ou com ressalva, divergir ou acompanhar a divergência. Os ministros que não se pronunciassem no prazo estabelecido tinham seus votos computados como se tivessem acompanhado o relator. Diferentemente do julgamento presencial, não há transmissão simultânea da sessão pelo Youtube ou pela TV Justiça, e a ementa, o relatório e os votos apenas eram disponibilizados quando da publicação do acórdão.

⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ata da sessão administrativa do STF realizada em 06/06/2019.** Disponível em: <https://view.officeapps.live.com/op/view.aspx?src=http%3A%2F%2Fwww.stf.jus.br%2Farquivo%2Fcms%2FlegislacaoAtasSessoesAdministrativas%2Fanexo%2FAta01.2019.doc&wdOrigin=BROWSELINK>. Acesso em: 17 jul. 2021. O ministro Marco Aurélio já havia sido contrário à ampliação da competência do plenário virtual quando da mudança de 2016, quando renunciou da presidência da Comissão de Regimento do STF. As atas das sessões administrativas, inclusive a de 22/06/2016 supra referida, estão disponíveis no sítio eletrônico do STF: <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=legislacaoAtasSessoesAdministrativas&pagina=atasSessoesAdministrativas>. Acesso em: 17 jul 2021.

18/03/2020, alterou a redação do art. 21-B do RISTF e previu que todos os processos do STF podem ser julgados em ambiente presencial ou eletrônico, a critério do relator, equiparando as competências do plenário virtual e presencial. Estabeleceu também que as medidas cautelares em ações do controle concentrado e o referendo de medidas cautelares serão preferencialmente julgadas em ambiente eletrônico. A Resolução nº 669/2020 alterou a Resolução nº 642/2019 para disciplinar o julgamento conforme as novas competências estabelecidas⁶² e acrescentou o art. 5º-B para prever a “sessão virtual extraordinária”, na qual o colegiado poderá ser convocado para deliberar em caso de excepcional urgência⁶³.

O engrandecimento do plenário virtual não foi acompanhado de regulamentação quanto aos poderes do relator nas cautelares das ações do controle concentrado, da restrição para atuação monocrática aos períodos de recesso e tampouco da fixação de prazos para o referendo, mesmo havendo um ambiente que permite a rápida análise pelo colegiado em casos de urgência. Ao contrário, reafirmou a tendência de monocratização das liminares⁶⁴, ao não exigir o respeito à cláusula de reserva de plenário, e das decisões no geral, ao restringir os debates e enaltecer o voto do relator⁶⁵. Essa sistemática de julgamentos encontrou opiniões contrárias, mencionando-

⁶² O texto atual da Resolução nº 642/2019, com as alterações promovidas até a Resolução nº 690/2020, dispõe que as sessões virtuais serão realizadas semanalmente, com início às sextas-feiras e respeitado o prazo de 5 dias úteis exigido pelo art. 935 do Código de Processo Civil entre a data da publicação da pauta no DJe e o início do julgamento. O relator inserirá ementa, relatório e voto no ambiente virtual e, iniciado o julgamento, os demais terão até 6 dias úteis para se manifestar. O ministro que não se pronunciar no prazo terá sua não participação registrada na ata do julgamento. Não há mais a previsão de que seu voto seria contabilizado como acompanhando o relator. Quando for possível a sustentação oral, os habilitados poderão encaminhá-la até 48 horas antes do início do julgamento, e mesmo após iniciado, os advogados e procuradores poderão prestar esclarecimentos sobre matéria de fato por meio do sistema de peticionamento eletrônico do STF, os quais serão automaticamente disponibilizados no sistema de votação dos ministros. O relatório e os votos inseridos no ambiente virtual serão disponibilizados no sítio eletrônico durante a sessão de julgamento. A íntegra da resolução está disponível no site do Supremo. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Resolução 642 de 14/06/2019**. Dispõe sobre o julgamento de processos em lista nas sessões presenciais e virtuais do Supremo Tribunal Federal. Brasília: DJE/STF, n. 131, p. 1-2, 17 junho 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/servicos/normativos/veratonormativo.asp?documento=2761>. Acesso em 06 jan. 2021).

⁶³ Nos termos do art. 5º-B do RISTF, a sessão virtual extraordinária poderá ser convocada pelo Presidente do STF ou pelos Presidentes das Turmas em caso de excepcional urgência, a pedido do relator, e terá seu prazo fixado no respectivo ato convocatório. Até dezembro de 2021, 7 processos haviam sido submetidos à decisão nesse ambiente (ADI 6294; pedido de medida cautelar na ADPF 874; referendo da medida cautelar na ADPF 848; ADPF 849; pedido de tutela provisória incidental na ADPF 756; MS 37933; e pedido liminar na Rcl 47470). Desses, 3 processos (MS 37933, APDF 756 e ADPF 849) estavam relacionados a pedidos de interrupção dos preparativos para a realização da Copa América de 2021 no Brasil.

⁶⁴ Da análise quantitativa dos dados que serão analisados na quinta seção, verifica-se que no interregno temporal de 10 anos entre 2010 e 2020 houve um aumento expressivo de liminares individuais em ações do controle concentrado: 102 em 2010 e 272 em 2020.

⁶⁵ Miguel Gualano de Godoy e Eduardo Borges Espínola Araújo promoveram um levantamento dos processos do controle concentrado julgados pelo STF no plenário virtual nos meses de abril, maio e junho de 2020: foram 147 julgamentos, nos quais em 143 prevaleceu o voto do relator. Apenas em 4 o relator foi vencido. Além disso, de 147, 68 foram julgados por unanimidade e 79 por maioria. Destes, as maiorias “apertadas” (7X4 ou 6X5) foram poucas. Os dados mostram, segundo os autores, “um tribunal de solistas, com pauta virtual e decisões sempre dependentes de ministros individualmente, com julgamentos formalmente colegiados, mas pouco deliberativos, com possível uso opaco e resultados decididos pelo voto do relator por ampla maioria”. (ARAÚJO, Eduardo

se como exemplo a petição assinada por advogados e ex-ministros ao presidente do STF⁶⁶, e favoráveis, especialmente de advogados que reclamam por uma maior celeridade nos julgamentos da corte⁶⁷. Em que pese as alterações paulatinamente promovidas na sistemática de julgamento, especialmente a disponibilização dos votos concomitante ao julgamento e a possibilidade de os advogados realizarem esclarecimentos durante a sessão, promovidas pela Resolução n° 675/2020, a cautela quanto à transparência e o debate, deve (ou deveria) ser maior quando se trata de julgamentos sobre a constitucionalidade de uma lei.

Em suma, a concessão mocrática de liminares enfrentou uma confusão procedimental desde os seus primórdios, fundindo-se os requisitos da tutela provisória em controle concreto aos requisitos da tutela em abstrato. A jurisprudência vem moldando o procedimento ao arrepio da Constituição e da lei e o adapta aos seus próprios anseios, ora incorporando-os de maneira informal, como é o caso da admissão do deferimento individual mesmo fora dos períodos de recesso, ora de maneira formal, como se tem com a alteração do Regimento Interno promovida pela Emendas n° 52 e 53, que incorpora ao texto regimental a tendência de monocratização das decisões liminares em controle abstrato.

4.3 Conteúdo e natureza jurídica das liminares

A Constituição não prevê a substância que o provimento liminar pode assumir. A Lei n° 9.868/99 não define o conteúdo que pode ostentar a liminar em ADI, e o art. 12-D prevê uma cláusula de abertura para a ADO, admitindo que ela consista em qualquer providência que o

Borges Espínola; GODOY, Miguel Gualano de. Plenário virtual ampliado: o que temos e vemos até agora? **JOTA**, 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/plenario-virtual-ampliado-o-que-temos-e-vemos-ate-agora-22052020>. Acesso em: 17 jul. 2021; ARAÚJO, Eduardo Borges Espínola; GODOY, Miguel Gualano de. O plenário virtual no STF: individualismo, vazão e outras tendências. **JOTA**, 2020. Disponível em: https://www.jota.info/stf/supra/o-plenario-virtual-no-stf-individualismo-vazao-e-outras-tendencias-20082020#_ftnref1. Acesso em: 17 jul. 2021). Disponível em: https://www.jota.info/stf/supra/o-plenario-virtual-no-stf-individualismo-vazao-e-outras-tendencias-20082020#_ftnref1. Acesso em: 17 jul 2021.

⁶⁶ A crítica recaiu especialmente sobre a falta de transparência e publicidade e por não ser possível a participação plena dos advogados. A sistemática de julgamento eletrônico foi sendo paulatinamente alterada desde a petição, conforme já analisado nas notas de rodapé n. 58 e 59 da seção 4.2, mencionando-se como exemplo o fato de que antes os votos dos ministros apenas eram disponibilizados quando da publicação do acórdão, e agora o é durante a própria sessão de julgamento (art. 2°, § 2°, da Resolução 642/2019, com redação dada pela Resolução 675, de 11 de abril de 2020). A íntegra da petição pode ser visualizada no link: <https://www.jota.info/stf/do-supremo/advogados-dentre-os-quais-6-ex-ministros-do-stf-peticionam-contra-plenario-virtual-16042020>. Acesso em: 17 jul 2021

⁶⁷ DOURADO, Gabriela. A evolução do julgamento virtual no STF. **JOTA**, 2021. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-evolucao-do-julgamento-virtual-no-stf-14012021#_ftnref2. Acesso em: 17 jul. 2021.

tribunal entenda cabível⁶⁸. Para a ADC, o art. 21 prevê que o provimento poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam o ato normativo objeto da ação até a resolução definitiva⁶⁹. Quanto à ADPF, o § 3º do art. 5º da Lei nº 9.882/99 prevê também a possibilidade de essa consistir na determinação de suspensão dos processos ou dos efeitos das decisões judiciais e acrescenta a possibilidade de tratar de qualquer outra medida que apresente relação com o objeto da ação⁷⁰.

O objetivo direto da liminar varia conforme a espécie de tutela pretendida: se sanar uma omissão, uma violação ou uma divergência inconstitucionais. Mas considerando que o objeto das ações diretas é a preservação da ordem jurídica conforme as normas da Constituição, as liminares visam evitar lesão irreparável à superioridade constitucional para assim garantir a eficácia do futuro provimento final. Especialmente o dispositivo supra mencionado atinente à ADC encontrou resistência doutrinária⁷¹ e jurisprudencial⁷² por aparentemente limitar o poder geral de cautela. Não caberia ao legislador ordinário estabelecer em hipóteses taxativas o conteúdo de um provimento jurisdicional pois compete ao magistrado defini-lo conforme a hipótese e o caso concreto que lhe são postos. A jurisprudência acabou por encampar esse posicionamento, admitindo, inclusive, uma “fungibilidade das medidas cautelares disponíveis no sistema de controle concentrado de constitucionalidade”:

Embora as Leis 9.868/99 e 9.882/99 não prevejam expressamente a fungibilidade, é fato que a jurisprudência desta Corte tem se utilizado de medidas liminares próprias de determinada ação direta em outras. Exemplo disso é a ADI 5.353, de relatoria do saudoso Ministro Teori Zavascki. Ao deferir a medida cautelar na ação que visa à declaração de inconstitucionalidade da Lei Estadual 21.720/15 do Estado de Minas

⁶⁸ Art. 12-F, § 1º: “A medida cautelar poderá consistir na suspensão da aplicação da lei ou do ato normativo questionado, no caso de omissão parcial, bem como na suspensão de processos judiciais ou de procedimentos administrativos, ou ainda em outra providência a ser fixada pelo Tribunal”. (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. Brasília: Congresso Nacional, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm. Acesso em: 25 abr. 2020).

⁶⁹ Art. 21, Lei 9.868/99: “O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade, consistente na determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo”. Ibid.

⁷⁰ Art. 5º, § 3º, Lei 9.882/99: “A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada”. (BRASIL. **Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Brasília: Congresso Nacional, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm. Acesso em: 25 abr. 2020).

⁷¹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 79.

⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 4-6/DF**. Relator: Min. Sydney Sanches, 11 de fevereiro de 1998. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=372905>. Acesso em 05 jan. 2022.

Gerais, o Ministro determinou a suspensão de todos os processos em que se discute a constitucionalidade da lei impugnada. (ADI 5.353 MC-Ref, Relator: Ministro Teori Zavascki; Órgão julgador: Tribunal Pleno; Julgamento em 28.9.2016; Publicação em 1º.2.2018). No mesmo sentido, o Ministro Luiz Fux, relator da ADI 5.316, entendeu cabível a cumulação dos pedidos de declaração de inconstitucionalidade com medida cautelar típica de ADC, ponderando que “não há nada na noção de processo objetivo que seja inconciliável com a cumulação objetiva de demandas de fiscalização abstrata, em particular ADI e ADC” (ADI 5.353 MC, Rel. Min. Luiz Fux, Pleno, DJe 6.8.2015). Também o Ministro Edson Fachin, na ADI 5.409, determinou a suspensão dos processos relacionados à lei impugnada [...] ⁷³

Gilmar Ferreira Mendes, quando trata do instituto em questão, afirma que a adoção de uma teoria radical que limite a atuação da jurisdição constitucional não se coaduna com a realidade do Tribunal, que deve lidar com questões controversas e complexas ⁷⁴. De fato, os operadores do direito deparam-se com a necessidade de resolver questões pragmáticas. Mas o intérprete e o cientista do direito não podem se limitar a fornecer soluções aos problemas de ordem prática que sejam desvinculadas do estudo das bases teóricas que justificam os institutos. A jurisdição constitucional carrega inerentemente consigo os instrumentos típicos da jurisdição, mas não pode aplicá-los de forma desassociada dos pressupostos teóricos do controle de constitucionalidade.

O provimento cautelar é instituto cujas raízes são processuais, devendo-se buscar na disciplina de Direito Processual seus pilares e adaptá-los às exigências constitucionais, uma vez insertos no Processo Constitucional. A liminar no bojo de quaisquer das ações do controle concentrado tem como característica a provisoriedade e como objetivo garantir a eficácia da decisão final, podendo assumir, portanto, a feição que melhor atinja esse propósito. A classificação das medidas urgentes, exposta no item 2.2 conforme os ensinamentos de Ada Pellegrini, em cautelar ou antecipada não se aplica igualmente à fiscalização abstrata. Embora possam assumir feição assecuratória e englobar condutas ou comportamentos que estejam de acordo com o que será declarado na decisão final, essa fixação será consequência da antecipação da tutela pretendida. Por exemplo, na ADPF 848 os Governadores questionaram a constitucionalidade de sua convocação pela Comissão Parlamentar de Inquérito da pandemia instaurada em âmbito federal e liminarmente foi suspensa a convocação. A conduta (autorização para não comparecer) foi consequência da suspensão da convocação após juízo

⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.412/DF**. Relator: Min. Gilmar Mendes, 18 de novembro de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755322724>. Acesso em 06 jan. 2022, DJe de 27/11/2019.

⁷⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei n. 9.868/99**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 324.

sumário que concluiu pela aparência de inconstitucionalidade e pelo perigo da demora, mas não seu objeto direto.

Em controle abstrato o provimento final é sempre a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, não se confunde com o controle incidental, e a relação íntima entre os efeitos da tutela provisória e os da tutela final fazem coincidir os efeitos práticos de ambas. A natureza das liminares é, portanto, antecipatória.

A decisão liminar possui eficácia executiva⁷⁵ pois apta a produzir efeitos concretos no mundo dos fatos. Moreira Alves, quando discorre sobre a suspensão liminar da vigência de uma norma, afirma que mesmo nesses casos não se está a declarar propriamente a constitucionalidade ou inconstitucionalidade, mas a impor comportamentos compatíveis com o futuro pronunciamento para evitar que a norma impugnada produza efeitos negativos⁷⁶. Na prática, a decisão provisória impede que o ato normativo impugnado produza plenamente seus efeitos jurídicos típicos, obstando-os. Emprestando-nos dos termos empregados pelo então ministro Celso de Mello em seu voto na questão de ordem suscitada na ADI 711, aquela possui uma “função inibitória” que abrange as “potencialidades jurídicas emergentes da aplicação da norma questionada”⁷⁷.

4.4 Efeitos da liminar sobre a ordem jurídica

Assim como ocorre quanto ao conteúdo, a Constituição não prevê as possíveis consequências do provimento liminar. A disciplina legal dos efeitos temporais e subjetivos da concessão no caso de ADI está prevista nos §§ 1º e 2º do art. 11 da Lei nº 9.868/99: terá eficácia contra todos (*erga omnes*) e será *ex nunc*, mas faculta ao tribunal conceder-lhe eficácia retroativa (*ex tunc*). Terá, via de regra, efeito repristinatório, vale dizer, torna aplicável a legislação anterior salvo se o tribunal manifestar-se expressamente em sentido contrário. Não há previsão legal sobre os efeitos no bojo de outras ações, mas considerando a natureza

⁷⁵ A expressão “eficácia executiva” é empregada por Teori Zavascki para tratar dos efeitos das liminares: “É justamente isso que ocorre com as liminares deferidas nas ações de controle concentrado: elas antecipam um, alguns ou todos os efeitos habilitados a operar reflexos no plano da realidade – ou seja, *efeitos executivos* – que podem decorrer da futura sentença de procedência” (ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 81).

⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Rp. 1391**. Relator: Min. Celio Borja, 18 março 1987. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=264303>. Acesso em 06 jan. 2022. RTJ 124/81.

⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 711 QO/AM**. Relator: Min. Néri da Silva, 05 de agosto de 1992. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=932>. Acesso em 07 jan. 2022. DJ de 11/06/1993.

antecipatória do instituto e o poder geral de cautela, os mesmos são aplicados em sede de ADC⁷⁸, ADO⁷⁹ e ADPF⁸⁰, de forma que as disposições a seguir analisadas aplicam-se de forma geral às liminares no controle abstrato de constitucionalidade.

Para a jurisprudência, o provimento cautelar reveste-se de “tríplice conteúdo eficaz”: vinculante, geral e repristinatório⁸¹. A eficácia vinculante apoia-se no caráter instrumental da liminar que visa garantir a efetividade e utilidade do provimento final, e como consequência admite-se o ajuizamento de reclamação perante o STF se estiver sendo descumprida⁸². A eficácia geral determina que o conteúdo decisório da liminar incidirá sobre todos (*erga omnes*), sendo qualquer um parte legítima para invocar sua aplicação. Por fim, a eficácia repristinatória evita o vazio normativo e torna aplicável a legislação anterior, caso existente, até o julgamento final e conclusivo sobre o tema. Poderá o Tribunal, contudo, dispor que não se aplicará este último efeito se as circunstâncias assim exigirem, providência que se relaciona, inclusive, com a não taxatividade de seu conteúdo. Vê-se que os efeitos vinculante, subjetivo e repristinatório, em regra, são os mesmos do provimento final.

