

JUÍZES LEGISLADORES: O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS COMO FORMA DE EXERCÍCIO DO DIREITO JUDICIÁRIO

Luís Carlos Cancellier de Olivo¹

Sumário: Introdução. 1. Juízes legisladores. 2. Fundamentos da teoria da separação dos poderes. 3. Controle de constitucionalidade e separação dos poderes. 4. Direito comparado e controle no Brasil. 5. A regulamentação das ações de constitucionalidade. Considerações finais. Referências bibliográficas.

Introdução

O objetivo do presente estudo é verificar de que forma o controle de constitucionalidade das leis, do tipo concentrado, praticado pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro ao apreciar tanto a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) quanto a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) pode ser considerado como uma atividade criadora de Direito, nos moldes preconizados por Mauro CAPPELLETTI, em sua obra “Juízes Legisladores”.

Parcela da doutrina considera que os Tribunais, ao exercerem em sua plenitude a criatividade judiciária, estão adentrando na área específica do poder Legislativo, cuja função principal, segundo a teoria montesquiniana da separação dos poderes, seria a de elaborar a lei. Haveria, com essa atividade legislativa imprópria, um comprometimento da teoria basilar dos modernos regimes democráticos. Entretanto, há quem considere que o exercício do Direito Judiciário representa o fortalecimento de um dos poderes do Estado, justamente para permitir o funcionamento do sistema de freios e contrapesos, os *checks and balances* norte-americanos.

¹Mestre em Instituições Jurídico-Políticas (UFSC).Doutorando em Direito do Estado no CPGD/UFSC. Endereço eletrônico: olivo@cej.ufsc.br

São estas questões que CAPPELLETTI analisa em profundidade e que servem de referência para este estudo comparativo. Procuramos compreender de que forma se manifestam as diferenças entre interpretação, criação judiciária das leis e transformação dos juízes em legisladores, no contexto da teoria da separação dos poderes. Relacionamos, neste sentido, os principais aspectos da legislação atinente ao controle de constitucionalidade no Direito brasileiro, observando de que modo, segundo os doutrinadores, ela proporciona o desequilíbrio entre os poderes do Estado. Traçamos um quadro comparativo entre o controle concentrado abstrato em outros países e sua recepção pelo constitucionalismo brasileiro, culminando com a edição da legislação regulamentadora da ADIn e da ADC pelo legislador pátrio.

Em recente palestra proferida em Portugal, sobre o poder Judiciário brasileiro, o presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Carlos VELLOSO², ao ressaltar a importância do controle concentrado, lembrou que ele surgiu na Áustria sob inspiração de KELSEN e que floresceu após a Segunda Guerra. Tal controle, salientou o magistrado brasileiro, continua florescendo porque “os povos europeus sentiram, na própria carne, os desmandos, o autoritarismo do Estado. Perceberam, então, que seria necessário redescobrir a ideia de Constituição, e que é preciso imaginar meios e modos de defendê-la. Nada protege mais os direitos individuais, a liberdade, do que as medidas judiciais, nada defende mais o breviário do povo livre, a Constituição, do que o controle jurisdicional de constitucionalidade. Os povos europeus compreenderam isso”.

1. Juízes legisladores

A produção do Direito por obra dos juízes é chamada por Mauro CAPPELLETTI³, de “criatividade da função jurisdicional”, no estudo em que procura justamente desvendar a questão: saber se o juiz é mero intérprete-aplicador do Direito ou se participa, *lato sensu*, da atividade legislativa, da criação do

²VELLOSO, Carlos. Palestra proferida em Portugal sobre o poder Judiciário brasileiro, em 23 de junho de 1999, in: <http://200.130.4.8.net/html/noticias.html>

³CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 13.

Direito. A expressão Direito Judiciário foi utilizada por BENTHAN⁴, em meados do século XIX, para designar a atividade do juiz, que ao declarar o direito existente estava na verdade criando o Direito. O Direito Judiciário inglês, não codificado, segundo ele, proporcionava uma série de vícios, como a incerteza, obscuridade, confusão e a dificuldade na averiguação. Para CAPPELETTI⁵, pouco importa se há diferença conceitual entre interpretação e criação do Direito. O verdadeiro problema está no grau de criatividade e dos modos, limites e aceitabilidade da criação do Direito pelos tribunais.

