

Cautelares em ADI, decididas monocraticamente, violam Constituição

31/01/2015

Nos últimos anos, tem aumentado o número de decisões monocráticas de ministros do Supremo Tribunal Federal que concedem medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. O fenômeno passou a ser mais perceptível a partir de 2009, quando se tornou recorrente a prática dessas decisões[1]. Elas são proferidas, comumente, em dias que antecedem os períodos de recesso e férias do tribunal (próximos aos dias 19 de dezembro e 1º de julho). O motivo alegado normalmente como justificativa — nem sempre exposto na fundamentação das decisões — é o de que o conhecido congestionamento da pauta de julgamentos do Plenário da Corte não tem permitido, ou pelo menos não tornou possível no semestre específico a que faz referência, o julgamento da medida cautelar nas sessões ordinárias e extraordinárias realizadas pelo tribunal todas as quartas e quintas-feiras. Assim sendo, a solução encontrada é a decisão monocrática, lançada dias antes das pausas nas atividades judicantes do tribunal, quando a competência para proferir esse tipo de decisão é então assumida (legitimamente) pelo Presidente da Corte.

Em artigo publicado em edição anterior do *Observatório Constitucional*, no ano de 2012, escrito em conjunto com o professor e ministro do STF Gilmar Ferreira Mendes[2], já alertávamos para a ilegalidade (porque descumpre patentemente a Lei 9.868/1999) e, sobretudo, para a inconstitucionalidade (porque viola claramente a regra constitucional da reserva de plenário, artigo 97) das decisões monocráticas que, sem estar justificadas por alguma circunstância jurídica muito excepcional, suspendem a *vigência* de leis e atos normativos. Em tempos mais recentes, em sua coluna publicada nesta **ConJur** (em 4 de dezembro de 2014), o professor Lenio Streck também denunciou essa prática, ressaltando o frequente descumprimento, por parte do STF, da Lei 9.868/1999 e da regra do *full bench* prevista no artigo 97 da Constituição [3].

Os problemas que tornam gravíssima a prática de algumas dessas decisões monocráticas decorrem de dois fatores principais. O primeiro está na ausência, na maioria das decisões[4], de uma excepcional urgência que justifique a atuação monocrática, fora dos períodos de recesso e férias do Tribunal, para suspender a vigência de uma lei.

A Lei 9.868/1999 não deixa qualquer espaço para decisões individuais dos ministros do STF nas ações diretas de inconstitucionalidade. A única exceção encontra-se no poder conferido ao Presidente do Tribunal para decidir cautelarmente nos períodos de recesso e de férias (artigo 10, *caput*), a qual se justifica não apenas em razão do caráter urgente de eventual medida, mas tendo em vista a impossibilidade prática de reunião de todos os membros do colegiado. No decorrer do ano judiciário, pressupõe-se que sempre haverá a realização periódica das sessões plenárias ordinárias e extraordinárias, que constantemente oferecem a oportunidade para o julgamento *en banc* das medidas cautelares urgentes e necessárias.

A única via aberta para a decisão liminar monocrática em ADI, durante as atividades ordinárias do ano judiciário, encontra-se nos casos em que se verifique que a espera pelo julgamento da

Sessão Plenária seguinte ao pedido da cautelar leve à perda de sua utilidade[5]. Essa possibilidade não decorre, portanto, diretamente da sistemática da Lei 9.868/99, mas de um poder geral de cautela do Relator para evitar a consolidação de situações irremediáveis e preservar o resultado útil da ação. Seria possível conceber, também, em alguma medida, a aplicação analógica do artigo 5º, parágrafo 1º, da Lei 9.882/1999, referente à arguição de descumprimento de preceito fundamental, que permite a decisão cautelar monocrática “em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave”.

É preciso deixar claro e ressaltar, não obstante, que essas hipóteses serão sempre excepcionabilíssimas, pois a própria Lei 9.868/1999 prevê um mecanismo para se evitar perecimento de direito e assegurar o futuro pronunciamento definitivo do Tribunal, que é a possibilidade de concessão da medida liminar com efeitos *ex tunc*, para suspender a vigência da norma atacada desde a sua publicação. Dessa forma, se o colegiado, no julgamento da medida liminar, pode fazer uso da técnica da modulação dos efeitos da cautelar, ficam praticamente eliminadas as hipóteses em que seja necessária a atuação monocrática urgente do Relator. Restariam apenas as demais hipóteses, de muito difícil ocorrência, em que a imediata suspensão da vigência da norma impugnada seja impreterível em razão da necessidade de se paralisar, antes mesmo da próxima reunião colegiada, a produção de eventuais efeitos irreversíveis.

O segundo fator problemático na concessão individual dessas cautelares é que, em alguns casos, elas sequer chegam a ser submetidas ao referendo do Plenário do Tribunal. Seja qual for a razão existente para tanto – congestionamento da pauta de julgamentos, eventual falta de organização e planejamento dos trabalhos internos de gabinetes, etc. –, o fato é que hoje é possível identificar medidas cautelares em ADI, concedidas monocraticamente, que produzem há meses (ou até anos) os seus plenos efeitos, sem nunca terem sido devidamente apreciadas pelo órgão colegiado.