No aspecto temporal, o dispositivo legal atinente prevê que as liminares produzirão efeitos a partir da decisão, ou seja, não atinge as situações constituídas antes de ser proferida, no que se difere do julgamento final do mérito, mas é possível que o Tribunal atribua efeitos retroativos desde que o faça expressamente. Se não o fizer, a eficácia é *ex nunc* e o termo inicial do tríplice efeito da liminar será, conforme a jurisprudência, a data da publicação da ata da sessão de julgamento no Diário da Justiça da União, sendo desnecessário aguardar a publicação do inteiro teor do acórdão ou seu trânsito em julgado⁸³. Este entendimento aplica-se no caso de concessão pelo colegiado.

⁷⁸ Cf. ADC, RTJ 169/383.

⁷⁹ Cf. ADO, DJe de 01/02/2013.

⁸⁰ Cf. ADPF 10, DJ de 13/09/2001.

⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.843/PB**. Relator: Min. Celso de Mello, 11 de dezembro de 2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7798177>. Acesso em 06 jan. 2022. DJe de 19/02/2015.

⁸² Conforme reconhecido no acórdão da Rcl. 1722: “A circunstância de o julgamento em causa haver sido pronunciado em sede meramente cautelar **não impede que se lhe atribua** – tal como **expressamente** reconhecido pelo **Plenário** desta Corte (RTJ 169/383-384) – a **eficácia vinculante** a que se refere o art. 102, § 2º, da Constituição da República. [...] o eventual **descumprimento**, por juízes ou Tribunais, de **qualquer** decisão do Supremo Tribunal Federal, **especialmente** quando proferida, **como no caso**, com efeito vinculante (CF, art. 102, § 2º), **justifica** a utilização do instrumento constitucional da reclamação, **mesmo tratando-se** de julgamento referente a pedido de medida cautelar, **efetuado** em sede de ação declaratória de constitucionalidade” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Rcl. 1722**. Relator: Min. Celso de Mello, 26 de fevereiro de 2003. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=87190>. Acesso em 07 jan. 2022 DJe de 13/05/2005).

⁸³ O precedente foi estabelecido no julgamento da questão de ordem na ADI 711 (DJ de 05/08/1992) e reiterado diversas vezes pelo STF, mencionando-se como exemplo as decisões na Rcl 2756 (DJ de 10/09/2004) e na Rcl 3309 (DJ de 01/07/2005).

Se a liminar é concedida monocraticamente pelo relator ou pelo presidente a decisão terá eficácia imediata, independentemente de haver ou não referendo pelo plenário. Todos os efeitos próprios do deferimento em *full bench* serão produzidos tão logo seja proferida pois entende-se que o referendo funciona como condição resolutiva da manifestação individual, e não suspensiva⁸⁴. Vale dizer, seus efeitos não estão condicionados à ulterior análise do pedido pelo colegiado, mas poderão ser suspensos se o Tribunal entender que o deferimento deva assumir outro conteúdo. Assim, eventual descumprimento da liminar monocrática, mesmo que não referendada, autoriza o ajuizamento de reclamação tal como o desrespeito à liminar colegiada⁸⁵.

A análise do efeito vinculante, geral, repristinatório e obstativo do instituto sob análise faz concluir que a liminar atinge a vigência do ato normativo impugnado pois afasta sua presunção de constitucionalidade, ainda que provisoriamente, afetando os planos da eficácia e da validade. As consequências jurídicas da decisão de mérito verificam-se também na decisão acautelatória: a norma impugnada deixa de produzir efeitos pois é tida como incompatível com a Constituição e nenhuma relação jurídica é mais regida por ela, aplicando-se, caso existente, a legislação anterior.

Quando discorre sobre o efeito vinculante das liminares, Teori Zavaschi afirma que a razão fundamental que o justifica é que, mesmo que se trate de pronunciamento provisório, já há nele a “palavra do STF sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma” pois é realizada a análise sobre o *fumus boni iuris*⁸⁶. Ou seja, se os efeitos são semelhantes e se também na liminar há a análise da compatibilidade do ato com a Constituição, o procedimento a ser seguido para que seja proferido o provimento provisório e o definitivo deve (ou deveria) ser o mesmo em respeito à presunção de constitucionalidade, tornando-se ainda mais problemático o aumento da concessão monocrática de liminares.

⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.843/PB**. Relator: Min. Celso de Mello, 11 de dezembro de 2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7798177>. Acesso em 06 jan. 2022. DJe de 19/02/2015.

⁸⁵ As Reclamações 6064 e 9835, por exemplo, foram ajuizadas em face do descumprimento de liminares monocraticamente deferidas.

⁸⁶ ZAVASCHI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 86.

5 A CONCESSÃO INDIVIDUAL DE LIMINARES NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

O presente item pretende analisar quantitativa e qualitativamente a concessão monocrática de liminares na jurisprudência do STF. Os pressupostos teóricos do controle de constitucionalidade (seção 2) devem necessariamente estar presentes quando a Corte atua como guardião da Constituição, mas como verificado na seção anterior, nota-se uma tendência do Supremo em conferir maior poder e discricionariedade à atuação individual dos ministros do que ao colegiado, e para ser possível concluir se tal propensão tende à constitucionalidade ou à inconstitucionalidade, ou seja, se os pressupostos teóricos estão incidindo de forma ótima ou não, é necessária a análise empírica. Mais do que o volume de decisões monocráticas, preocupa-se com a ausência de justificativa para subtrair do plenário a análise da liminar sobre a constitucionalidade dos atos impugnados, vale dizer, com a razão pela qual o pedido não está sendo analisado pelo colegiado como determina a Lei nº 9.868/99 em consonância com o art. 97 da Constituição.

Para tanto serão respondidas 3 perguntas quanto às liminares monocráticas: 1) quantas foram concedidas fora do recesso?; 2) quanto tempo permaneceram vigentes?; 3) qual o conteúdo do dispositivo da decisão?; e 4) há o referendo pelo colegiado?

As primeiras duas perguntas são puramente quantitativas, analisando-se a quantidade de decisões e o seu tempo de vigência. As perguntas 3 e 4 são qualitativas pois exigem a análise do conteúdo decisório, mas também expõem os números quanto ao deferimento ou indeferimento, referendo ou não referendo.

Sobre o universo pesquisado, a pesquisa irá abranger as liminares individuais concedidas em sede de ADI, ADO, ADC e ADPF e tomará como base o banco de dados disponibilizado no próprio sítio *online* do Supremo Tribunal Federal¹. Será feito um recorte temporal visto que as estatísticas do STF mostram as decisões proferidas nas ações do controle concentrado a partir de 2000, vale dizer, as que foram autuadas depois de 2000 e as que, autuadas antes, ainda não possuíam sentença de mérito nesse ano. Portanto, a análise de dados será feita levando-se em conta as decisões proferidas no período de 01 de janeiro de 2000 a 20 de dezembro de 2021. A delimitação específica do conjunto e do objeto pesquisado para responder às perguntas será feita no tópico próprio de cada uma.

Ainda quanto ao universo em que estão inseridas as liminares analisadas, ressalta-se que a quantidade de ações do controle concentrado autuadas por ano no STF não sofreu grandes

¹ Vide: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Estatística**. [2022]. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/estatistica/>. Acesso em 06 jan. 2022.

alterações, à exceção de 2020 e 2021, nos quais houve um aumento expressivo de ações ajuizadas. Ao longo dos anos houve também um aumento de ADPFs, que se mostrou gradativo, à exceção também de 2020 e 2021, conforme demonstra a Tabela 1:

Tabela 1 - N° de ações do controle concentrado autuadas no STF:

Ano	ADC	ADI	ADO	ADPF
2000	-	253	-	10
2001	1	210	-	16
2002	-	206	-	10
2003	-	308	-	10
2004	1	277	-	16
2005	1	265	-	24
2006	3	195	-	20
2007	5	159	-	21
2008	2	178	5	32
2009	4	177	3	44
2010	3	152	3	18
2011	4	163	6	20
2012	-	180	3	25
2013	-	189	4	34
2014	2	112	3	15
2015	6	230	7	48
2016	6	194	1	59
2017	6	237	9	68
2018	8	178	5	54
2019	7	241	4	82
2020	8	354	6	135
2021	4	400	9	150
Total:	71	4.858	68	911

Fonte: elaborada pela própria autora

Nem todos os processos de controle concentrado possuem pedido liminar e não necessariamente o pedido é analisado no mesmo ano em que a ação é autuada, mas mostrar a quantidade de autuações visa demonstrar, conforme afirmado, o universo de análise e a razoável estabilidade numérica anual.

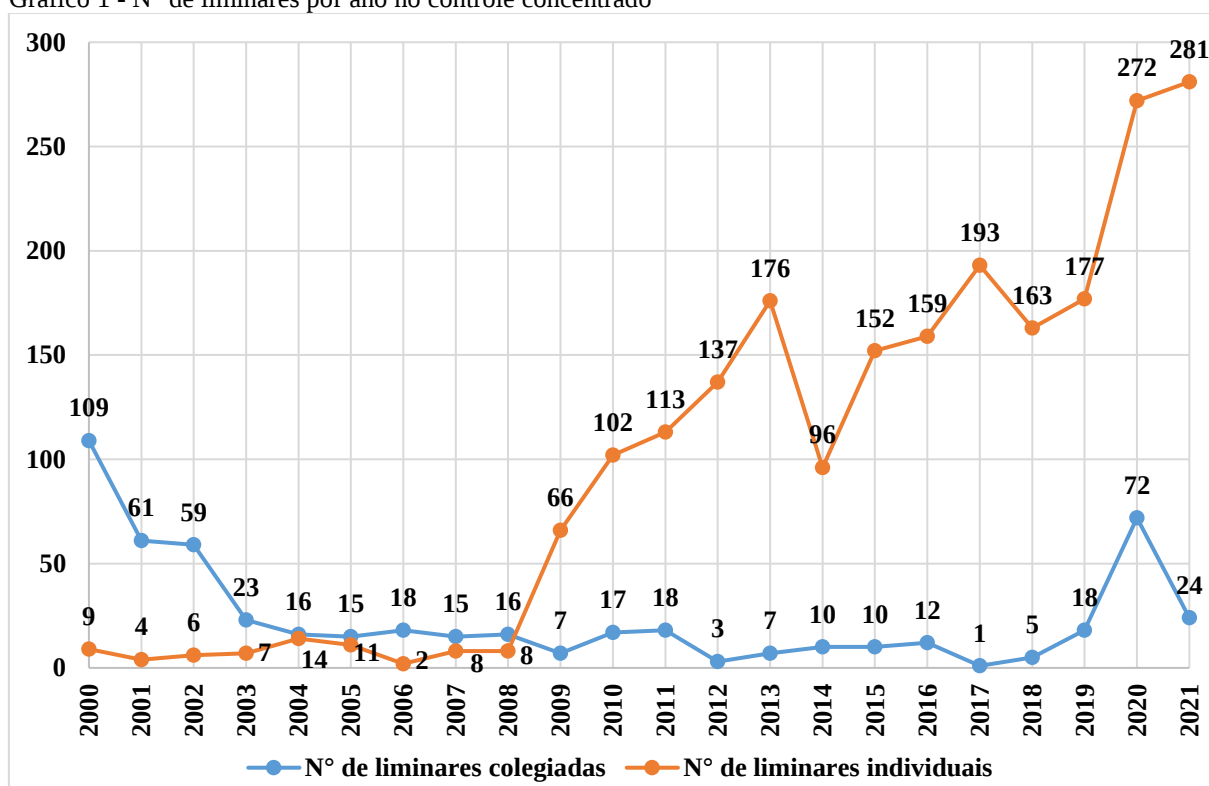
5.1 Análise quantitativa

5.1.1 Quantas liminares foram concedidas individualmente fora do recesso?

Para responder a essa pergunta e ser possível a categorização de dados, verificou-se inicialmente a quantidade de liminares coletadas e individuais no período analisado, a espécie de ação e, por fim, quantas foram proferidas fora do recesso.

De 01 de janeiro de 2000 a 20 de dezembro de 2021 houve 2.692 decisões liminares: 2.156 individuais e 536 coletadas. No universo das individuais, foram contabilizados os deferimentos totais e parciais, indeferimentos e adoção do rito do art. 12 da Lei nº 9.868/99², e no das coletadas, os referendos totais e parciais, não referendos, deferimento totais e parciais e não deferimento. O gráfico 1 abaixo mostra o ano em que foram proferidas:

Gráfico 1 - Nº de liminares por ano no controle concentrado



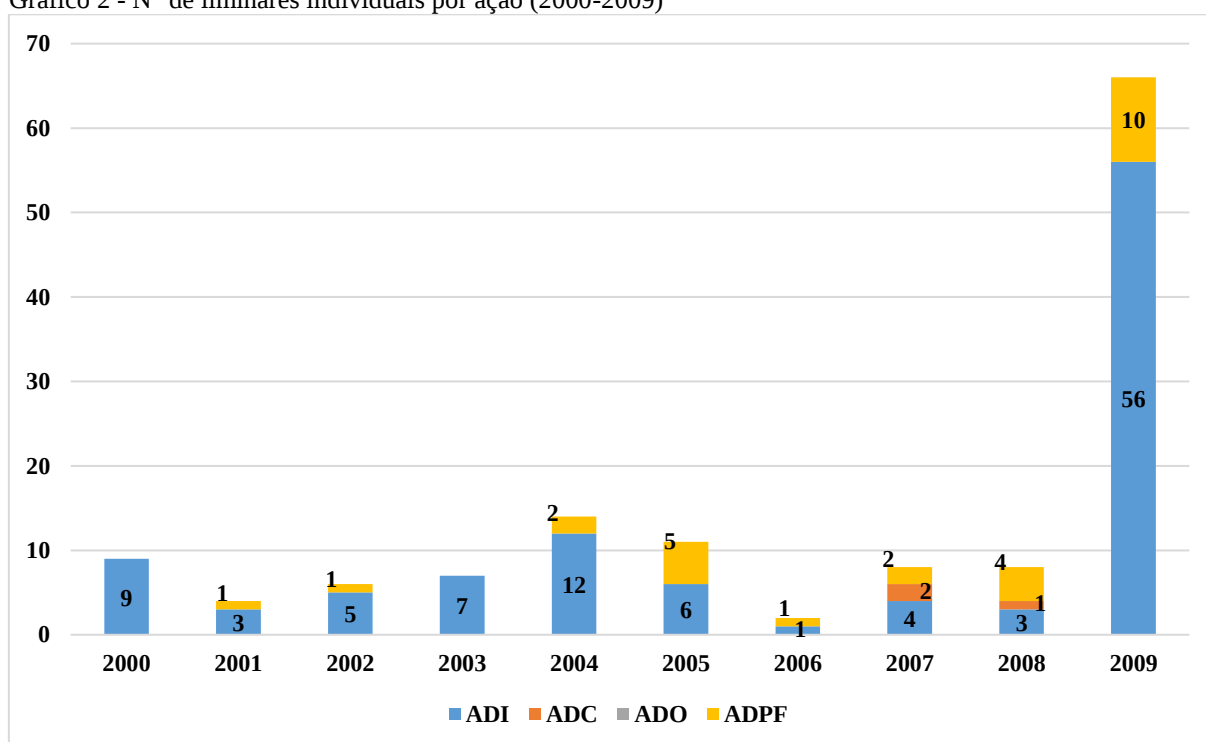
Fonte: elaborado pela própria autora.

² A adoção do rito do art. 12 é classificada como decisão liminar pelo próprio sistema do STF e foi contabilizada na presente pesquisa pela sua relevância numérica (das 2.156 liminares individuais entre 2000 e 2021, 1.665 foram pela adoção do rito do art. 12 da Lei nº 9.868/99, conforme será exposto no item 5.1.2). Apesar de o intuito do legislador ter sido enfrentar o problema de longa vigência das liminares, já identificado desde a década de 1990, o III Relatório Supremo em Números, elaborado pela Fundação Getúlio Vargas com dados colhidos até 2013, mostra que a partir de 1999 mais da metade das ADIs passaram a tramitar pelo rito do art. 12, o que não significou, contudo, brevidade: foram identificadas ações em que a decisão monocrática já havia sido proferida há quase 5 anos (CHAVES, Vitor Pinto; FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar Alberto Martins. **III Relatório Supremo em Números: o Supremo e o tempo**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2014. p. 56).

Extraí-se que até 2008 a quantidade de liminares colegiadas superava as individuais, mas a partir de 2009 há uma inversão desse quadro. Considerando as decisões proferidas por ano, aquelas passam a ser exceção quando comparadas às individuais. Nos anos de 2020 e 2021 houve um maior número de liminares, o que não é de se estranhar considerando o aumento expressivo de ações ajuizadas nesses anos.