A favor da função legislativa dos juízes encontra-se o “Chief Justice” inglês Garfield BARWICK⁶, para quem a melhor arte de redação das leis, e mesmo o uso da mais simples linguagem legislativa, sempre deixam, de qualquer modo, lacunas que devem ser preenchidas pelo juiz e sempre permitem ambiguidade e incertezas que, em última análise, devem ser resolvidas na vida judiciária.

CAPPELETTI⁷, sustenta que na tarefa de criar a lei o juiz não detém total liberdade para interpretação, pois o sistema jurídico estabelece certos limites à liberdade judicial, que tanto podem ser limites processuais quanto substanciais. Não há oposição entre as duas atividades, já que o processo de criação ocorre em função da necessidade de preencher as lacunas resultantes do processo Legislativo, o que é feito através da interpretação. A questão está no grau de criatividade, modos, limites e aceitabilidade da criação. O grau de criatividade é maior quando a decisão do juiz está baseada na equidade, e menor quando julga e interpreta argumentando em alguma lei ou precedente. Mas em ambos os casos, a atividade do juiz se assemelha ao do legislador, visto que este também não é totalmente livre, pois tem na Constituição ou nas decisões judiciais a limitação de sua liberdade.

A interpretação, neste sentido, deve vincular o juiz de alguma forma, ou à lei, ao precedente, à equidade. Esta vinculação, entretanto, não é absoluta, pois o juiz tem a necessidade de ser livre. Não há como questionar que a atividade judicial envolve sempre interpretação e como salientou Lord

⁴ Citado por CAPPELETTI. Op. cit., p. 17.

⁵ CAPPELETTI. Op. cit., p. 20.

⁶ Citado por CAPPELETTI. Op. cit., p. 20.

⁷ CAPPELETTI. Op. cit., p. 21.

RADCLIFFE⁸, “jamais houve controvérsia mais estéril do que a concernente à questão de se o juiz é criador de Direito. É óbvio que é. Como poderia não sê-lo?”, indaga.

O fenómeno da expansão do Direito Legislativo constitui uma das principais causas da expansão, no mundo moderno, do Direito Judiciário, ou jurisprudencial, do poder criativo dos juizes. A interpretação judiciária, segundo Morton WHITE⁹, é um fenómeno do século XX, acentuada pela “revolta contra o formalismo”, que se contrapunha, nos Estados Unidos da América, à análise de casos; na França, ao positivismo jurídico; e na Alemanha, ao formalismo científico e conceitual. De maneira geral, foi uma reação ao mecanicismo, à lógica, ao juiz como “inanimada boca da lei”, de MONTESQUIEU. Os reformadores passaram a defender que o papel do juiz é muito mais complexo. O juiz declara a lei, mas de forma criativa, incluindo valores pessoais e argumentos da história, da economia, da política, da ética, da sociologia e da psicologia. Escolher significa ter presentes os resultados práticos e as implicações morais da própria escolha.

A dúvida levantada por CAPPELLETTI¹⁰ é se essa concepção de juiz-legislador não minaria a ideia fundamental da separação dos poderes, ameaçando a democracia e conduzindo ao Estado totalitário. No Estado de Bem Estar Social cabe ao governo providenciar a execução de leis que garantam os novos direitos, inclusive os sociais, difusos e coletivos. Quanto mais abstrata for a legislação, mais espaço terão os juizes para interpretá-la. Essa mudança de comportamento dos juizes corresponde à própria mudança do Estado moderno (Bem Estar Social) e ao papel desempenhado pelo Direito. Esse Estado assumiu cada vez mais compromissos - ao invés de deixar tudo nas mãos do mercado - e interveio drasticamente na vida social, necessitando, para isto, de uma forte produção legislativa e de uma máquina administrativa e burocrática ampla o suficiente para realizar tais tarefas.

O Welfare State, na origem essencialmente um Estado Legislativo, transformou-se, assim, e continua permanentemente se transformando, em Estado administrativo, na verdade, em Estado burocrático, não sem o peri-

⁸ Citado por CAPPELLETTI. Op. cit., p. 5.