Em seu artigo (acima mencionado), Lenio Streck bem mencionou o exemplo da ADI dos Royalties (ADI 4.917/RJ), cuja medida cautelar está há *quase dois anos sem ser submetida ao julgamento plenário*. Mas existem casos ainda mais graves. Apenas como exemplo, *ressalte-se a decisão liminar na ADI 4.598 (que suspende a Resolução CNJ n. 130, de 2011), monocraticamente concedida no dia 1º de julho de 2011, e que até hoje – portanto, passados mais de três anos e meio – não foi submetida ao referendo do Plenário da Corte*. É inconcebível que, durante todo um ano judiciário (ou mais de um, para os referidos exemplos), não seja possível ao Plenário, apesar de todos os reconhecidos problemas da agenda de julgamentos, referendar uma medida liminar.

O fato da existência de leis e atos normativos com vigência suspensa (há anos) por decisão judicial de apenas um indivíduo deveria ser motivo de muita preocupação, especialmente do próprio Supremo Tribunal Federal. A manutenção dessas decisões enseja um estado de coisas inconstitucional, que afronta especialmente a regra constitucional da reserva de plenário, mas que também significa uma afronta a todo o sistema de divisão funcional de poderes e, enfim, à própria democracia representativa. Enquanto a teoria e a filosofia do direito e da política permanecem discutindo a fundo sobre a (i)legitimidade democrática do poder conferido a um grupo de juízes para suspender e/ou anular (com efeitos gerais) os atos políticos dos demais

Poderes, é certo que não resta mais a menor dúvida de que, em uma democracia, um único juiz não deve deter todo esse poder.

Por isso, na próxima segunda-feira (2 de fevereiro), com o início de mais um ano judiciário, duas metas (uma de curto e outra de médio prazo, respectivamente) deveriam prioritariamente ser fixadas pelo Tribunal. Primeiro, como medida primordial e urgente, *fazer um levantamento exaustivo de todas as medidas cautelares decididas monocraticamente nas ações diretas de inconstitucionalidade, que ainda estão pendentes do referendo do Plenário da Corte, para que sejam incluídas, o mais rápido possível, no calendário das sessões ordinárias e extraordinárias de julgamento deste primeiro semestre*. Em segundo lugar, seria importante que os Ministros, ante o quadro atual, discutissem sobre a necessidade de se regulamentar o uso do poder geral de cautela pelo Relator nas ações do controle abstrato de constitucionalidade, de modo que as hipóteses excepcionabilíssimas pudessem ser bem delimitadas e definidas no Regimento Interno do Tribunal.

Esta coluna é produzida pelos membros do Conselho Editorial do Observatório da Jurisdição Constitucional (OJC), do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Acesse o portal do OJC (www.idp.edu.br/observatorio).

[1] Essa constatação já havia sido feita no artigo “Questões atuais sobre medidas cautelares no controle abstrato de Constitucionalidade”, escrito em conjunto com o Professor Gilmar Ferreira Mendes, publicado no Observatório da Jurisdição Constitucional, ano 5, 2011/2012 (acesso: <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/661/454>). Em rápido levantamento (não exaustivo) realizado naquele artigo, após o advento da Lei 9.868/99, identificaram-se as seguintes decisões: ADI-MC 2.849, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 3.4.2003; ADI 3.273-MC, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 16-8-04, *DJ* de 23-8-04; ADI-MC 4.232, Rel. Min. Menezes Direito, *DJe* 25.5.2009; ADI 4.190-MC, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 1º-7-09, *DJE* de 4-8-09; ADI 4.307-MC, Rel. Min. Cármen Lúcia, decisão monocrática, julgamento em 2-10-09, *DJE* de 8-10-09; ADI-MC 4.451, Rel. Min. Carlos Britto, *DJe* 1.09.2010; ADI-MC 4.598, Rel. Min. Luiz Fux, *DJe* 2.8.2011; ADI-MC 4.663, Rel. Min. Luiz Fux, decisão proferida em 15 de dezembro de 2011; ADI-MC 4.638, Rel. Min. Marco Aurélio, decisão proferida em 19 de dezembro de 2011; ADI 4.705, Rel. Min. Joaquim Barbosa, decisão proferida em 19 de dezembro de 2011.

[2] MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. *Questões atuais sobre medidas cautelares no controle abstrato de constitucionalidade*. In: Observatório da Jurisdição Constitucional, ano 5, 2011/2012.

[3] <http://www.conjur.com.br/2014-dez-04/senso-incomum-decisao-ministro-stf-valer-medida-provisoria>

[4] Essa verificação já havia sido realizada no mencionado artigo “Questões atuais sobre medidas cautelares no controle abstrato de Constitucionalidade”.



[5] Como ocorreu, por exemplo, na decisão proferida pela Ministra Cármen Lúcia na ADI-MC 4.307.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2015-jan-31/observatorio-constitucional-cautelares-adi-decizadas-monocraticamente-violam-constituicao/>