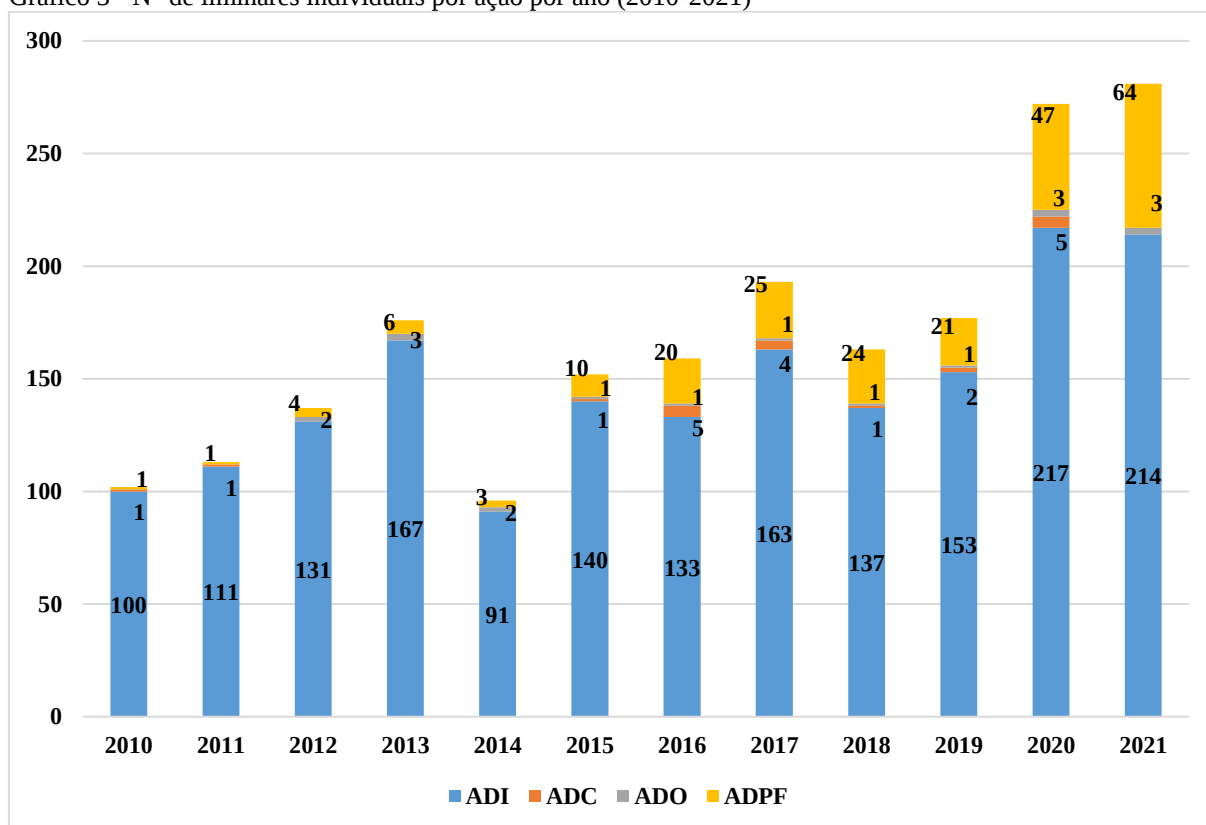
Direcionando a análise especificamente para as individuais, a ação com maior representatividade numérica é a ADI e em todos os anos analisados foi a que também apresentou o maior número de liminares, conforme se infere dos gráficos 2 e 3 abaixo:

Gráfico 2 - N° de liminares individuais por ação (2000-2009)



Fonte: elaborado pela própria autora

Gráfico 3 - N° de liminares individuais por ação por ano (2010-2021)



Fonte: elaborado pela própria autora

Por fim, quanto ao período em que foram proferidas, o art. 78 do RISTF estabelece que os trabalhos do tribunal ficam suspensos durante o recesso e as férias. Estas recaem nos meses de janeiro e julho e aquele compreende os dias 20 de dezembro a 6 de janeiro, inclusive. Durante o recesso e as férias compete ao Presidente do STF decidir as questões urgentes, conforme determina o inciso VIII do art. 13 do RISTF, sendo que o Vice-Presidente o substitui em suas licenças, ausências e impedimentos eventuais³.

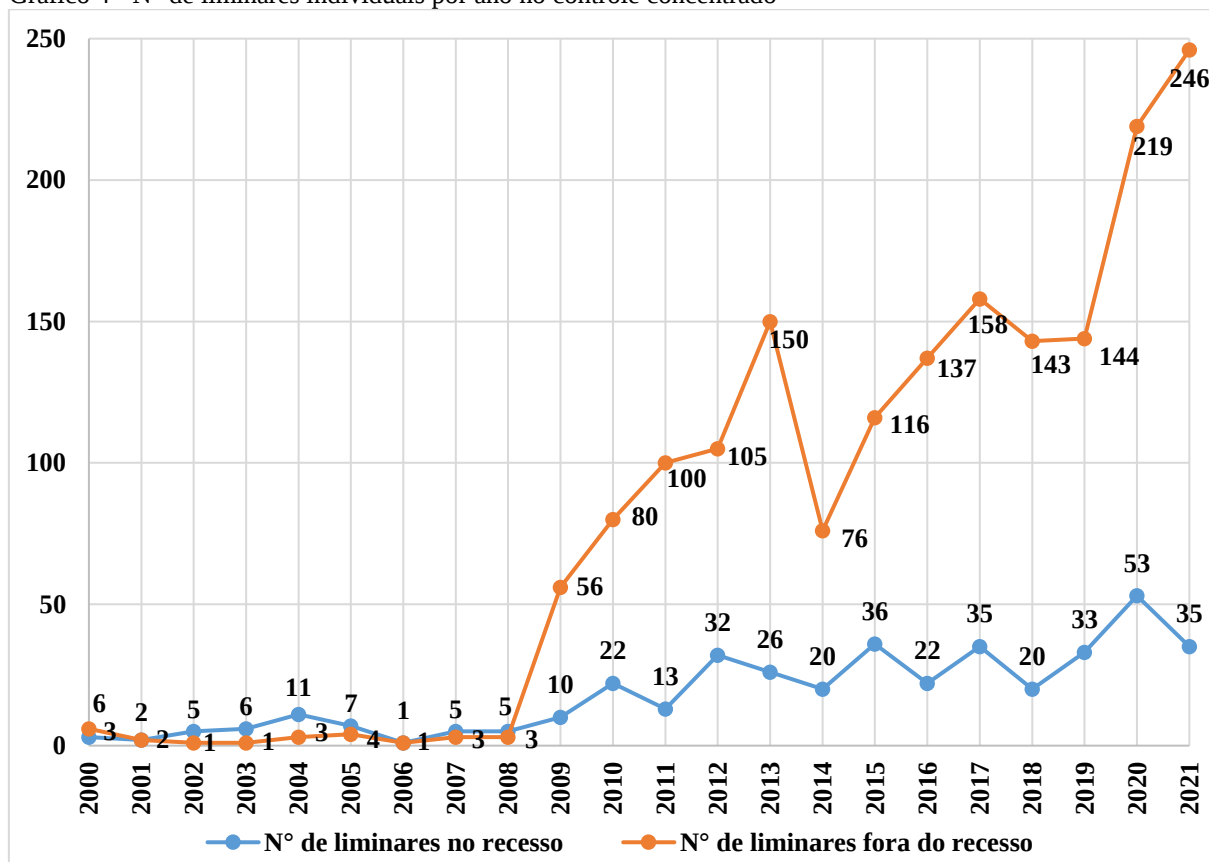
Inicialmente a pesquisa havia considerado como recesso apenas o período de 20 de dezembro a 6 de janeiro. Entretanto, deparou-se com duas dificuldades: 1) há diversas liminares analisadas individualmente no mês de julho, tanto pelo Presidente como pelo relator, em cuja fundamentação consta a justificativa de as atividades do tribunal estarem suspensas; e 2) nos dias anteriores a 20 de dezembro há também diversas liminares individuais, do relator e do Presidente, em cuja fundamentação consta a proximidade do recesso e impossibilidade de análise pelo colegiado em tempo hábil. Não se ignora que este argumento é utilizado muitas

³ Art. 14 do RISTF (BRASIL. **Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 08 jul. 2021).

vezes como subterfúgio temporal para subtrair a análise do plenário, mas esse dado deve ser considerado na análise qualitativa, e não quantitativa. Para esta, o que é relevante é averiguar se as decisões monocráticas estão em sua maioria amparadas pelo texto da lei, cuja razão de ser é evitar o dano irreparável no período em que não é possível a análise colegiada, ou não.

Por isso, o termo “recesso” nessa pesquisa refere-se ao íterim de 01 de dezembro a 31 de janeiro e o mês de julho. Das 2.156 liminares individuais proferidas no período analisado, 402 o foram no recesso e 1.754 fora dele, estando assim subdivididas por ano (gráfico 4):

Gráfico 4 - N° de liminares individuais por ano no controle concentrado



Fonte: elaborado pela própria autora

Até 2008 havia 69 liminares monocráticas, das quais 45 foram proferidas no recesso e apenas 24 fora dele, ou seja, na proporção de aproximadamente 66% no recesso e 34% fora. A partir de 2009, contudo, esse quadro se inverte, e confrontando as informações expostas nos gráficos 1 e 4, dois dados se destacam: 1) o número de liminares individuais cresce exponencialmente quando comparado com as colegiadas; 2) o número de liminares individuais fora do recesso deixa de ser inferior ao do recesso, tendo-se 357 no recesso e 1.730 fora dele.

A proporção se altera e se inverte: ao passo que até 2008 tinha-se aproximadamente 66% no recesso e 34% fora, de 2009 a 2021 tem-se aproximadamente 17% no recesso e 83% fora.

5.1.2 Quanto tempo permaneceram vigentes?

Para responder a essa pergunta foi necessário separar as liminares nas quais o relator decidiu pela aplicação do art. 12 da Lei nº 9.868/99 das demais. Ambas caracterizam-se por serem decisões individuais precárias (e por isso incluídas numericamente nesta pesquisa, conforme explicado na nota de rodapé n. 2 desta seção), mas a divisão entre elas é necessária pois possuem conteúdos distintos. A decisão que adota o rito do art. 12 é relevante para se analisar o tempo que decorre entre uma liminar e a decisão colegiada, mas ela não altera a situação jurídica, ou seja, não é uma análise sumária e individual sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do ato impugnado, é apenas uma decisão sobre o rito a ser seguido para o julgamento.

Sobre o primeiro grupo, no universo de 2.156, 1.665 liminares individuais tiveram como conteúdo a adoção do rito do art. 12 da Lei nº 9.868/99, de forma que a análise temporal volta-se às 491 decisões pertencentes ao segundo grupo, que inclui os deferimentos, indeferimentos, deferimentos parciais e pedidos prejudicados. Os indeferimentos foram também contabilizados pois há ações nas quais o relator indefere a liminar e essa decisão mesmo assim é submetida a referendo do plenário, mencionando-se como exemplo a ADI 2551⁴ e a ADI 3377⁵. A análise avalia o tempo de vigência dessas liminares, ou seja, o tempo decorrido entre a decisão e o final de sua eficácia. O termo final não é meramente o referendo ou o não referendo pois houve diversos casos em que a manifestação do plenário não foi sumária, mas já houve o julgamento do mérito da ação, bem como casos em que o próprio relator, antes de submeter sua decisão ao referendo do colegiado, extinguiu a ação por perda superveniente do objeto. Assim, a pesquisa engloba o tempo decorrido desde a liminar individual até a decisão do plenário que a confirme ou revogue, seja na forma de referendo ou na forma de julgamento de mérito, ou até a decisão

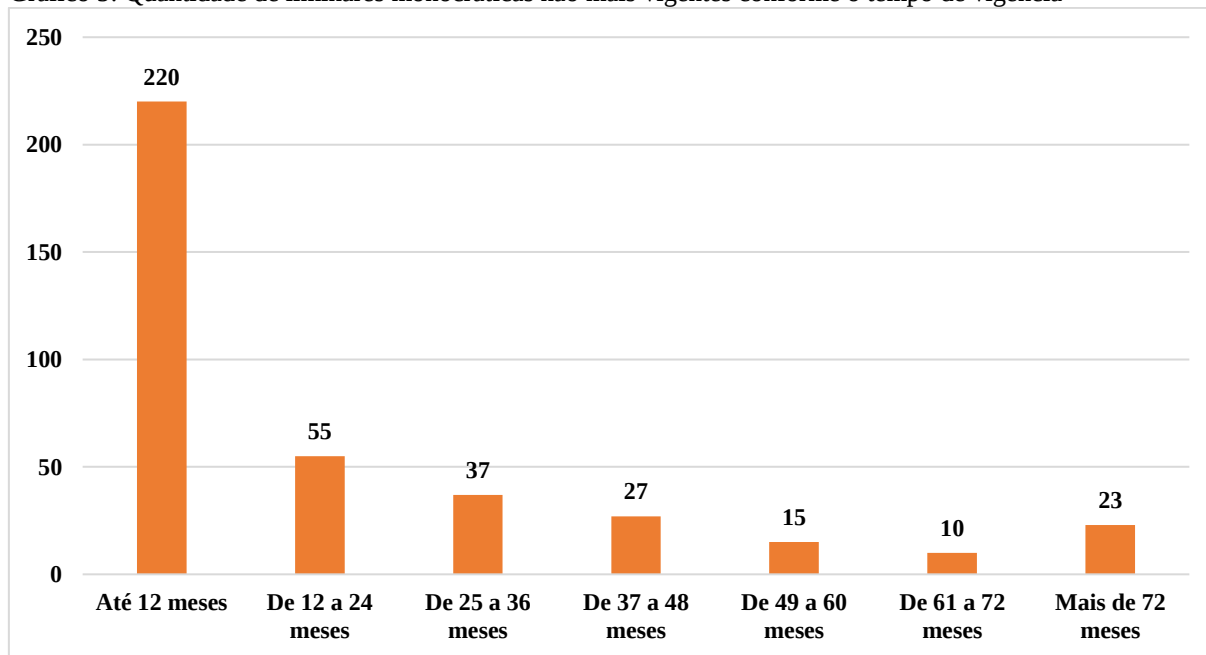
⁴ Decisão monocrática de indeferimento em 20/12/2002 e não referendada pelo tribunal em 02/04/2003 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.551/MG**. Relator: Min. Celso de Mello, 02 de abril 2003. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266148>. Acesso em 06 jan. 2022).

⁵ Decisão monocrática de indeferimento em 17/12/2004 e referendada pelo tribunal em 14/04/2005 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.377/RJ**. Relator: Min. Marco Aurélio, 01 de março de 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755343465>. Acesso em 06 jan. 2022).

monocrática que revoga ou modifica a liminar. Os resultados foram separados em duas categorias, conforme ainda estejam vigentes ou não.

Em dezembro de 2021 havia 387 liminares monocráticas que não estavam mais vigentes e que, em média, produziram efeitos por 1,78 anos, estando assim subdivididas conforme o tempo de vigência (gráfico 5):

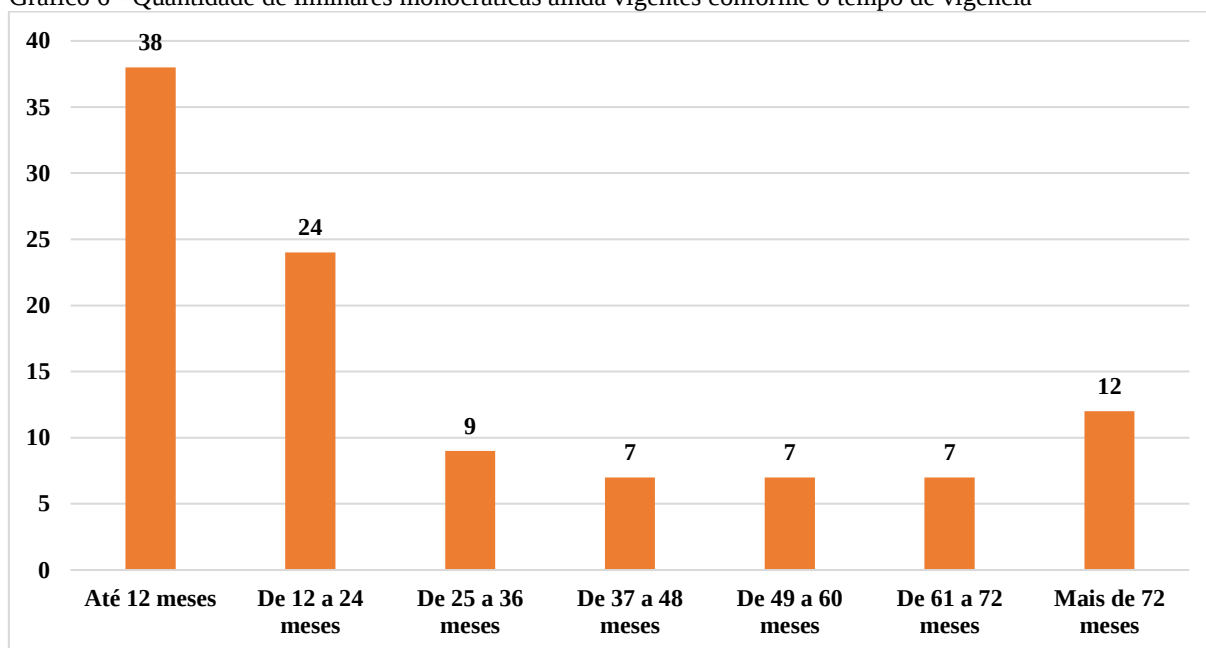
Gráfico 5: Quantidade de liminares monocráticas não mais vigentes conforme o tempo de vigência



Fonte: elaborado pela própria autora

Já as 104 ainda vigentes em dezembro de 2021, com duração média de 2,78 anos, podem ser assim subdivididas conforme o tempo de vigência (gráfico 6):

Gráfico 6 - Quantidade de liminares monocráticas ainda vigentes conforme o tempo de vigência



Fonte: elaborado pela própria autora

Entre as 38 que estão produzindo efeitos há até 12 meses, dezesseis foram proferidas de janeiro a junho de 2021 e vinte e duas, de julho a dezembro de 2021.

Entre as liminares vigentes há mais de 72 meses, tem-se uma proferida em 2005⁶ (vigente há 16 anos), uma em 2009⁷ (vigente há 12 anos), uma em 2011⁸ (vigente há 10 anos), duas em 2013⁹ (vigentes há 8 anos), duas em 2014¹⁰ (vigentes há 7 anos) e cinco em 2015¹¹ (vigentes há 6 anos).

5.2 Análise qualitativa

5.2.1 Qual o conteúdo do dispositivo da decisão?

Como as decisões que adotaram o rito do art. 12 da Lei nº 9.868/99 já foram categorizadas no item anterior, neste item analisou-se as 491 liminares monocráticas do período que tiveram efetivamente pronunciamento sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade

⁶ ADPF 70.

⁷ ADPF 188.

⁸ ADI 4598.

⁹ ADI 4917 e ADI 5017.

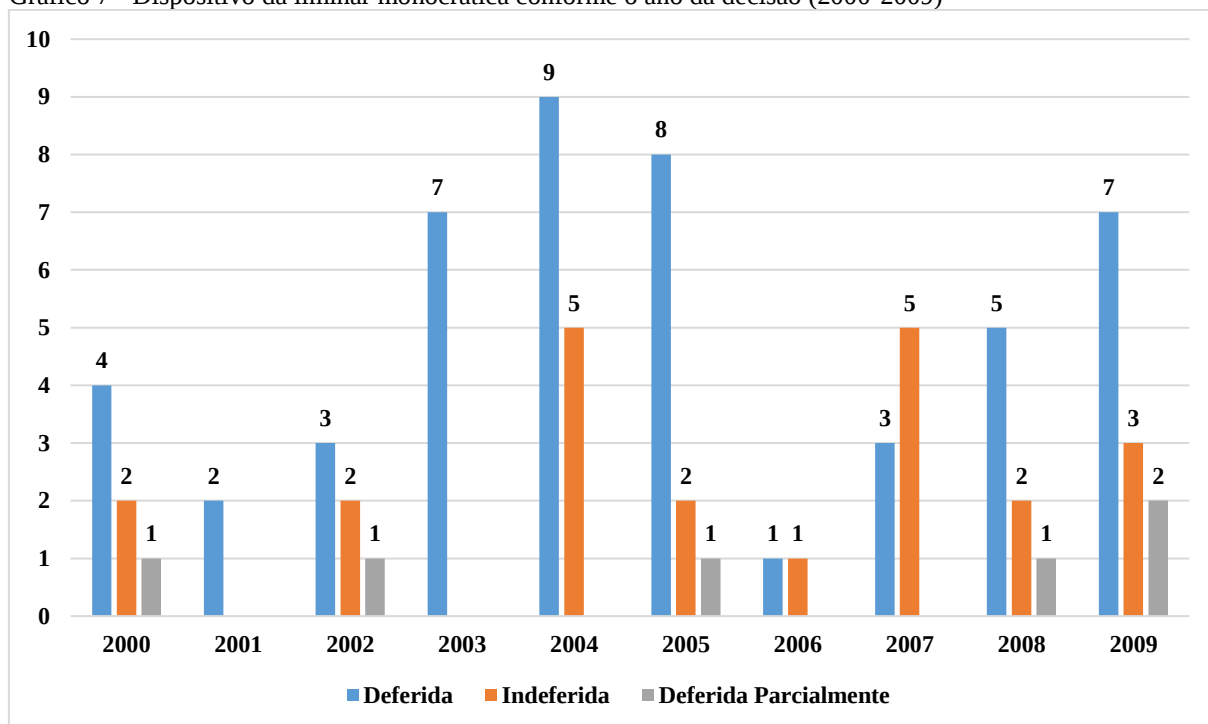
¹⁰ ADI 4598 e ADI 4144.