⁹ Citado por CAPPELLETTI. Op. cit., p. 31.

¹⁰ CAPPELLETTI. Op. cit., p. 34.

go de sua perversão em estado policial, conforme advertência de CAPPELLETTI.¹¹ Nessa nova realidade – gigantismo estatal, legislativo, administrativo e burocrático - aumentaram as funções e a responsabilidade dos juízes, sendo que a justiça constitucional, especialmente na forma do controle judiciário da legitimidade constitucional das leis, constitui um aspecto dessa nova responsabilidade. O Judiciário teria então duas alternativas: a) permanecer fiel à concepção tradicional do século XVIII, dos limites da função jurisdicional; b) elevar-se ao nível dos outros poderes, tornar-se o terceiro gigante, capaz de controlar o legislador e o administrador.

O modelo clássico instituído na França, em 1789, proclamava o ideal da separação dos poderes, na qual os tribunais estavam impedidos de interferir na atividade legislativa ou administrativa. Aos poucos, entretanto, fortaleceu-se o Conselho de Estado, que a princípio tinha por competência resolver conflitos entre cidadãos e a administração, passando depois a exercer o controle judiciário sobre os atos administrativos do Estado. Tal evolução ocorreu não só na França, como em outros países europeus, notadamente na Alemanha e Itália. Essa função está na origem do próprio controle sobre a atividade legislativa, cuja ênfase se verifica no século XX, após a Segunda Grande Guerra. No caso do modelo norte-americano, com mais facilidade, a magistratura assumiu a função de exercer a atividade criadora do Direito, mesmo porque esta tarefa coube à Suprema Corte, órgão do próprio Judiciário, e não a uma Corte constitucional especial.

“O ideal da estrita separação dos poderes teve como consequência um Judiciário perigosamente débil e confinado, em essência, aos conflitos privados”, lembra CAPPELLETTI¹², para quem somente um sistema de controle recíproco pode, sem perigo para a liberdade, fazer coexistir um Legislativo forte, com um Executivo forte e um Judiciário forte. Justamente esse equilíbrio de forças, de contrapesos e controles recíprocos constitui o grande segredo do inegável sucesso do sistema constitucional norte-americano. Um sistema de *checks and balances*, onde o crescimento do Judiciário é o ingrediente necessário ao equilíbrio dos três poderes.

A principal preocupação é saber se a criatividade judiciária torna o

¹¹ Idem, ibidem, p. 39.

¹² Idem, ibidem, p. 53.

juiz legislador. Se assumindo os juizes papel acentuadamente criativo, a função jurisdicional termina por se igualar à legislativa e os juizes acabam por invadir o domínio do poder Legislativo. Segundo Lord DIPLOCK¹³, a resposta é afirmativa, pois em razão de sua própria função, os tribunais estão constringidos a agir como legisladores. CAPPELLETTI discorda, afirmando que os juizes estão constringidos a ser criadores do Direito: eles são chamados a esclarecer, integrar, plasmar e transformar e não raro a criar *ex novo* Direito. Isto não significa, porém, que sejam legisladores. Para ele, é importante diferenciar o processo legislativo do processo jurisdicional, principalmente por este último envolver o contraditório entre as partes, o que não ocorre no processo legislativo. Entretanto, reconhece que os tribunais podem operar com competência legislativa, ao invés de judiciária, quando exercem o poder de emanar diretivas gerais em tema de interpretação, vinculantes para os tribunais inferiores e emitidas sem qualquer conexão com determinado caso em concreto, quando assumem eficácia vinculante *erga omnes*.

Algumas das críticas a essa atividade criadora apontam para limitações que ocorrem na criação judiciária do Direito, como se fossem “enfermidades práticas”. Uma delas é a sua ambiguidade, o que a torna confusa e pouco clara para a maioria das pessoas; outra é que possui eficácia retroativa, tolhendo o princípio da previsibilidade; e ainda há a alegada incompetência institucional da magistratura para agir como força criadora do Direito. A mais grave objeção à criação do Direito é a falta de legitimidade democrática dos juizes, que ao contrário do Legislativo e do Executivo, não são eleitos pelo voto popular. Por isso mesmo os juizes não são obrigados a prestar contas ao povo de seus atos.