¹¹ ADI 5298, ADI 5365, ADI 5217, ADI 5399 e ADI 5108.

do ato normativo impugnado. O resultado da análise do dispositivo das decisões foi separado em três categorias: deferida, deferida parcialmente e indeferida.

Em 2000, 2001 e 2016 houve duas decisões, em cada um desses anos, que consideraram prejudicado o pedido liminar¹². Como essas seis decisões foram as únicas com esse dispositivo, não foi criada uma categoria específica para ele para que a leitura do gráfico ficasse mais fluida, constando abaixo as demais 485 decisões, assim categorizadas conforme o ano em que foram proferidas (gráficos 7 e 8):

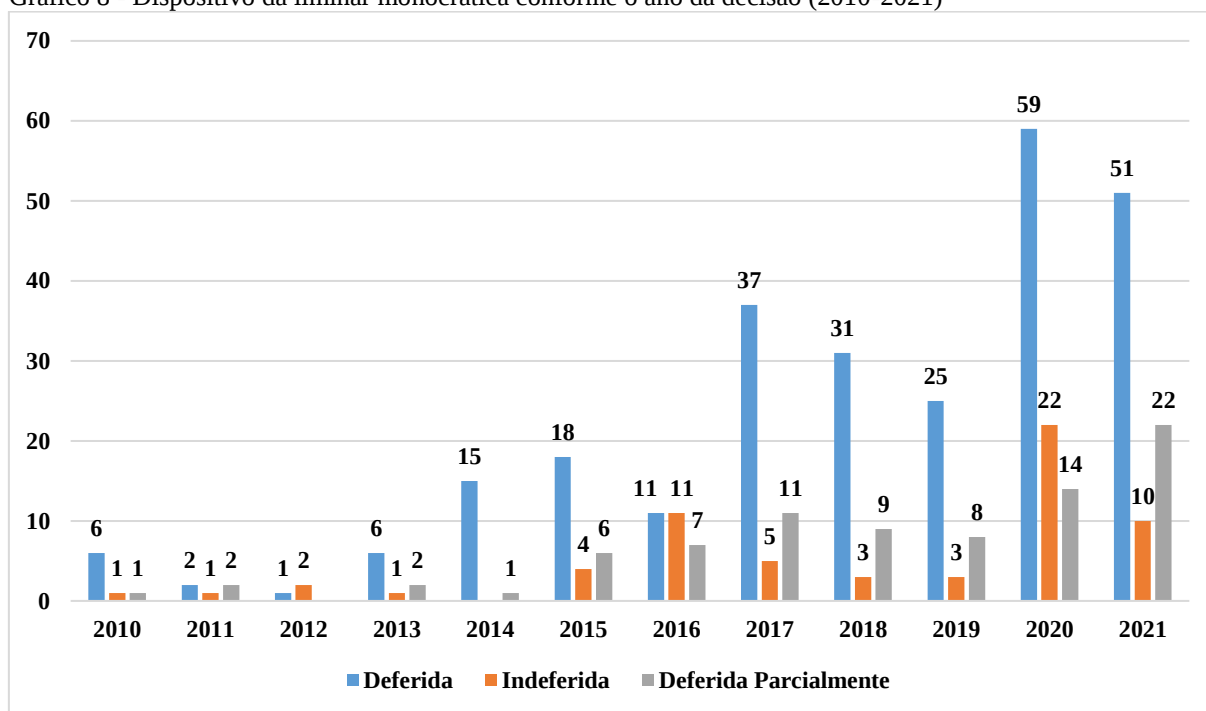
Gráfico 7 - Dispositivo da liminar monocrática conforme o ano da decisão (2000-2009)



Fonte: elaborado pela própria autora

¹² Trata-se das decisões liminares nas ADIs 2200, 2288, 2365 e 2554 e ADPFs 389 e 424.

Gráfico 8 - Dispositivo da liminar monocrática conforme o ano da decisão (2010-2021)



Fonte: elaborado pela própria autora

Quando comparados os dados acima com aqueles expostos no Gráfico 1, verifica-se que tanto a concessão como a não concessão passaram a ser competência muito mais individual do que colegiada, e resta a indagação: como o Tribunal se manifesta com relação a essas decisões?

5.2.2 Há referendo pelo colegiado?

Por fim, a pesquisa levantou os dados sobre o “destino” das liminares monocráticas nas ações do controle concentrado, vale dizer, o que decidiu o plenário quanto a elas. Nem todas foram efetivamente analisadas pelo Tribunal pois houve casos em que elas produziram seus efeitos por um período e a ação foi posteriormente extinta pelo próprio relator, por perda de objeto, por exemplo. Também verificou-se que muitas vezes o Tribunal não analisa apenas a liminar deferida/indeferida, mas já julga diretamente o mérito da ação em análise exauriente, considerando-a procedente ou improcedente.

Assim, o “destino” das liminares foi ordenado nas seguintes categorias, conforme o evento decisório/processual que tenha feito terminar sua vigência¹³: a) prejudicada/extinta a ação pelo relator; b) modificada/revogada a liminar pelo relator; c) referendada; d) não

¹³ O que se denominou de “evento decisório/processual” neste tópico é o mesmo evento que foi utilizado como termo final para fins de avaliar o tempo de vigência das liminares no item 5.1.2.

referendada; e) referendada parcialmente; f) julgada procedente a ação; g) julgada parcialmente procedente a ação; h) julgada improcedente a ação; i) prejudicada/extinta a ação pelo colegiado; j) vigente/não analisada. As categorias “a” e “b” abrangem decisões individuais; “c” até “i” são decisões colegiadas e; “j” são as liminares que ainda estão vigentes e produzindo efeitos (Gráfico 6).

Essa análise qualitativa foi feita por amostragem, selecionando-se as ações que se destacam por haver uma disparidade de tempo. Foram duas as “espécies” de disparidade temporal selecionadas, conforme as tabelas 2 e 3 abaixo.

A primeira “espécie” engloba as ações em que decorre um longo período de tempo entre a autuação e a decisão individual e posteriormente essa é analisada pelo Tribunal rapidamente. Aferiu-se se, de fato, haveria urgência apta a preencher o requisito do *periculum in mora* para a concessão da liminar ou se o relator o teria relativizado, e neste caso de relativização, qual teria sido a postura do colegiado. Para tanto, considerou-se fundamentado e preenchido o requisito do *periculum in mora* apenas nos casos em que havia motivos de fato que autorizavam a concessão monocrática. Considerou-se ausente o requisito quando o relator apenas fez referência genérica a algum dispositivo que em tese permitiria essa atuação (como o art. 21, V, do Regimento Interno do STF) ou a um precedente que teria afirmado essa possibilidade. Em outros termos, considerou-se presente o requisito apenas quando efetivamente demonstrada a inviabilidade fática de submissão do pedido liminar ao colegiado.

Sobre este ponto, destacam-se as ações elencadas na Tabela 2, selecionadas em razão da disparidade entre o tempo decorrido desde a autuação até a decisão individual e desta até a análise colegiada:

Tabela 2 - Ações selecionadas em razão do grande intervalo temporal entre a autuação e a decisão individual

Ação	Data da autuação	Data da liminar individual	Data da análise colegiada
ADI 3829	01/12/2006	22/03/2018	11/04/2019
ADI 4412	11/05/2010	25/11/2019	18/11/2020
ADI 4693	23/11/2011	30/10/2017	11/10/2018
ADI 4843	24/08/2012	30/01/2014	11/12/2014
ADI 5016	16/07/2013	26/03/2018	11/10/2018
ADI 5077	09/12/2013	27/03/2018	25/10/2018
ADI 5529	17/05/2016	07/04/2021	12/05/2021
ADI 5938	26/04/2018	30/04/2019	29/05/2019
ADPF 457	22/05/2017	20/02/2020	27/04/2020

Fonte: elaborada pela própria autora.

O deferimento da liminar é fundamentado na admissibilidade de uma maior discricionariedade e subjetividade do STF para analisar os requisitos da cautelar quando se trata do controle abstrato de constitucionalidade, conforme se infere do seguinte trecho da decisão do relator na ADI 5016:

A concessão de medida cautelar nas ações de jurisdição constitucional concentrada necessita de comprovação de perigo de lesão irreparável (IVES GANDRA MARTINS, Repertório IOB de jurisprudência, n 8/95, p. 150/154, abr. 1995), uma vez tratar-se de exceção ao princípio segundo o qual os atos normativos são presumidamente constitucionais (ADI 1.155, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, DJ de 18/5/2001), conforme ensinamento de PAULO BROSSARD, “segundo axioma incontroverso, a lei se presume constitucional. A lei se presume constitucional, porque elaborada pelo Poder Legislativo e sancionada pelo Poder Executivo, isto é, por dois dos três poderes, situados no mesmo plano que o Judiciário” (A constituição e as leis a ela anteriores. Arquivo Ministério Justiça. Brasília, 45 (180), jul./dez. 1992. p. 139).

A análise dos requisitos do *fumus boni iuris* e *periculum in mora* para a concessão de medida liminar em sede de controle abstrato de constitucionalidade admite maior discricionariedade por parte do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, com a realização de verdadeiro juízo de conveniência política da suspensão da eficácia (ADI 3401 MC, Rel. Min. GILMAR MENDES, Pleno, decisão: 3/2/2005), pelo qual deverá ser analisada a “conveniência da suspensão cautelar da lei impugnada” (ADI 425 MC, Rel. Min. PAULO BROSSARD, Tribunal Pleno, decisão: 4/4/1991; ADI 467 MC, Rel. Min. OCTÁVIO GALLOTTI, Tribunal Pleno, decisão: 3/4/1991), permitindo, dessa forma, uma maior subjetividade na análise da “relevância do tema, bem assim em juízo de conveniência, ditado pela gravidade que envolve a discussão” (ADI 490 MC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno, decisão: 6/12/1990; ADI 508 MC, Rel. Min. OCTÁVIO GALLOTTI, Pleno, decisão: 16/4/1991), bem como da “plausibilidade inequívoca” e dos evidentes “riscos sociais ou individuais, de várias ordens, que a execução provisória da lei questionada gera imediatamente” (ADI 474 MC, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, decisão: 4/4/1991), ou, ainda, das “prováveis repercussões” pela manutenção da eficácia do ato impugnado (ADI 718 MC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, decisão: 3/8/1992), da “relevância da questão constitucional” (ADI 804 MC, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, decisão: 27/11/1992) e da “relevância da fundamentação da arguição de inconstitucionalidade, além da ocorrência de periculum in mora, tais os entraves à atividade econômica” (ADI 173 MC, Rel. Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, decisão: 9/3/1990) ou social.¹⁴

Vê-se, contudo, que os precedentes citados para se admitir essa maior subjetividade foram extraídos de decisões colegiadas e o relator toma para si a competência discricionária que seria, ao menos em tese, do Tribunal. Na ação cujo trecho foi supratranscrito o relator afirma que teria solicitado data para julgamento em 27/09/2017 mas diante do elevado número de processos submetidos ao plenário e da impossibilidade de rápida análise colegiada, convinha deferir a liminar, o que foi feito em 26/03/2018. Sete meses depois (em 11/10/2018) foi julgado

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.016/BA**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 11 de outubro de 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748530141>. Acesso em 06 jan. 2022. DJe de 26/03/2018.

o mérito. A necessidade de comprovação do perigo de lesão irreparável foi relativizada pois, no juízo do relator, havia conveniência política em suspender o ato normativo que já havia sido impugnado há aproximadamente cinco anos.

Na ADI 4843, o relator colacionou a alegação do impugnante em que este sustentava haver *periculum in mora* para afirmar que estaria preenchido o requisito e complementou com o argumento da conveniência pública da suspensão quando a impugnação recai sobre “pontos particularmente sensíveis dos princípios que norteiam a Administração do Estado”, conforme decidido pela corte ao deferir a cautelar pleiteada na ADI 159¹⁵. Não mencionou, contudo, que foi o Tribunal pleno que suspendeu a eficácia do ato normativo impugnado no precedente citado¹⁶.

Este padrão decisório diferenciou-se na ADI 5529. Tratou-se de impugnação ao parágrafo único do art. 40 da Lei nº 9.279/96, que trata da prorrogação do prazo de vigência de patente na hipótese de demora na análise do pedido pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI). Apesar de autuada desde 2016, o Procurador-Geral da República apresentou em 24/02/2021 pedido de tutela provisória de urgência requerendo a suspensão imediata do dispositivo impugnado em razão de fato superveniente, qual seja, a grave crise sanitária ocasionada pela pandemia de Covid-19, que estaria sofrendo os efeitos diretos da vigência do dispositivo¹⁷. O relator solicitou informações ao INPI para averiguar se, de fato, havia conexão entre o dispositivo impugnado e os medicamentos para o enfrentamento do Coronavírus e requereu à Presidência a antecipação da data do julgamento do feito, anteriormente marcado para 26/05/2021, no que foi atendido e o processo incluído na pauta do dia 07/04/2021. O relator enfatiza que:

O pedido de antecipação se deu pelo reconhecimento da urgência na apreciação do feito e da alta relevância da matéria tratada na presente ação, bem como com o fito de **privilegiar o julgamento colegiado** do processo, no qual fosse oportunizado às partes

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.843/PB**. Relator: Min. Celso de Mello, 11 de dezembro de 2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7798177>. Acesso em 06 jan. 2022, DJE de 31/01/2014.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 159/PA**. Relator: Min. Octavio Gallotti, 16 de outubro de 1992. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266227>. Acesso em 06 jan. 2022. RTJ 132/38-39.

¹⁷ O dispositivo impugnado, que permitia a prorrogação do prazo de patentes em caso de demora na análise do pedido pelo INPI, estaria impedindo, nos termos alegados pelo Procurador-Geral da República, a produção de medicamentos genéricos contra o Coronavírus pela indústria farmacêutica, pois há medicamentos cuja patente já teria expirado, não fosse a regra questionada.

e aos *amici curiae* a realização de sustentações orais e fossem obtidas as contribuições dos eminentes pares para o deslinde da controvérsia.¹⁸

Ocorre que no dia marcado a pauta estava atrasada e não foi possível a análise colegiada, mas entendendo que remanesce a urgência, o relator, “em caráter excepcional”, analisou monocraticamente e deferiu em parte a liminar.

A ADI 5529, exceção, fundamentou a concessão monocrática com base em elementos do caso concreto aptos a esclarecer o perigo de irreversibilidade na espera pela análise do colegiado. A análise das demais revela que não foram mencionados argumentos específicos da situação sob análise que justificassem a subtração da competência do Tribunal para deferir a liminar. Todas, entretanto, enfatizaram mais o preenchimento do requisito do *fumus boni iuris* do que o do *periculum in mora*¹⁹, e quando o Tribunal analisou o mérito das ações, nada dispôs acerca da relativização.

Ainda sobre os resultados da análise das manifestações colegiadas, a segunda “espécie” de disparidade temporal analisada englobou as ações nas quais decorre um curto período de tempo entre a autuação e o deferimento individual da liminar, e também depois de poucos dias sobrevém a análise pelo colegiado. Sobre essas, buscou-se aferir os mesmos elementos: se há na fundamentação do pronunciamento monocrático elementos que comprovem a urgência apta a subtrair a competência colegiada ou se, novamente, os requisitos são relativizados e nesse caso qual é a postura do colegiado. Sobre este ponto, destacam-se as ações elencadas na Tabela 3, selecionadas em razão do pouco tempo decorrido entre a autuação até a decisão individual e desta até a análise pelo colegiado:

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.529/DF**. Relator: Min. Dias Toffoli, 12 de maio de 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=757080156>. Acesso em 06 jan. 2022, DJe de 09/04/2021.

¹⁹ Na ADI 4412, o relator dedica 21 páginas para demonstrar a probabilidade do direito e 2 parágrafos para tratar da urgência na concessão, e estes não abordam a razão pela qual não é possível aguardar a decisão colegiada para suspender o ato normativo. Na ADI 4693, são 3 páginas sobre o *fumus boni iuris* e 1 parágrafo sobre o *periculum in mora*. Na ADI 5077, 5 páginas sobre a probabilidade do direito e 1 parágrafo sobre o perigo da demora. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.412/DF**. Relator: Min. Gilmar Mendes, 18 de novembro de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755322724>. Acesso em 06 jan. 2022.; BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.693/BA**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 11 de outubro de 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748544161>. Acesso em 06 jan. 2022.; BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.077/DF**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 25 de outubro de 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748710834>. Acesso em 06 jan. 2022).

Tabela 3 - Ações selecionadas em razão do pequeno intervalo entre a decisão individual e a análise colegiada

Ação	Data da atuação	Data da liminar individual	Data da análise colegiada
ADPF 548	26/10/2018	27/10/2018	31/10/2018
ADI 6062	31/01/2019	29/06/2019	01/08/2019
ADPF 759	06/11/2020	10/12/2020	08/02/2021
ADPF 848	31/05/2021	21/06/2021	28/06/2021
ADPF 850	08/06/2021	05/11/2021	11/11/2021

Fonte: elaborada pela própria autora.