Um dos mais ferrenhos críticos da criação judiciária, Lord DEVLIN¹⁴, assim se expressou:

“É grande a tentação de reconhecer o Judiciário como uma elite capaz de se desviar dos trechos demasiadamente embaraçados da estrada do processo democrático. Tratar-se-ia, contudo, de desviação só aparentemente provisória; em realidade, seria ela a entrada de uma via incapaz de se reunir à estrada principal, conduzindo inevitavelmente, por mais longo e tortuoso que seja o caminho, ao estado totalitário”.

¹³ Citado por CAPPELLETTI. Op. cit., p. 74. “

¹⁴ Citado por CAPPELLETTI. Op. cit., p. 93.

Conforme salientou Martin SHAPIRO¹⁵, não necessariamente o Parlamento ou o Executivo, embora eleitos pelo povo, representam os interesses da maioria. Podem, certamente, representar sim interesses de grupos privados organizados que conseguem fazer prevalecer sua força política junto aos dirigentes. “Nesse processo de formação, troca e empréstimo de força política, as questões que frequentemente aparecem não dizem respeito a decisões majoritárias”, ressalta, ao lembrar que nas decisões do governo nem sempre são levados em conta conceitos como “voz da maioria”, “democrático” ou “não democrático”.

Além desse argumento, há também a constatação de que o Judiciário não é inteiramente desprovido de representatividade, conforme defende Robert DAHL¹⁶. Tomando como referência a Suprema Corte norte-americana, ele sugere que os seus membros, por serem indicados pelo Presidente da República, refletem a posição predominante da maioria popular daquele determinado momento. Para CAPPELLETTI¹⁷, esse argumento, embora próprio da *Common Law*, também pode ser usado nos países que adotam a *Civil Law*, visto que os membros das Cortes Constitucionais também são indicados politicamente.

É o caso também do Supremo Tribunal Federal brasileiro, que como guardião da Constituição, tem seus membros indicados pelo Presidente da República. Não deixa de ser, portanto, um órgão político, que ao decidir os casos em tese, pode dar uma contribuição mais efetiva àquilo que SHAPIRO chamou de “representatividade geral do sistema”, ou seja, a possibilidade de que os mais diversos grupos tenham acesso ao processo judicial, de maneira mais facilitada do que teriam acesso ao processo político típico do Legislativo. Este é um outro argumento utilizado pelos defensores da criatividade judiciária, que proporciona, sem dúvidas, uma mais efetiva participação popular no processo democrático.

Existe o risco dos juízes se transformarem em burocratas, isolados da sociedade? CAPPELLETTI¹⁸, admite que sim, mas neste caso, através do sistema de controle recíproco, a criação judiciária tida como inaceitável

¹⁵ Citado por CAPPELLETTI. Op. cit., p. 96.

¹⁶ Citado por CAPPELLETTI. Op. cit., p. 96.

¹⁷ CAPPELLETTI. Op. cit., p. 97.

¹⁸ Idem, ibidem, p. 101.

pode ser corrigida mediante ato do Legislativo ou por meio de revisão constitucional. De qualquer forma, em certa medida, a lei é um mito que deve ser interpretada e completada para traduzir-se em ação real e a interpretação judiciária, em certa medida é sempre criativa de Direito. A questão é saber qual é a medida desta criatividade: a última palavra no processo de produção do Direito pertence à vontade majoritária, tal como se expressa, em forma de maioria simples ou qualificada, na legislação ordinária ou constitucional.

Mas CAPPELLETTI¹⁹, ressalta que a noção de democracia não pode ser reduzida a uma simples ideia majoritária. Democracia, diz ele, significa também participação, tolerância e liberdade. Um Judiciário razoavelmente independente dos caprichos, talvez momentâneos, da maioria, pode dar uma grande contribuição à democracia; e para isso em muito pode colaborar um Judiciário suficientemente ativo, dinâmico e criativo, tanto que seja capaz de assegurar a preservação do sistema de *checks and balances*, em face do crescimento dos poderes políticos, e também controles adequados perante os outros centros de poder.