Na ADPF 548 e na ADPF 848 foram apresentadas as razões pelas quais não seria possível aguardar a deliberação colegiada. Na primeira, os autos foram conclusos às 22h38 min de 26/10/2018 e questionavam-se atos judiciais e administrativos que possibilitavam o ingresso de agentes públicos em universidades por motivação político-partidária, havendo urgência agravada por estar-se diante da vésperas das eleições presidenciais de 2018²⁰. Na segunda, determinou-se monocraticamente, em 21/06/2021, tendo em vista que o início das sessões estava previsto para 29/06/2021, a suspensão da convocação dos Governadores dos Estados pela Comissão Parlamentar de Inquérito da pandemia instaurada em âmbito federal. Entretanto, mesmo nesse caso em que havia de fato urgência qualificada e perigo de irreversibilidade da lesão à ordem jurídica, o plenário referendou a liminar em 28/06/2021, antes das oitivas. Nas demais ações, contudo, não se pode afirmar que estava preenchido de forma qualificada o requisito do *periculum in mora* pois não havia um evento na iminência de ocorrer apto a violar de forma irreversível a ordem jurídica²¹. Não se discute o acerto da decisão quanto ao mérito,

²⁰ A decisão liminar determinou a suspensão de atos judiciais ou administrativos que possibilitassem, determinassem ou promovessem o ingresso de agentes públicos em universidades públicas e privadas, o recolhimento de documentos, a interrupção de aulas, debates ou manifestações de docentes e discentes universitários, a atividade disciplinar docente e discente e a coleta irregular de depoimentos desses cidadãos pela prática de manifestação livre de ideias e divulgação do pensamento nos ambientes universitários ou em equipamentos sob a administração de universidades públicas e privadas e serventes a seus fins e desempenhos (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 548/DF**. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 15 de maio de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752896813>. Acesso em 06 jan. 2022).

²¹ Na ADI 6062 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.062/DF**. Relator: Min. Roberto Barroso, 01 de agosto de 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751389836>. Acesso em 06 jan. 2022), o relator justifica a suspensão do ato normativo impugnado no fato de a violação apontada já perdurar há seis meses, não podendo mais ser admitida. Ora, se tratava-se de urgência tão evidente, o pleito poderia/deveria ter sido submetido ao plenário entre os seis meses que se arrastaram desde o ajuizamento da ação até o deferimento monocrático. Já na ADPF 850 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 850/DF**. Relatora: Min. Rosa Weber, 17 de dezembro de 2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6193240>. Acesso em 06 jan. 2022), em 10 de junho a relatora já havia se manifestado na ação pois foi feito pedido de desistência e ela indeferiu. A liminar monocrática de 05/11/2021, deferida sob o fundamento do perigo de danos imediatos e irreparáveis ao erário, foi referendada em sessão virtual extraordinária, com início em 09/11/2021 (às 00h00min) e término em 10/11/2021 (às 23h59min). Ou seja, foi possível convocar sessão extraordinária para referendar a liminar individual 4 dias depois, mas não houve essa convocação nos 5 meses que decorreram desde o ajuizamento até a decisão.

vale dizer, se o *fumus boni juris* estava efetivamente preenchido ou não, mas não houve razoabilidade na subtração da competência do plenário.

Inclusive, a impugnação realizada nos autos da ADPF 759, distribuída por prevenção ao ministro Edson Fachin, já havia sido feita na ADI 6062, na qual o julgamento da liminar foi suspenso pelo pedido de destaque e foi retirado do plenário virtual para ser analisado no plenário físico após terem sido apresentados três votos favoráveis e dois divergentes. O relator, às vésperas do recesso, deferiu monocraticamente a cautelar nos autos da ADPF alegando que haveria risco significativo de perecimento de direitos²², mas não apresentou elementos que justificassem a impossibilidade de aguardar a decisão colegiada. Tratou-se de caso em que a posição individual do ministro não refletia a posição do Tribunal, que não referendou a liminar na ADPF e indeferiu por maioria a cautelar nos autos da ADI 6565. Também é exemplo de situação na qual o relator não demonstrou o preenchimento em concreto do *periculum in mora*, proferiu sozinho e às vésperas do recesso decisão sobre matéria que já estava sob análise do colegiado, e, apesar disso, esse nada dispôs sobre os limites da atuação individual, vale dizer, não discorreu sobre a subtração da competência colegiada.

Por fim, especificamente sobre as decisões colegiadas (categorias “c” até “i”), a pesquisa qualitativa revelou que até 2019 o número de referendos (categorias “c”, “d” e “e”) era baixo e consideravelmente inferior ao número de julgamentos de mérito das ações (categorias “f”, “g” e “h”), ou seja, ao invés de manifestar-se exclusivamente sobre a cautelar requerida, era mais comum que o Tribunal realizasse a análise exauriente do objeto e nessa oportunidade decidisse sobre os efeitos da decisão conforme concluísse pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade do ato normativo questionado. Das liminares de 2019, por exemplo, 3 foram referendadas e 18 tiveram o mérito diretamente julgado.

A partir de 2020, contudo, não mais. Das liminares deste ano, 40 foram referendadas, 7 parcialmente referendadas e 2 não referendadas, em face de 14 julgamentos de mérito. Ou seja, o evento decisório/processual colegiado que se repetiu mais foi o referendo/não referendo e o Tribunal se manifestou mais especificamente sobre as decisões monocráticas. Em números

²² Nos termos do relator: “Dos elementos trazidos aos autos nesta ADPF, deduzo também a existência de um risco significativo de que a demora na decisão possa acarretar o perecimento de direitos. Tratando-se da dimensão institucional das Universidades Federais, evidencia-se a necessidade de manutenção de um arcabouço regulatório para o planejamento e a devida continuidade dos serviços públicos prestados. A controvérsia jurídica aqui delineada pode causar dano irreparável até a decisão final não apenas em razão da incerteza jurídica que acomete os Reitores e Vice-Reitores nomeados e não nomeados. O peso administrativo de possíveis violações à autonomia universitária pode se revelar trágico para os destinos dos mais do que nunca necessários ensino, pesquisa e extensão”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 759 MC-Ref/DF**. Relator: Min. Edson Fachin, 08 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755586024>. Acesso em 06 jan. 2022).

absolutos o número de liminares aumentou consideravelmente no ano de 2020 e por isso não podem ser comparados de forma bruta, mas a proporção revela a mesma informação: em 2019, aproximadamente 14% das decisões colegiadas acerca das liminares individuais foram na forma de referendo e 86% foram julgamento de mérito; já em 2020, 78% foram de referendo e 22% foram julgamento de mérito.

Sobre as liminares deferidas/indeferidas no ano de 2021 ainda não há como apresentar a proporção de forma conclusiva pois muitas ainda não foram analisadas pelo Tribunal: das 83, 38 ainda estão vigentes. As outras 45 já enfrentaram o evento decisório/processual que pôs termo à sua vigência e 34 desses eventos foram manifestações do colegiado.

5.3 Resultado das análises: a regulamentação prática das liminares pela jurisprudência

A análise quantitativa dos dados expostos nos itens anteriores revelam uma mudança procedimental no tocante à concessão de liminares no controle abstrato de constitucionalidade. O instituto sofreu uma gradual transição quanto ao procedimento, silente e significativa, que pode ser abordada sob dois aspectos: 1) as liminares passaram a ser majoritariamente concedidas de forma monocrática, ao invés de colegiadamente, e; 2) as monocráticas deixaram de se restringir aos períodos de recesso ou à sua proximidade para serem concedidas ao longo de todo o ano.

Da resistência e especial preocupação com a justificativa específica do caso concreto para que fosse concedida individualmente fora da hipótese legal (recesso), como se extrai da discussão travada na ADI 3.273 ou mesmo da posição de alguns ministros que entendiam que apenas o colegiado poderia apreciar a liminar²³, passou-se ao emprego de justificativas genéricas que afirmam em abstrato haver *periculum in mora*²⁴ e na fundamentação legal invocam o § 3º do art. 10 da Lei nº 9.868/99 e o inciso V do art. 21 do RISTF²⁵. Parece não haver mais dúvidas de que o ministro, individualmente, tem competência para deferir liminares.

²³ Como exemplo menciona-se a decisão de 17/01/2002 do então Presidente Ministro Marco Aurélio na ADI 2551, que deixa de apreciar o pedido de liminar por entender que sua apreciação é competência do colegiado (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.551/MG**. Relator: Min. Celso de Mello, 02 de abril 2003. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266148>. Acesso em 06 jan. 2022).

²⁴ A título de exemplo, para ilustrar a ausência de fundamentação específica apta a justificar a concessão individual em contrariedade ao que determina o art. 97 da CF/88 e o art. 10 da Lei nº 9.868/99, menciona-se as decisões liminares monocráticas proferidas nas ADIs 4144, 4594, 5125, 5358, 5415, 5441, 5995, 5946, 6308, 6379 e 6457. Não se considerou fundamentada a decisão que apenas fez referência ao art. 21, V, do RISTF ou que não se preocupou em justificar a razão pela qual, naquele caso concreto, não seria possível a análise pelo plenário.

²⁵ Como exemplo, menciona-se as decisões liminares na ADI 6669 e na ADPF 912.

O § 3º do art. 10 da Lei nº 9.868/99 refere-se à possibilidade de o Tribunal dispensar a audiência dos órgãos ou das autoridades interessadas para deferir a medida cautelar nos casos de excepcional urgência, e apesar de não atribuir esse poder aos relatores, o dispositivo é utilizado por eles para tomarem para si as competências do tribunal enquanto colegiado.

O poder geral de cautela que outrora justificou a concessão de liminares nas ações do controle abstrato em um momento que não havia previsão legal para tanto passou a embasar a concessão individual em hipóteses além daquela legalmente admitida (recesso). E não só, mas também promoveu uma generalização implicitamente aceita pela jurisprudência dos requisitos para a concessão: ao invés de demonstrar o preenchimento do *periculum in mora* à luz da tutela abstrata, passou-se a fazer referência de forma genérica à sua presença. Não se pretende depreciar ou substituir os critérios empregados pelos ministros para avaliarem em cada ação se o pedido liminar pode aguardar ou não a apreciação pelo colegiado sem risco de perecimento do direito, mas não se pode considerar que uma decisão que se limita a invocar referidos dispositivos legais para fundamentar o poder monocrático de suspender a eficácia de um dispositivo legal regular e democraticamente aprovado e em vigor esteja de acordo com o art. 97 da CF/88.

Já a análise qualitativa dos dados, por sua vez, revela que a mudança procedimental verificada é problemática sob o aspecto da segurança jurídica e da congruência lógica. A confluência dos resultados obtidos com a análise do tempo de vigência, do conteúdo do dispositivo e do destino das liminares individuais evidencia a falta de segurança jurídica causada pela expansão dos poderes individuais dos ministros e a dificuldade de justificar a subtração da competência do plenário.

Sobre a ausência de segurança jurídica, há temas acerca dos quais não há consenso entre os próprios ministros, o que é natural dentro da estrutura de um colegiado. Mas identificaram-se ações em que as divergências resultaram em instabilidade em razão de decisões proferidas em diferentes sentidos. Como exemplo, na ADI 5447 o Presidente deferiu a liminar durante o recesso (em 07/01/2016) e o relator a revogou dois meses depois (em 11/03/2016). Na ADPF 382 o Presidente a deferiu em 29/01/2016 e o relator, um mês depois (em 29/02/2016), não conheceu e extinguiu a ação. Na ADPF 532 o Presidente a deferiu em 16/07/2018 e o relator, quase duas semanas depois, julgou prejudicada e extinguiu a ação (em 02/08/2018). Na ADI 6218 o então relator Celso de Mello indeferiu a liminar em 13/12/2019 mas foi substituído na relatoria em razão de sua aposentadoria. O novo relator, ministro Nunes Marques, reconsiderou e a deferiu em 15/12/2020. Na ADI 6296 a liminar foi deferida pelo Presidente em 16/01/2020 e revogada pelo relator em 19/03/2020.

Há ainda situações em que a concepção individual do relator não reflete a posição do tribunal enquanto colegiado²⁶, como a já analisada decisão acerca da realização presencial de cultos religiosos durante a pandemia, e mesmo que posteriormente reformada ou modificada, a liminar individual produziu efeitos. Além disso, o engrandecimento do poder monocrático torna difícil estabelecer um padrão decisório. A ADI 5236 é claro exemplo: o relator indeferiu a liminar sob o fundamento de que a norma impugnada foi editada no ano de 2000 e a ação foi proposta em 2015, de forma que não haveria como afirmar que há *periculum in mora*. Entretanto, essa circunstância de longo tempo de vigência da norma não foi impeditivo para o deferimento em diversas outras ações, como na ADI 3829, em que o relator suspendeu em 2018 a eficácia de uma lei de 2006²⁷, e na ADI 4412, em que a impugnação ocorreu em 2010 e a liminar monocrática data de 2019.

Também identificou-se casos em que a ação conta apenas com liminares monocráticas e a ordem jurídica é regida a partir de uma análise sumária e individual por um longo período²⁸, sendo que a impugnação não chega sequer a ser analisada pelo colegiado²⁹.

Sobre a incongruência lógica, a título de exemplo, em janeiro de 2003, foram deferidas seis liminares pelo Vice-Presidente Ilmar Galvão: três foram referendadas³⁰, uma ação foi

²⁶ Os casos de não referendo ou de julgamento improcedente do mérito, após o deferimento da liminar pelo relator, são inúmeros. A título de exemplo, cf. ADI 3124, ADI 3937, ADPF 172, ADPF 167, ADI 4874, ADI 5356, ADI 6363 e ADPF 759.

²⁷ A ADI 3829 foi autuada em 01/12/2006 para impugnar dispositivos da Lei 12.557/2006 do Estado do Rio Grande do Sul. A liminar foi parcialmente deferida pelo relator em 22/03/2018 para suspender a eficácia de alguns dispositivos e, em 11/04/2019, o tribunal julgou a ação parcialmente procedente. A apreciação liminar levou 12 anos e, após, o tribunal julgou a ação em 11 meses (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.829/RS**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 11 de abril de 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749835922>. Acesso em 06 jan. 2022).

²⁸ Na ADI 5946, o relator deferiu uma liminar em 21/06/2018, outra em 10/09/2019 e em 01/07/2020 reconsiderou parcialmente a segunda liminar. O Tribunal apenas julgou o mérito em 24/05/2021. O processo e a ordem jurídica no que tange ao objeto de impugnação foram regidos desde 2018 por pronunciamentos monocráticos e esses sequer foram referendados (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.946/RR**. Relator: Min. Gilmar Mendes, 24 de maio de 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756195014>. Acesso em 06 jan. 2022.). Na ADI 5956, o relator deferiu a liminar em 06/12/2018, reconsiderou e a revogou em 13/12/2018 e a deferiu novamente em 08/02/2019. Até dezembro de 2021 não havia análise da ação pelo plenário e o pronunciamento monocrático ainda estava vigente (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.956/DF**. Relator: Min. Luiz Fux, 07 de fevereiro de 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339492202&text=.pdf>. Acesso em 06 jan. 2022.). Na ADC 16 a liminar foi parcialmente deferida em 13/05/2019 e depois revogada pelo relator em 10/12/2020. O processo ainda não foi julgado e o pedido de liminar ainda não foi analisado pelo colegiado (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16/DF**. Relator: Min. Cezar Peluso, 24 de novembro de 2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>. Acesso em 06 jan. 2022).

²⁹ Os casos de extinção da ação pelo relator após longo tempo de vigência da liminar individual são inúmeros. A título de exemplo, cf. ADI 2272, ADI 2310, ADO 23, ADO 24, ADI 5145, ADI 4812 e ADPF 360.

³⁰ As ADIs 2823, 2828 e 2831.

extinta pelo tribunal em março de 2003³¹, uma foi extinta pelo relator em 2004³² e a outra em 2017³³. Foram decisões proferidas no mesmo mês e sob autorização legal, visto que se tratava do período de recesso, mas tiveram “destinos” diversos. Não é possível prever por quanto tempo uma decisão monocrática irá produzir efeitos³⁴, havendo instabilidade mesmo quando é legalmente admitida. Essa inconsistência também se verifica em tempos mais recentes, mencionando-se como exemplo as três liminares deferidas pelo ministro Gilmar Mendes em abril de 2020: uma produziu efeitos por seis meses antes de ser referendada³⁵, outra por sete³⁶ e a outra ainda estava vigente em dezembro de 2021³⁷.

Ainda sobre a incongruência, há diversas ações em que a proximidade do recesso não foi impeditivo para a deliberação colegiada acerca do anterior pronunciamento monocrático³⁸, e analisando o tempo de vigência, há liminares individuais que foram prontamente referendadas³⁹ ou cujo mérito foi rapidamente julgado⁴⁰, muitas vezes produzindo efeitos apenas por alguns dias. Se é possível que o Tribunal assim reaja diante de casos urgentes que requerem sua rápida resposta, como justificar a subtração dessa competência do plenário para atribuí-la ao relator? Outro exemplo é a ADPF 635, em que a liminar foi deferida monocraticamente em 05/06/2020, referendada em 05/08/2020 e o próprio colegiado em 18/08/2020 deferiu em parte outro pedido de liminar na ação, ou seja, é possível que o pedido seja analisado de forma rápida pelo colegiado se verificada excepcional urgência.

Há situações em que, de fato, esperar o juízo deliberativo do colegiado geraria a irreversibilidade da situação, como nas ADPFs 548 e 848, analisadas no item anterior, mas se a competência para o deferimento foi atribuída pela Constituição ao Tribunal, e se a urgência é

³¹ ADI 2830.

³² ADI 2829.

³³ ADI 2824.

³⁴ Não se pretende adentrar em outras questões identificadas como problemáticas pela doutrina, como o poder de agenda do relator (sobre o tema, remete-se às obras mencionadas na nota de rodapé n. 40 da seção 4.2), apenas apontar que uma decisão monocrática pode produzir efeitos por muito ou pouco tempo, não há como prever, e essa instabilidade temporal é mais grave quando se trata do controle de constitucionalidade abstrato em razão de seu próprio significado.

³⁵ ADI 6350.

³⁶ ADPF 645.

³⁷ ADPF 662.

³⁸ Há diversas ocasiões em que o tribunal se manifestou colegiadamente, às vésperas do recesso, nos autos de ações diretas em que havia liminar individual anteriormente deferida ou indeferida: em 11/12/2014, referendou a decisão na ADI 4843; em 18/12/2018, julgou procedente a ADI 5776; em 19/12/2018, julgou procedente a ADI 5393; em 18/12/2019, julgou parcialmente procedente a ADI 5450; em 19/12/2019, referendou a liminar na ADPF 307 e julgou improcedente o mérito na ADI 5182.

³⁹ Como exemplo: a liminar foi referendada na ADPF 548 três dias após a liminar monocrática. Na ADPF 850, seis dias. Na ADPF 828, oito dias. Nas ADIs 6327, 6341, 6342, 6349, 6359, 6590 e na ADPF 620, este intervalo é de aproximadamente três semanas.

⁴⁰ Como exemplo: Na ADI 5577 e na ADPF 811, o mérito foi julgado três dias após a decisão liminar monocrática. Nas ADIs 5938 e 5529, esse intervalo é de aproximadamente três semanas. Na ADPF 457, dois meses.

naturalmente ínsita à cautelar, nas demais situações em que não há risco de irreversibilidade da situação jurídica, é irrazoável que a subtração da competência do plenário encontre sua justificativa na invocação em abstrato de alguns dispositivos normativos (como o parágrafo 3º do art. 10 da Lei nº 9.868/99 e no inciso V do art. 21 do RISTF). Rememora-se a situação verificada na ADI 5529: o relator, mesmo diante de um caso urgente, requereu a antecipação da data que havia sido inicialmente marcada para julgamento, evidenciando que é possível conciliar a urgência com a análise colegiada.

O plenário virtual tornou ainda mais factível a possibilidade de uma rápida análise pelo colegiado, inclusive o referendo nas ADIs 6308, 6316, 6590, 6821, 6855 e nas ADPFs 635, 715, 709, 848, por exemplo, foram dados no ambiente eletrônico⁴¹. Apesar disso, não diminuiu a competência individual, pelo contrário, a ressaltou. Muitas das críticas feitas a essa sistemática de julgamento foram incorporadas nas Resoluções que a disciplinam e ela foi paulatinamente alterada, mencionando-se como exemplo a já discutida possibilidade de os advogados e procuradores prestarem esclarecimentos sobre matéria de fato durante a sessão, o que não foi suficiente para limitar os poderes monocráticos. Conrado Hübner Mendes e Miguel Gualano de Godoy afirmam que o plenário virtual tem sua faceta positiva por permitir a rápida análise pelo Tribunal, mas da forma como está regulamentado possibilita apenas votações, em que os ministros adentram no ambiente eletrônico, verificam os processos que requerem suas manifestações e inserem, sozinhos, os votos. A votação não se confunde com a deliberação: esta representa a troca de argumentos, pensamentos e razões para ser construído em conjunto o voto que será proferido por cada ministro, enquanto aquela é a mera decisão, tomada a partir de pensamentos individuais. Reforça-se, assim, o “tribunal de solistas”⁴², pois a decisão apenas é deliberativa quando o colegiado a constrói conjuntamente, e não quando os votos/opiniões são meramente somados⁴³.

O aumento do número de referendos verificado a partir de 2020 indica que esses são proferidos apenas para confirmar a posição do tribunal, mas não para estabelecer balizas ao

⁴¹ Há também ações em que o referendo foi dado por meio de videoconferência, como nas ADIs 6349, 6352, 6354, 6359, 6363, 6387.

⁴² GODOY, Miguel Gualano de; MENDES, Conrado Hübner. Plenário Virtual no Supremo: reforço de um tribunal de solistas. **JOTA**, 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/plenario-virtual-no-supremo-reforco-de-um-tribunal-de-solistas-26062019>. Acesso em: 28 dez. 2021.

⁴³ O tema da deliberação tem relação também com a forma de divulgação das conclusões alcançadas pela Corte, que pode ser subdividida em *per curiam* ou *seriatim*. No primeiro, divulga-se uma decisão condensada em um único texto que reúne o resultado da deliberação, e no segundo, a decisão é tomada pela agregação de votos, que se somam para que se obtenha o resultado. Sobre a relação entre os modelos *per curiam* e *seriatim* e o caráter deliberativo ou não deliberativo de uma corte, cf. MENDES, Conrado Hübner. O projeto de uma corte deliberativa. In: Vojvodic, Adriana et al (org.). **Jurisdição Constitucional no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2012.

poder monocrático. Mesmo nos casos em que a decisão individual contraria e/ou não reflete o colegiado, este não aborda os limites à atuação monocrática pois há, em verdade, uma resistência implícita dos ministros em enfrentar a questão. Nos termos postos por Miguel Gualano de Godoy, “O silêncio do Plenário é gritante”:

[...] a mudez que toma conta do Plenário coloca o STF como instituição que acaba por fazer pouco caso do Poder Legislativo [...] o Supremo passa a mensagem de que seus ministros são livres para agirem sozinhos, seu Presidente é discricionário na agenda, e o órgão que deveria ser o mais forte do STF – o Plenário – é, quando muito, condescendente, ou quando pouco, omissivo. Tudo isso sem fundamento constitucional ou legal subjacente [...]⁴⁴

Traz-se a ADPF 567 como mais um exemplo da diminuição e silêncio do Plenário: em 01/04/2019 o relator deferiu a liminar mas em 27/06/2019 reconsiderou a concessão, quando então afirmou “REVOGO A MEDIDA CAUTELAR anteriormente concedida, para RESTAURAR A EFICÁCIA da Lei 16.897/2018 do Município de São Paulo, até o julgamento de mérito da presente Arguição”⁴⁵. O plenário não chegou sequer a analisar o pedido liminar e a ação foi à deliberação do colegiado apenas para ser decidido o mérito, ocasião na qual não se abordou a adequação ou inadequação do procedimento adotado pelo relator⁴⁶.

Em suma, com base nos dados fornecidos pela jurisprudência, tem-se que o procedimento atualmente adotado para a concessão de liminares é, via de regra, a deliberação monocrática. A análise colegiada vem depois, para afirmar a posição do Tribunal sobre o tema e confirmar a competência individual do relator para deferir a liminar. Contudo, conforme apontado, o problema é a inexorável insegurança jurídica e a incongruência lógica para justificar o desrespeito ao art. 97 da CF/88. O dispositivo constitucional tem uma razão de ser e o procedimento vai de encontro à preservação da estabilidade democrática, sendo imperativo o respeito à reserva de plenário em todo o processo de controle, inclusive quando do deferimento de liminares. A ordem democrática e a presunção de constitucionalidade são afetados não só pela decisão final de mérito, mas também pela decisão liminar.

⁴⁴ GODOY, Miguel Gualano de. O Supremo contra o processo constitucional: decisões monocráticas, transação da constitucionalidade e o silêncio do Plenário. **Rev. Direito e Práx.**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, p. 1034-1069, 2021. p. 1057.

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 567/SP**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 01 de março de 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755453524>. Acesso em 06 jan. 2022. DJe de 01/07/2019.

⁴⁶ Ibid., DJe de 29/03/2021.

5.4 O *periculum in mora* e a liminar no controle de constitucionalidade abstrato

A análise quantitativa e qualitativa da jurisprudência do STF aliada ao estudo acerca dos pressupostos teóricos do controle de constitucionalidade levaram à conclusão exposta ao final do tópico anterior, qual seja, a necessidade de se observar a reserva de plenário tanto na decisão final como na provisória. Ocorre que os dados apontaram também para uma tendência que, apesar de não constituir objeto do presente trabalho, deve ser apontada pois decorre diretamente das informações levantadas: o encolhimento do requisito do *periculum in mora*. Em todas as decisões analisadas o relator, para deferir o pleito liminar, afirmou estar preenchido o requisito em questão, mas em diversas ações ele foi generalizado em afirmações como “risco à ordem jurídica”⁴⁷ e/ou teve sua importância diminuída em face do peso dado ao *fumus boni iuris*⁴⁸.

Essa tendência já foi verificada na doutrina estrangeira, mas no bojo de processos de índole subjetiva de jurisdição ordinária⁴⁹. O direito comparado tem analisado o fenômeno da expansão das cautelares e sua transformação em verdadeiras medidas urgentes, antecipatórias e satisfativas. Haveria uma gradual superação de sua classificação em cautelar ou antecipada para assumirem a roupagem de tutelas urgentes que permitem a operatividade concreta dos provimentos jurisdicionais. Seriam as medidas que materializam a satisfação antecipada, no todo ou em parte, do direito que se reveste de suficiente plausibilidade e probabilidade para assim evitar situações incondizentes com a futura decisão final⁵⁰. Com tais constatações, Roberto Berizonce alerta para o engrandecimento dessa espécie de tutela em detrimento das garantias de defesa e para a necessidade de compatibilizá-las com as situações de urgência⁵¹.

A doutrina nacional também já tratou desse fenômeno na jurisdição infraconstitucional⁵², e especificamente quanto aos processos objetivos, há análises sobre a urgência que justifica a concessão de cautelares⁵³. Gabriel Pintaúde afirma tratar-se de uma

⁴⁷ Cf. os exemplos já mencionados na nota de rodapé nº 24 da seção 5.3.

⁴⁸ Cf. os exemplos já mencionados na nota de rodapé nº 19 da seção 5.2.2.

⁴⁹ Vide: BIAVATI P., **Tendencias recientes de la justicia civil en Europa**. RDP Rubinzal-Culzoni: Buenos Aires, 2008. p. 513-516; GARCIA, A. HERRERA. **El derecho de amparo en el mundo**. Porrúa: México, 2006. p. 1250-1252.

⁵⁰ BERIZONCE, Roberto Omar. Medidas cautelares, anticipatorias y de urgencia en el proceso de amparo. **Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**; año 7, n. 40, p. 417-432, 2010. p. 419.

⁵¹ Ibid., p. 428.

⁵² CASTRO, Daniel Penteado de. **Antecipação da tutela sem o requisito da urgência: panorama geral e perspectivas**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

⁵³ PIGNATARI, Alessandra Aparecida Calvosso Gomes. **O caráter objetivo do processo brasileiro no controle judicial de constitucionalidade: estudo de sua dimensão e de sua compatibilização com as regras do direito processual civil**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

“urgência coletivizada e massificada” e que por isso requer uma remodelação dos requisitos “comuns” exigidos. O autor identifica que as técnicas processuais para evitar o perecimento do direito foram construídas para os processos subjetivos e fala em sua reestruturação para adequá-las aos processos de índole abstrata⁵⁴.

No controle de constitucionalidade, aceitar apenas a probabilidade do direito como requisito autorizador da tutela liminar e generalizar o *periculum in mora* renega a presunção de constitucionalidade e diminui a importância do processo democrático. As normas elaboradas por representantes da vontade popular devem estar em consonância com a Constituição, razão pela qual o órgão responsável pela sua interpretação possui a competência de reconhecê-las como inconstitucionais com todas as consequências que decorrem desse reconhecimento, mas apenas pode fazê-lo após a conclusão do processo previsto para tanto, o que inclui o juízo exauriente. O adiantamento de uma das consequências que decorrem do pronunciamento final apenas se justifica se houver perigo de dano irreparável à ordem jurídica.

O legislador não pode antever todas as hipóteses de perigo e compete ao Tribunal verificá-lo caso a caso, mas a presunção de que desfrutam os atos e normas que emanam dos poderes legítimos obriga a considerar como excepcional a possibilidade de suspender sua vigência ou sua executoriedade⁵⁵. A generalização de um dos requisitos para a concessão da liminar, especialmente se feita por um ministro individualmente, vai de encontro aos pressupostos teóricos do controle.

Na Rcl. 1722, o STF, considerando o binômio necessidade/utilidade e o caráter instrumental da liminar, afirma que essa é compatível com o sistema de fiscalização abstrata pois sua razão de ser é a preservação do direito⁵⁶. Já no julgamento do pedido cautelar da ADI 711, o ministro Carlos Velloso afirma em seu voto que o *periculum in mora* concorre para justificar a conveniência da suspensão⁵⁷. Conjugando ambas as assertivas com os entendimentos doutrinários expostos, não se ignora a possível necessidade de suspensão cautelar do ato normativo impugnado no bojo do processo de índole abstrata por haver

⁵⁴PINTAÚDE, Gabriel. Da urgência no processo objetivo. In: ARMELIN, Donaldo (Coord.). **Tutelas de urgência e cautelares**: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 585.

⁵⁵PERRONE, Daria. El poder de suspensión cautelar en la justicia constitucional: una perspectiva de derecho comparado. **CDP, Cuadernos de Derecho Público**, n. 38, p. 31-53, sep.-dic. 2009. p. 36.

⁵⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Rcl. 1.722**. Relator: Min. Celso de Mello, 26 de fevereiro de 2003. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=87190>. Acesso em 07 jan. 2022. DJ de 07/03/2003.

⁵⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 711 QO/AM**. Relator: Min. Néri da Silva, 05 de agosto de 1992. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=932>. Acesso em 07 jan. 2022. DJ de 10/04/1992.

circunstâncias de fato que impossibilitam a análise póstuma pelo colegiado, mas também não pode ser ignorado um dos requisitos que autorizam sua concessão.

Conforme aferido no item 3.1.3, mesmo no sistema americano de caráter concreto a liminar é tida como excepcional e exige a demonstração cabal dos requisitos autorizadores, e com ainda mais razão deveria sê-lo no sistema abstrato. Neste não se analisa incidentalmente a inconstitucionalidade pois essa é o próprio objeto da ação, ou seja, para que não se viole os institutos basilares do controle, o preenchimento do *periculum in mora* deveria estar atrelado à situação de irreversibilidade da violação da ordem jurídica, e não de perigo de dano a um caso especificamente considerado.

Os dados revelaram, portanto, a tendência de o controle de constitucionalidade no Brasil generalizar um dos requisitos ínsitos ao provimento cautelar, assim como a doutrina estrangeira já verificou nos processos de jurisdição infraconstitucional, mas a urgência no processo objetivo deve ser articulada e compatibilizada com a presunção de constitucionalidade, sob pena de mácula à própria supremacia constitucional.

6 CONCLUSÃO

O escopo da presente pesquisa foi trazer considerações que permitissem o debate acerca das liminares no controle de constitucionalidade, mais especificamente, sobre a compatibilidade de seus pressupostos teóricos e de seus princípios com as liminares individuais no controle abstrato brasileiro, visando confirmar ou refutar a hipótese inicialmente levantada. O trabalho científico não visa encerrar o assunto, mas incitar a reflexão. Como afirmado no texto, a importação de modelos e a implantação de institutos sem a devida maturidade causa disfuncionalidades jurídicas que não podem ser ignoradas. A elucidação e os argumentos são, portanto, sempre necessários.

A síntese das conclusões alcançadas podem ser assim enunciadas:

1. Sobre os pressupostos teóricos do controle de constitucionalidade e as liminares enquanto instituto tipicamente processual:

a) A supremacia formal da Constituição exige que os atos normativos estejam em conformidade com as suas disposições. Toda norma que viole sua essência estará eivada de vício de inconstitucionalidade e deve ser extirpada do ordenamento. O procedimento do controle de constitucionalidade também deve observar as normas da Constituição, sob pena de, ele também, violá-la.

b) A regra do *full bench*, ou reserva de plenário, prevista no art. 97 da CF/88, exige o voto da maioria absoluta dos membros do tribunal para que possa ser declarada inconstitucional uma norma, e tem como escopo preservar a legitimidade do processo democrático, a segurança jurídica e a confiança no sistema jurídico. Sua essência é o resguardo da presunção de constitucionalidade das normas que, por sua vez, serve à preservação da democracia, da separação de poderes e sobretudo à segurança jurídica, para que uma norma apenas deixe de produzir efeitos após deliberação.

c) Em vista dos valores caros que a presunção de constitucionalidade pretende assegurar, exige-se a devida argumentação e fundamentação para que seja afastada, e a regra do *full bench* materializa justamente a norma procedimental constitucional que evita seu esvaziamento. É necessária prévia deliberação dos membros de um tribunal para que uma norma oriunda do regular processo democrático possa deixar de produzir efeitos.

d) A liminar é instituto tipicamente processual para assegurar a efetividade da prestação jurisdicional antes que o direito pereça ou seja violado. Exige, para que seja concedida, o preenchimento de dois requisitos: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. O primeiro representa a probabilidade do direito, diante de elementos idôneos; o segundo, a urgência de

uma situação concreta, determinada e factível, não bastando a alegação genérica de que poderia ser causado dano.

e) A liminar enquanto técnica antecipatória, uma vez inserida no bojo dos processos de controle de constitucionalidade abstrato brasileiro, tem como objeto o afastamento provisório da presunção de constitucionalidade do ato normativo impugnado, que deixa de produzir efeitos, tornando aplicável a legislação anterior, e deve estar em consonância com os postulados constitucionais aplicáveis.

f) O controle de constitucionalidade no Brasil surge inicialmente com a previsão na Constituição de 1891 do modelo incidental-difuso sob influência da matriz americana. O modelo abstrato-concentrado insere-se na organização constitucional pátria pela Emenda nº 16/65 por influência da matriz austríaca. A partir da Constituição de 1988, conferiu-se especial ênfase a este último modelo, pretendendo-se uma transição para um sistema de processo objetivo e um tribunal constitucional.

2.a. Sobre as liminares no controle de constitucionalidade americano:

a) O judicial review americano manifesta-se em processos de índole subjetiva em razão de alegada violação concreta a um direito constitucional do requerente e fundamenta-se na superioridade constitucional. Nesses admite-se a liminar (*preliminary injunction*) para suspender a eficácia do ato impugnado quando de sua aplicação houver risco de dano irreparável, demonstrado por circunstâncias materiais, ao direito do postulante, desde que presentes: a) probabilidade do direito; b) probabilidade de dano irreparável; c) ponderação entre ônus e ônus da decisão; d) interesse público.

b) A liminar é considerada um remédio extraordinário e sua concessão exige a efetiva demonstração dos requisitos acima, já que sua finalidade é justamente resguardar a parte da urgência de uma situação concreta e iminente de dano. Como é característico do sistema de controle americano, a liminar concedida em processos subjetivos produzirá efeitos apenas para as partes do processo (*inter partes*), mas se a decisão advier da Suprema Corte americana, que apenas delibera de forma colegiada, produzirá efeitos *erga omnes*.

c) Identifica-se na jurisprudência americana o que se denomina de “*national injunctions*”: são liminares concedidas por *District Courts*, e eventualmente confirmadas pelas *Courts of Appeal*, que suspendem a eficácia do ato normativo impugnado de forma geral (*erga omnes*). As críticas ao instituto reforçam, no que interessa a essas conclusões, a falta de segurança jurídica e a privação do debate que as *national injunctions* acarretam.

d) Aproximando as discussões apresentadas e a jurisdição nacional, extrai-se que, em ambos os sistemas, brasileiro e americano, a liminar: a) gera controvérsia e insegurança

jurídica; b) surge *a posteriori* no sistema de fiscalização de constitucionalidade; c) põe em xeque a segurança jurídica por colocar em atrito a presunção de constitucionalidade de um ato emanado do poder público, substituído por um ato precário do Judiciário. Lá, referida precariedade é caracterizada pela concessão por cortes inferiores, e aqui, pela outorga monocrática por ministros do STF.

2.b. Sobre o controle de constitucionalidade austríaco e a ausência de liminares:

a) O modelo de controle austríaco erige-se em torno do objetivo de proteção à supremacia da Constituição. O processo objetivo instaura-se independentemente de uma violação em concreto a um direito, e o resguardo da esfera jurídica individual será consequência. Kelsen propôs um modelo no qual não é possível o afastamento precário dos efeitos do ato normativo impugnado. A segurança jurídica é um dos fundamentos basilares do modelo concentrado.

b) Atualmente, as reformas constitucionais ampliaram e diversificaram os modos de provocação do controle austríaco, sendo possível inclusive que as partes em um processo requeiram uma decisão da Corte Austríaca sobre a constitucionalidade de uma lei que tenha alegadamente violado seus direitos. A análise que será feita pela Corte, seja o controle provocado incidentalmente ou independente de um caso concreto, é abstrata: não verificará se o direito constitucional do requerente foi violado, mas se a norma impugnada está em conflito com a Constituição ou não.

c) A Corte não possui competência para suspender temporariamente os efeitos do ato normativo impugnado, consequência que apenas pode ser atingida com a decisão final, sempre tomada pelo colegiado.

d) Quando o controle é provocado incidentalmente, os tribunais inferiores podem tomar medidas acautelatórias desde que essas: a) não interfiram com a futura decisão final da Corte; b) não resolvam definitivamente a questão e; c) não possam aguardar o resultado final (urgência). As medidas só irão ser aplicáveis às próprias partes e não poderão atingir o plano de eficácia da norma. Na pendência do processo se mantém a presunção de constitucionalidade/privilegio do legislador, e para evitar prejuízos concretos quando o pedido é feito incidentalmente, a Constituição admite a eficácia retroativa do provimento final aos requerentes, mas não a suspensão provisória.

3. Sobre as liminares no histórico do controle de constitucionalidade abstrato brasileiro e a sua concessão pela jurisprudência do STF:

a) Originariamente, no bojo da Ação de Representação Interventiva, prevista na Constituição de 1946, não se admitia a concessão de liminares. O entendimento jurisprudencial

era que a suspensão de eficácia equivaleria a não vigência, que só poderia ser atingida após decisão de mérito.

b) A Lei nº 2.271/1954 previu a aplicação do rito do mandado de segurança à Representação Interventiva, permitindo que o relator suspendesse a norma impugnada se houvesse relevante fundamento e se do ato pudesse resultar a ineficácia da medida, caso deferida ao final. Extrai-se que a previsão legal de liminares no controle abstrato brasileiro nasceu como incumbência individual e gerou (gera) confusão procedimental, pois transpôs, pura e simplesmente, da tutela subjetiva para a objetiva, os mesmos requisitos exigidos para que seja concedida.

c) A Lei nº 4.337/64 regulou especificamente o rito processual da Representação Interventiva e não autorizou a suspensão provisória da eficácia. A EC nº 16/1965 introduziu na Constituição de 1946 a Representação contra inconstitucionalidade, mas nada dispôs sobre a medida acautelatória.

d) Nesse contexto, os ministros do Supremo Tribunal Federal, em precedente de integração normativa, afirmaram que seria possível a concessão de liminar em Representação contra inconstitucionalidade, em que pese a ausência de permissivo legal específico, sob o fundamento do poder geral de cautela do relator e de previsão genérica no Regimento Interno do Tribunal. Sobreveio a EC nº 77/1977 que constitucionalizou o instituto.

e) Dos votos dos precedentes, extrai-se a confusão entre a tutela abstrata e a concreta, bem como seus desdobramentos, vale dizer, os limites da atuação jurisdicional em cada uma. A lesão em concreto e a lesão em abstrato são distintas, mas o acoplamento dos modelos difuso e concentrado sem um “plano preconcebido” levou ao que foi chamado de “simbiose institucional”.

f) A atual disciplina legal (Lei nº 9.868/99) permite a concessão de liminares em ADI, ADC e ADO mediante o voto da maioria absoluta dos ministros do STF, salvo no período de recesso, sempre ad referendum. Na ADPF (Lei nº 9.882/99), ressalva-se também da competência colegiada os casos de extrema urgência ou perigo de lesão grave. A previsão é dúbia pois o requisito da urgência é (ou deveria ser) ínsito à cautelar.

g) Com base no poder geral de cautela, os ministros não restringem sua atuação monocrática aos períodos de recesso. Quando os demais membros do Tribunal discordam do conteúdo de uma liminar individual, não tecem considerações acerca dos limites do poder monocrático, apenas lhe negam referendo.

h) O plenário virtual foi engrandecido e atualmente permite que liminares de ações do controle concentrado sejam nele julgadas, mas as alterações promovidas no RISTF não foram

acompanhadas de regulamentação quanto aos poderes do relator nessas ações, da restrição para atuação monocrática aos períodos de recesso e tampouco da fixação de prazos para o referendo, mesmo havendo um ambiente que permite a rápida análise pelo colegiado em casos de urgência. Ao contrário, reafirmou a tendência de monocratização das liminares, ao não exigir o respeito à cláusula de reserva de plenário, e das decisões no geral, ao restringir os debates e enaltecer o voto do relator.

i) A liminar nos processos objetivos, seja individual ou colegiada, produz efeitos vinculante, geral, repristinatório e obstativo, atingindo a vigência do ato normativo impugnado, e afastando, ainda que provisoriamente, sua presunção de constitucionalidade.

4. Sobre a concessão individual de liminares na jurisprudência do STF no período de janeiro de 2000 a dezembro de 2021, em sede de ADI, ADC, ADO e ADPF:

a) No total de liminares, 2.156 foram individuais e 536, colegiadas. Considerando a quantidade de decisões por ano, até 2008 as colegiadas superavam as individuais, quadro que se inverte a partir de 2009.

b) Entre as individuais do período analisado (2.156), 402 foram proferidas no recesso (considerado o íterim de 01 de dezembro a 31 de janeiro e o mês de julho), e 1.754, fora dele. É a partir de 2009 que a quantidade fora do recesso passa a superar as do recesso.

c) Em dezembro de 2021, havia 104 liminares individuais vigentes (produzindo efeitos), cuja duração média era, até então, de 2,78 anos.

d) Os dados demonstram que a análise do pedido liminar passa a ser encarado de forma ordinária como competência mais individual do que colegiada, sob o fundamento de uma maior discricionariedade do STF na avaliação dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* quando se trata de controle abstrato. Este fundamento, até então utilizado para o Tribunal suspender provisoriamente os efeitos do ato normativo, passa a ser utilizado pelo relator individualmente. Na maioria das decisões analisadas, não houve argumentos específicos da situação sob análise que justificassem a subtração da competência do colegiado para deferir a liminar.

e) Da análise da fundamentação, extrai-se que os relatores passaram a conferir especial destaque ao requisito do *fumus boni iuris*, em detrimento do *periculum in mora*. Em regra, este é justificado de forma genérica, sem referência a um evento material apto a violar a ordem jurídica de forma irreversível antes da análise pelo colegiado.

f) Em suma, a análise quantitativa dos dados revelou uma mudança procedimental no tocante à concessão de liminares no controle abstrato de constitucionalidade: 1) as liminares passaram a ser majoritariamente concedidas de forma monocrática, ao invés de colegiadamente,

e; 2) as monocráticas deixaram de se restringir aos períodos de recesso ou à sua proximidade para serem concedidas ao longo de todo o ano.

g) Já a análise qualitativa revelou que a mudança procedimental ocasionada pela ampliação dos poderes individuais dos ministros é problemática sob o aspecto da segurança jurídica e da congruência lógica, consoante os exemplos trazidos no texto.

h) Na maior parte dos casos, não houve justificativa plausível para o desrespeito ao art. 97 da CF/88. A liminar afeta a vigência da norma e a presunção de constitucionalidade assim como a decisão de mérito, ainda que de forma provisória, e o procedimento adotado pelos relatores para a sua concessão não encontra guarida no sistema jurídico pois macula os valores que a norma constitucional pretende assegurar.

i) O encolhimento do *periculum in mora* é típico de processos de índole subjetiva de jurisdição ordinária, e quando transposto sem a devida reflexão para as ações do controle concentrado, revela mais uma anomalia do sistema brasileiro, intensifica a insegurança jurídica e diminui a importância do processo democrático e da unidade do ordenamento jurídico. A generalização de um dos requisitos para a concessão da liminar, especialmente se feita por um ministro individualmente, vai de encontro aos pressupostos teóricos do controle.

j) No controle abstrato não se analisa incidentalmente a inconstitucionalidade pois essa é o próprio objeto da ação, ou seja, para que não se viole os institutos basilares do controle, o preenchimento do *periculum in mora* deveria estar atrelado à situação de irreversibilidade da violação da ordem jurídica, e não de perigo de dano a um caso especificamente considerado.

Sobre a origem das liminares, considerando ambos os sistemas matrizes que influenciaram a construção do sistema brasileiro de controle, tem-se que a existência de um provimento cautelar advém de um sistema de controle incidental e não abstrato. Advém de um controle incidental porque a perspectiva desse é a proteção de direitos fundamentais e não a preservação do ordenamento. Os objetivos do sistema são distintos. Se fiel ao modelo de origem (abstrato), seria disfuncional a própria concessão de liminares no bojo dos processos objetivos.

O processo de transposição/importação de institutos típicos do controle concreto, como as liminares, para o controle abstrato, não foi acompanhado na mesma proporção da devida reflexão acerca dos requisitos específicos e das implicações de uma decisão precária que afasta *erga omnes* a presunção de constitucionalidade das normas, especialmente sobre o processo democrático. Também não teve a devida atenção a discussão acerca da legitimidade constitucional de um único ministro para promover a suspensão precária da eficácia da norma, ausência que é agravada levando-se em conta o tempo de vigência das liminares individuais antes de serem ratificadas pelo plenário.

A pesquisa releva, assim, um dos aspectos da situação de desarranjo institucional (interno) do Supremo Tribunal Federal. Embora o constituinte de 1988 tenha conferido especial ênfase ao modelo abstrato, a transição pela qual perpassa o sistema brasileiro, para um processo objetivo, é anômala, pois mantém instrumentos processuais que não são adequados ao que se pretende transitar, que causam insegurança jurídica. As decisões provisórias monocráticas agravam o quadro de desarranjo pois a razão de ser da reserva de plenário é afetada não só pela decisão final de mérito mas também pela decisão liminar: o ato normativo oriundo de regular processo democrático perde sua eficácia e seus efeitos jurídicos típicos são obstados, ainda que temporariamente.

Conciliar a urgência exigida por algumas situações com a rápida resposta jurisdicional é desafio que não encontra resposta pré-definida. A afirmação de Edward Shils de que não há soluções permanentes para nenhum problema importante na vida humana, apenas para os problemas pequenos e transitórios¹, pode ser aqui empregada. Cada sistema legal possui seus próprios vícios e virtudes e não é possível que o legislador estabeleça de antemão todas as situações urgentes que justificam a suspensão monocrática dos efeitos de um ato normativo, mas é fato que, tendo em vista os pressupostos do controle de constitucionalidade, é necessário conciliar a urgência com a presunção de constitucionalidade. Esta não existe por si só, mas encontra guarida em princípios basilares do Estado Constitucional Democrático e que não podem ser desconsiderados. Se o requisito que autoriza a concessão de liminares foi originalmente pensado para os processos subjetivos, então impõe-se sua reestruturação para que o instituto processual esteja adequado aos princípios constitucionais, bem como a definição de limites ao poder monocrático do relator no controle abstrato.

¹ SHILS, Edward. **Tradition**. London: Faber, 1981. p. 323.

REFERÊNCIAS

ABRAHAM, Henry J. **The judicial process**. 7th ed. New York: Oxford University Press, 1998.

AGRESTO, John. **The supreme court and constitutional democracy**. Ithica: Cornell University Press, 1984.

ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda; ASSIS, Araken de. **Comentários ao Código de processo civil**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012.

AMAR, Vikram David. How much protection do injunctions against enforcement of allegedly unconstitutional statutes provide? **Fordham Urban Law Journal**, v. 31, issue 3, p. 657 673, 2004.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello. Controle de constitucionalidade: evolução brasileira determinada pela falta do *stare decisis*. **Revista dos Tribunais online**, v. 920, p. 133, jun. 2012.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello. Tratados internacionais e bloco de constitucionalidade. **Ciência Jurídica em Foco**, v. 1, n. 273, 2008. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cienciajuridica/article/viewFile/723/503>. Acesso em: 25 maio 2020.

ARAÚJO, Eduardo Borges Espínola; GODOY, Miguel Gualano de. O plenário virtual no STF: individualismo, vazão e outras tendências. **JOTA**, 2020. Disponível em: https://www.jota.info/stf/supra/o-plenario-virtual-no-stf-individualismo-vazao-e-outras-tendencias-20082020#_ftnref1. Acesso em: 17 jul. 2021.

ARAÚJO, Eduardo Borges Espínola; GODOY, Miguel Gualano de. Plenário virtual ampliado: o que temos e vemos até agora? **JOTA**, 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/plenario-virtual-ampliado-o-que-temos-e-vemos-ate-agora-22052020>. Acesso em: 17 jul. 2021.

ARGUELHES, Diego Werneck; FALCÃO, Joaquim;; RECONDO, Felipe (orgs). **Onze supremos: o supremo em 2016**. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito; Supra; Jota; FGV Rio, 2017.

ARGUELHES, Diego Weneck; HARTMANN, Ivar Alberto Martins. Mendes e Lula: uma liminar contra o Plenário do Supremo. **JOTA**, 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/mendes-e-lula-uma-liminar-contr-o-plenario-do-supremo-21032016>. Acesso em: 15 jul. 2020.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

ARGUELHES, Diego Weneck; RIBEIRO, Leando Molhano. Ministrocrazia: o Supremo tribunal individual e o processo democrático brasileiro. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, v. 37, n. 01, p. 13-32, jan. – abr. 2018.

ARIGONY, Alexandre Foch. **A presunção de constitucionalidade das leis regulatórias e econômicas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro - RJ, 2019.

AUSTRIAN CONSTITUTIONAL COURT. **G 139/2019-71, 11 December 2020**. 2020. Disponível em: https://www.vfgh.gv.at/downloads/G_139-2019_EN_shortened_Version_Website.pdf. Acesso em 06 jan. 2022.

AUSTRIAN CONSTITUTIONAL COURT. **G 202/2020-20, V 408/2020-20*, 14 July 2020**. 2020. Disponível em: https://www.vfgh.gv.at/downloads/G_202-2020_ua_EN_Version_Homepage.pdf. Acesso em 06 jan. 2022.

AUSTRIAN CONSTITUTIONAL COURT. **G 4/2020-27, 11 December 2020**. 2020. Disponível em: https://www.vfgh.gv.at/downloads/G_4-2020_EN_Version_Homepage.pdf. Acesso em 06 jan. 2022.

AUSTRIAN CONSTITUTIONAL COURT. **U 466/11-18, U 1836/11-13, 14 March 2012**. 2012. Disponível em: https://www.vfgh.gv.at/downloads/VfGH_U_466-11__U_1836-11_Grundrechtecharta_english_2.pdf. Acesso em 06 jan. 2022.

BARBOSA, Rui. **Atos inconstitucionais**. 1. ed. Campinas-SP: Russell Editores, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1997.

BERIZONCE, Roberto Omar. Medidas cautelares, anticipatorias y de urgencia en el proceso de amparo. **Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**; año 7, n. 40, p. 417-432, 2010.

BIAVATI P., **Tendencias recientes de la justicia civil en Europa**. RDP Rubinzal-Culzioni: Buenos Aires, 2008.

BIERLEIN, Brigitte. Separation of powers and Independence of constitutional courts and equivalent bodies. *In: 2nd Congress of The World Conference on Constitutional Justice*, 16-18/01/2011, Rio de Janeiro.

BITTENCOURT, Lucio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BRANCO, Gustavo Conet; COELHO, Imocência Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BRASIL, Constituição de 1934. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934**. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 08 maio 2020.

BRASIL. Constituição de 1937. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937**. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 08 maio 2020.

BRASIL. Constituição de 1946. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946**. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 08 maio 2020.

BRASIL. Constituição de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 abr. 2020.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969**. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Brasília: Diário Oficial, 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm; acesso em 05 jan. 2022.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977**. Incorpora ao texto da Constituição Federal disposições relativas ao Poder Judiciário. Brasília: Presidência da República, 1977. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc07-77.htm. Acesso em: 14 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951**. Altera disposições do Código do Processo Civil, relativas ao mandado de segurança. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça, 1951. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1533.htm. Acesso em 05 jan. 2022.

BRASIL. **Lei nº 4.337, de 1º de junho de 1964**. Regula a Declaração de Inconstitucionalidade para os efeitos do art. 7º item VII, da Constituição Federal (1946). Brasília: Diário Oficial, 1964. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4337.htm. Acesso em 05 jan. 2022.

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. Brasília: Congresso Nacional, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm. Acesso em: 25 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Brasília: Congresso Nacional, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm. Acesso em: 25 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.063, de 27 de outubro de 2009.** Acrescenta à Lei no 9.868, de 10 de novembro de 1999, o Capítulo II-A, que estabelece a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Brasília: Diário Oficial da União, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112063.htm. Acesso em 05 jan. 2022.

BRASIL. **Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.** Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 08 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). **Recurso Extraordinário nº 1.083.955/DF.** Relator: Min. Luiz Fux, 28 de maio de 2019. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+1083955%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+1083955%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y32s6whh>. Acesso em: 29 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). **Recurso Extraordinário nº 361.829/RJ,** Relatora: Min. Ellen Gracie, 02 de março de 2010. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2062630>. Acesso em: 14 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.341/DF.** Relator: Min. Marco Aurélio, 7 de abril de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342881218&ext=.pdf>. Acesso em 05 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.956/DF.** Relator: Min. Luiz Fux, 07 de fevereiro de 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339492202&ext=.pdf>. Acesso em 06 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.638/DF.** Relator: Min. Marco Aurélio, 08 de fevereiro de 2012. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313649707&ext=.pdf>. Acesso em 05 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.547/PR.** Relator: Min. Alexandre de Moraes, 14 de junho de 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho46787/false>. Acesso em 08 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16/DF.** Relator: Min. Cezar Peluso, 24 de novembro de 2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>. Acesso em 06 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 4-6/DF.** Relator: Min. Sydney Sanches, 11 de fevereiro de 1998. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=372905>. Acesso em 05 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.551/MG**. Relator: Min. Celso de Mello, 02 de abril 2003. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266148>. Acesso em 06 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.829/RS**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 11 de abril de 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749835922>. Acesso em 06 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.946/RR**. Relator: Min. Gilmar Mendes, 24 de maio de 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756195014>. Acesso em 06 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.377/RJ**. Relator: Min. Marco Aurélio, 01 de março de 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755343465>. Acesso em 06 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.105/DF**. Relator: Min. Luiz Fux, 01 de outubro de 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4552286>. Acesso em: 25 de abr. de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.273-9/DF**. Relator originário: Min. Carlos Brito, Relator para o acórdão: Min. Eros Grau, 16 de março de 2005. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=408864>. Acesso em 05 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.076/AC**. Relator: Min. Carlos Velloso, 15 de agosto de 2002. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1780165>. Acesso em: 25 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 223-6/DF**. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 5 de abril 1990. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346264>. Acesso em 05 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 807/RS**. Relator: Min. Dias Toffoli, 01 de março de 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=1552972>. Acesso em 10 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 361-5**. Relator: Min. Marco Aurélio, 5 de outubro 1990. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346338>. Acesso em 05 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.412/DF**. Relator: Min. Gilmar Mendes, 18 de novembro de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755322724>. Acesso em 06 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.016/BA**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 11 de outubro de 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748530141>. Acesso em 06 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.843/PB**. Relator: Min. Celso de Mello, 11 de dezembro de 2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7798177>. Acesso em 06 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.693/BA**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 11 de outubro de 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748544161>. Acesso em 06 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.077/DF**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 25 de outubro de 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748710834>. Acesso em 06 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 159/PA**. Relator: Min. Octavio Gallotti, 16 de outubro de 1992. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266227>. Acesso em 06 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.529/DF**. Relator: Min. Dias Toffoli, 12 de maio de 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=757080156>. Acesso em 06 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.477 MC/PR**. Relator: Min. Ilmar Galvão, 25 de abril de 2002. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630037>. Acesso em 06 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 25/DF**. Relator: Min. Gilmar Mendes, 30 de novembro de 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4454964>. Acesso em: 14 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.062/DF**. Relator: Min. Roberto Barroso, 01 de agosto de 2019. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751389836>. Acesso em 06 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.307/PE**. Relator: Min. Celso de Mello, 20 de dezembro de 2000. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4776937>. Acesso em: 08 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 711 QO/AM**. Relator: Min. Néri da Silva, 05 de agosto de 1992. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=932>. Acesso em 07 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.477/PR**. Relator: Min. Ilmar Galvão, 19 de dezembro de 2001. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630037>. Acesso em: 03 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ag. Reg. na Reclamação 10.864 Amapá**, Relatora: Min. Cármen Lúcia, 24 de março de 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1092027>; acesso em 05 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 1/RJ**. Relator: Min. Néri da Silveira, 03 de fevereiro de 2000. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1804019>. Acesso em: 26 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 701/MG**. Relator: Min. Nunes Marques, 03 de abril 2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346073545&ext=.pdf>. Acesso em 06 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 548/DF**. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 15 de maio de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752896813>. Acesso em 06 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 567/SP**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 01 de março de 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755453524>. Acesso em 06 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 850/DF**. Relatora: Min. Rosa Weber, 17 de dezembro de 2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6193240>. Acesso em 06 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 811/SP**. Relator: Min. Gilmar Mendes, 08 de abril 2021. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756267154>. Acesso em 06 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 759 MC-Ref/DF**. Relator: Min. Edson Fachin, 08 de fevereiro de 2021.

Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755586024>. Acesso em jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 309/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio, 25 de setembro de 2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4509496>. Acesso em: 29 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Rcl. 1.722**. Relator: Min. Celso de Mello, 26 de fevereiro de 2003. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=87190>. Acesso em 07 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Representação nº 1.417/DF; Relator: Min. Moreira Alves, 9 de dezembro de 1987. *In: RTJ*, 126/53, Brasília, STF, 1957. P. 48-72.

Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/126_1.pdf. Acesso em: 29 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Representação nº 94, Distrito Federal**. Relator: Min. Castro Nunes, 17 de julho de 1946. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=508961>; acesso em 05 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Rp. 1391**. Relator: Min. Celio Borja, 18 março 1987. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=264303>. Acesso em 06 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Rp. 933**. Relator: Min. Carlos Thompson Flores, 05 de junho de 1975. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=264216>. Acesso em 05 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Ag. Reg. Na Reclamação 11.768 São Paulo**, Relatora: Min. Rosa Weber, 02 de fevereiro de 2016. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10328201>; acesso em 05 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ata da sessão administrativa do STF realizada em 06/06/2019**. Disponível em:

<https://view.officeapps.live.com/op/view.aspx?src=http%3A%2F%2Fwww.stf.jus.br%2Farquivo%2Fcms%2FlegislacaoAtasSessoesAdministrativas%2Fanexo%2FAta01.2019.doc&wdOrigin=BROWSELINK>. Acesso em: 17 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Estatística**. [2022]. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/estatistica/>. Acesso em 06 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS/25024 – Medida Cautelar em Mandado de Segurança/DF**. Relator: Min. Eros Grau, 17 de agosto de 2004. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=162&dataPublicacaoDj=23/08/2004&incidente=3745898&codCapitulo=6&numMateria=117&codMateria=10>. Acesso em 05 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 636.359/AP**. Relator: Min. Luiz Fux, 03 de novembro de 2011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4041098>. Acesso em: 29 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Resolução 642 de 14/06/2019**. Dispõe sobre o julgamento de processos em lista nas sessões presenciais e virtuais do Supremo Tribunal Federal. Brasília: DJE/STF, n. 131, p. 1-2, 17 junho 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/servicos/normativos/veratonormativo.asp?documento=2761>. Acesso em 06 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rp. 466**, Relator: Ministro Ary Franco, decisão de 22 de janeiro de 1962. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=263433>. Acesso em: 25 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rp. 467**, Relator: Ministro Victor Nunes, decisão de 12 de maio de 1961. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=263434>. Acesso em: 25 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 10**. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2008. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula746/false>. Acesso em: 29 abr. 2020.

BRAY, Samuel L. Multiple chancellors: reforming the national injunction. **Harvard Law Review**, v. 131, n. 2, p. 417-482, dec 2017.

BRYCE, James. **Constituciones flexibles y constituciones rígidas**. 2. ed. Madri: Institutos de Estudios Politicos, 1962.

BUZAID, Alfredo. **Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1958.

CAMPOS, Francisco *apud* BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Processo nº 5.507/84**. Relator: Des. Graccho Aurélio, 17 de maio de 1984.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984.

CARVALHO, Ernani. Trajetória da revisão judicial no desenho constitucional brasileiro: tutela, autonomia e judicialização. **Revista de Sociologias**, Porto Alegre, ano 12, nº 23, p. 176-207, jan./abr. 2010.

CASTRO, Daniel Penteado de. **Antecipação da tutela sem o requisito da urgência: panorama geral e perspectivas**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

CHAVES, Vitor Pinto; FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar Alberto Martins. **III Relatório Supremo em Números: o Supremo e o tempo**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2014.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Ação direta de inconstitucionalidade. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p. 99-116, abr.-jun. 2010.

CLINTON, Robert Lowry. Game theory, legal history, and the origins of judicial review: a revisionist analysis of Marbury v. Madison. **American Journal of Political Science**, v. 38, n. 2, p. 285-302, may 1994.

COOLEY, Thomas McIntyre. **A treatise on the constitutional limitations which rest upon the legislative power of the states of the American Union**. 5. ed. Boston: Little, Brown, and Company, 1888.

CORNELL LAW SCHOOL. **28 U.S. § 1651 - Writs**. Legal Information Institute, [2022]. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/1651#a>. Acesso em 06 jan. 2022.

CORNELL LAW SCHOOL. **28 U.S. Code § 2284 - Three-judge court; when required; composition; procedure**. Legal Information Institute, [2022]. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/2284>. Acesso em 06 jan. 2022.

CORNELL LAW SCHOOL. **First Amendment**. Legal Information Institute, [2022]. Disponível em: https://www.law.cornell.edu/constitution/first_amendment. Acesso em 06 jan. 2022.

CORNELL LAW SCHOOL. **Rule 65. Injunctions and Restraining Orders**. Legal Information Institute, [2022]. Disponível em: https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_65. Acesso em 06 jan. 2022.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto. Definição da pauta no Supremo Tribunal Federal e (auto) criação do processo objetivo. In: **Congresso Nacional do Conpedi**, 17. 2008, Anais. Brasília: Conpedi, 2008. p. 4357-4377.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2016.

DOURADO, Gabriela. A evolução do julgamento virtual no STF. **JOTA**, 2021. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-evolucao-do-julgamento-virtual-no-stf-14012021#_ftnref2. Acesso em: 17 jul. 2021.

DUARTE NETO, José. **Rigidez e estabilidade constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

DWORKIN, Ronald. Hard cases. **Harvard Law Review**, v. 88, n. 6, p. 1057-1109, 1975.

EUA. Supreme Court of the United States. **Granted/Noted Cases List**. 2022. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/orders/grantednotedlists.aspx>. Acesso em 06 jan. 2022.

EUA. Supreme Court. 2019 Year-End Report on the Federal Judiciary. 2019. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/publicinfo/year-end/2019year-endreport.pdf>. Acesso em 06 jan. 2022.

EUA. Supreme Court. **Rules of the Supreme Court of the United States**: adopted April 18, 2019, effective July 1, 2019. 2019. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/ctrules/2019rulesofthecourt.pdf>. Acesso em 06 jan. 2022.

FAVOREU, Louis. **As cortes constitucionais**. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FERREIRA, Rafael Fonseca; LIMBERGER, Têmis. Um diálogo sobre a autonomia da Constituição e os direitos humanos: aproximações hermenêuticas à noção de bloco de constitucionalidade,. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 5, n. 1, p. 317-330, jan./abr. 2018.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

FERREIRA, Siddharta Legale; MACEDO, Marco Antonio Ferreira. A “corte” Moreira Alves (1975-2003): a judicatura de um civilista no STF e o controle de constitucionalidade. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, Brasília, IDP, ano 5, v. 2,. p. 1-32, ago.-dez. 2012.

FERRERES, Víctor Comella. **Justicia constitucional y democracia**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

FREITAS, Juliana Rodrigues. A legitimidade da concessão de medidas cautelares na ação direta de inconstitucionalidade: uma análise a partir da teoria de Víctor Comella. **Resenha Eleitoral**, Florianópolis, v. 20, n. 2, p. 127-148, ago./dez. 2016.

G1. Brasil chega a 331,5 mil mortes por Covid e se aproxima de 13 milhões de casos. **G1**, 04 de abril de 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2021/04/04/brasil-chega-a-3315-mortes-por-covid-e-se-aproxima-de-13-milhoes-de-casos.ghtml>. Acesso em 06 jan. 2022.

GALLOTTI, Maria Isabel; A declaração de inconstitucionalidade das leis e seus efeitos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 170, p. 18-40, out/dez. 1987.

GARCIA, A. HERRERA. **El derecho de amparo en el mundo**. Porrúa: México, 2006. p. 1250-1252.

GECK, Wilhelm Karl. Judicial review of statutes: a comparative survey of present institutions and practices. **Cornell Law Review**, v. 51, issue 2, p. 250-304, 1966.

GODOY, Miguel Gualano de. O Supremo contra o processo constitucional: decisões monocráticas, transação da constitucionalidade e o silêncio do Plenário. **Rev. Direito e Práx.**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, p. 1034-1069, 2021.

GODOY, Miguel Gualano de; MENDES, Conrado Hübner. Plenário Virtual no Supremo: reforço de um tribunal de solistas. **JOTA**, 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/plenario-virtual-no-supremo-reforco-de-um-tribunal-de-solistas-26062019>. Acesso em: 28 dez. 2021.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro: processo de execução a procedimentos especiais**, v. 3. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro: teoria geral do processo a auxiliares da justiça**, v. 1. São Paulo: Saraiva, 1994.

GRIFFIN, Stephen M. **American constitutionalism: from theory to politics**. New Jersey: Princeton University Press, 1996.

GROPPI, Tania. ¿Existe un modelo europeo de justicia constitucional? **Revista de Derecho Politico**, n. 62, p. 33-54, 2005.

GUMMOW, Willian; LEHANE, John; MEAGHER, Roderick. **Equity: doctrines and remedies**. 5th ed. LexisNexis Butterworths: New York, 2015.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James. JAY, John. **Os artigos federalistas**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

HARTMANN, Ivar Alberto; FERREIRA, Livia da Silva. Ao relator, tudo: o impacto do aumento do poder do ministro relator no Supremo. **Revista Opinião Jurídica**, v.13, n.17, p. 268–283, 2015.

IGNANI, Joseph; MERNIK, James. Judicial review and coordinate construction of the constitution. **American Journal of Political Science**, v. 41, n. 2, p. 447-467, abr., 1997.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

KERR, William. **A treatise on the law and practice of injunctions in equity**. London: W. Maxwell & Son, 1867.

LEE, Thomas R. Preliminary injunctions and the status quo. **Washington and Lee Law Review**, v. 58, n. 109, p. 109-166, 2001.

LEITE, Fábio Carvalho. Ação declaratória de constitucionalidade: expectativa, realidade e algumas propostas. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 69, p. 109-132, dez. 2014.

LLORENTE, Francisco Rubio. Tendances actuales de la juridiction constitutionnelle em europeu. **Annuaire international de justice constitutionnelle**, n. 12, p. 11-29, 1996.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976.

LYNCH, Kevin J. The lock-in effect of preliminary injunctions. **Florida Law Review**, v. 66, issue 2, p. 779-821, 2015.

MACHADO, Hugo de Brito. Declaração de inconstitucionalidade e direito intertemporal. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, v. 6, n. 2, 28 ago. 2015.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **A teoria das constituições rígidas**. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1980.

MENDES, Aluisio Gonçalves De Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. A tutela provisória no ordenamento jurídico brasileiro: a nova sistemática estabelecida pelo CPC/2015 comparada às previsões do CPC/1973. In: DIDDIER JUNIOR, Fredie. **Grandes temas do novo CPC: tutela provisória**. Salvador: Editora Juspodvim, 2016. p. 27-36.

MENDES, Conrado Hübner. O projeto de uma corte deliberativa. In: Vojvodic, Adriana et al (org.). **Jurisdição Constitucional no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. A eficácia das decisões de inconstitucionalidade – 15 anos de experiência. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. **15 anos de Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 207.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei n. 9.868/99**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. Da medida cautelar em ação declaratória de constitucionalidade. **Repertório IOB de Jurisprudência**, nº 20/97, caderno 1. p. 501-504, 2ª quinzena de outubro de 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. **O controle de constitucionalidade das leis na atualidade**. Disponível em: <http://www.gilmarmendes.com.br/wp-content/uploads/2018/09/O-CONTROLE-DE-CONSTITUCIONALIDADE-DAS-LEIS-NA-ATUALIDADE.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt (orgs.). **Jurisdição Constitucional em 2020**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 300-320.

MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino. Questões atuais sobre as medidas cautelares no controle abstrato de constitucionalidade. In: GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Memória jurisprudencial: Ministro Castro Nunes**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalMemoriaJurisprud/anexo/CastroNunes.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2020.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1953.

MOORE, Devon. The preliminary injunction standard: understanding the public interest factor. **Michigan Law Review**, v. 117, issue 5, p. 939-961, 2019.

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**: garantia suprema da Constituição. São Paulo: Atlas, 2003.

NELSON, William E. Changing conceptions of judicial review: the evolution of constitutional theory in the States: 1790-1860. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 120, n. 6, p. 1166-1185, jun. 1972.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988.

NINO, Carlos Santiago. **The constitution of deliberative democracy**. New Haven & London: Yale University Press, 1996.

ÖHLINGER, Theo. The genesis of the austrian model of constitutional review of legislation. **Ratio Juris**, v. 16, n. 2, p. 206-222, June 2003.

PEÑA, Guilherme. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2019.

PERRONE, Daria. El poder de suspensión cautelar en la justicia constitucional: una perspectiva de derecho comparado. **CDP, Cuadernos de Derecho Público**, n. 38, p. 31-53, sep.-dic. 2009.

PIGNATARI, Alessandra Aparecida Calvoso Gomes. **O caráter objetivo do processo brasileiro no controle judicial de constitucionalidade**: estudo de sua dimensão e de sua compatibilização com as regras do direito processual civil. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

PINHEIRO, Guilherme César. Jurisdição constitucional e legitimidade democrática das decisões judiciais: um pouco sobre as decisões do controle de constitucionalidades das leis e sua pretensão de atribuição de eficácia vinculante no Estado Democrático de Direito. **Revista Eletrônica do Curso de Direito - PUC Minas Serro**, n. 11, Jan./Ago. 2015. *Online*.

PINTAÚDE, Gabriel. Da urgência no processo objetivo. In: ARMELIN, Donaldo (Coord.). **Tutelas de urgência e cautelares**: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010.

PINTO, José Guilherme Berman Corrêa. O controle concentrado de constitucionalidade na Europa e na América do Norte: um estudo comparado. **Direito, Estado e sociedade**, n. 30, p. 62-87, jan/jun 2007.

PODER 360. OMS diz que novas restrições são necessárias para combater pandemia na Europa. **Poder 360**, 1 abril 2021. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/internacional/oms-diz-que-novas-restricoes-sao-necessarias-para-combater-pandemia-na-europa/>. Acesso em 05 jan. 2022.

POLETTI, Ronaldo. **Introdução ao direito**. São Paulo: Saraiva, 1991.

RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil**: perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROSÁRIO, Pedro Trovão. Tribunal constitucional - ¿un legislador negativo o positivo? **Revista de Derecho UNED**, n. 16, p. 713-740, 2015.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**, v. 2. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SHILS, Edward. **Tradition**. London: Faber, 1981.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa**. Tradução: Norma Azevedo. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

SILVA, José Afonso. **Um pouco de direito constitucional comparado: três projetos de Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação conforme a constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. **Revista Direito GV** 3, v. 2, n. 1, p. 191-210, jan.-jun. 2006.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Ação Declaratória de Constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

SOARES, Mariana Ribeiro. Covid-19. Europa celebra Páscoa em confinamento e com medidas restritivas. **RTP Notícias**, 4 de abril de 2021. Disponível em: https://www.rtp.pt/noticias/mundo/covid-19-europa-celebra-pascoa-em-confinamento-e-com-medidas-restritivas_n1309679. Acesso em 05 jan. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

TAVARES, Iris Eliete Teixeira Neves Pinho. Teoria da Constituição: elementos político-jurídicos, mudança constitucional, constitucionalismo e desenvolvimento jurídico. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 34, n. 135, p. 91-98, jul./set. 1997.

THAYER, James Bradley. **The origin and scope of the american doctrine of constitutional law**. Boston: Little, Brown, and Company, 1893.

TRAMMEL, Alan M. The constitutionality of nationwide injunctions. **University of Colorado Law Review**, v. 91, p. 977-998, 2020.

TREANOR, William Michael. Judicial review before Marbury. **Stanford Law Review**, v. 58, p. 455-562, nov. 2005.

VANOSSI, Jorge Reinaldo A. **Teoria constitucional: supremacia y control de constitucionalidad**. Buenos Aires: Depalma, 1976.

VENICE COMMISSION. **Study on individual access to constitutional justice**. Disponível em: [https://www.venice.coe.int/WebForms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2010\)039rev-e](https://www.venice.coe.int/WebForms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2010)039rev-e). Acesso em: 28 fev. 2021.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

WALKER, Daniel J. Administrative injunctions: assessing the propriety of non-class collective relief. **Cornell Law Review**, v. 90, issue 4, p. 1119-1152, May 2005.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.