Por isso, ao tentar responder se a tarefa do juiz é interpretar ou criar o Direito, CAPPELLETTI²⁰, ressalta que o juiz, inevitavelmente, reúne em si uma e outra função, mesmo no caso em que seja obrigado a aplicar uma lei preexistente. A interpretação sempre implica em certo grau de discricionariedade e escolha e, portanto, de criatividade, em grau que é particularmente elevado em alguns domínios, como a justiça constitucional e a proteção judiciária de direitos sociais e interesses difusos.

2. Fundamentos da Teoria da Separação dos Poderes

Embora reconheça que em ARISTÓTELES esteja a origem da teoria da separação dos poderes, WALQUÍRIA SANTOS²¹, salienta que o pensador grego não buscou a análise da composição e de competência de cada

¹⁹ Idem, *ibidem*, p. 107.

²⁰ Idem, *ibidem*, p. 129.

²¹ SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. *Separação de poderes : evolução até a Constituição de 1988 – Considerações*. Rev. Inf. Legisl. Brasília, n. 115, jul/set 1992, p.210.

um dos poderes, fato que contribuiu para que suas ideias não se tornassem paradigmáticas da teoria.

Segundo Fides OMMATI²², a primeira tentativa de estabelecer a separação entre as atividades do Estado ocorreu com a publicação de CROMWELL, “Instrument of Government” e depois com os estudos de LOCKE e MONTESQUIEU, este com a célebre obra “Do Espírito das Leis”. OMMATI refuta a ideia de que MONTESQUIEU não se propusera a elaborar uma teoria da separação, mas sim de colaboração, pois os três poderes do Estado são coordenados e subordinados entre si, de tal forma que seja possível um equilíbrio.

WALQUÍRIA SANTOS²³, sugere que CROMWELL admitiu a separação entre os poderes Legislativo e Executivo, quando instituiu seu Protetorado, no que foi seguido por LOCKE, que inspirado pelo Direito holandês, dividiu o poder entre o Legislativo, o Executivo e o Federativo. Os dois primeiros estariam concentrados no Monarca, atuando de maneira conjunta, enquanto que o Judiciário seria mais uma função do Legislativo, nos moldes do Direito inglês. Já o poder Federativo estaria voltado às relações internacionais.

Para John LOCKE²⁴, o poder político relaciona-se ao Direito de fazer a lei, tendo por objetivo preservar a propriedade, podendo para isso exercer a força, em defesa da comunidade e do bem público. O grande instrumento que possibilita esta fruição é o poder Legislativo.

Em ISENMANN²⁵, a separação dos poderes, nos moldes em que é atribuída a MONTESQUIEU, não passa de um mito reproduzido ao longo de gerações. Tal mito constitui-se na ideia de que os poderes estariam de tal forma equilibrados, que o poder seria o limite do próprio poder, assegurando-se desta forma, a rigorosa separação de poderes, onde cada qual teria uma função própria, imune de qualquer interferência. A teoria

²² OMMATI, Fides. **Dos freios e contrapesos entre os poderes do Estado**. Revista de Informação Legislativa. Brasília, n. 55, jul/set 1997, p.57.

²³ SANTOS, Márcia Walquíria .Op.cit.p. 213.

²⁴ LOCKE, John. **Segundo tratado do governo civil**. In: **Os Pensadores**. 2ª ed. Tradução de Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. SP: Abril Cultural, 1978, p.34.

²⁵ Citado por SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de. **Reflexões sobre o princípio da separação de poderes : o “parti pris” de Montesquieu**. Revista de Informação Legislativa , n.68, out/dez. 1980, p. 18.

não trata, segundo ele, de separação de poderes, mas de combinação, de fusão, de ligação entre dois poderes reais – Legislativo e Executivo – e uma função estatal – o Judiciário, sendo que cada uma delas forma uma potência, que representa determinada parcela da sociedade.

Analisando o Judiciário norte-americano quase um século depois da vigência da sua primeira Constituição, Alexis TOCQUEVILLE²⁶ observou, que o juiz americano fica impedido de pronunciar-se, caso não haja litígio. Ele só se ocupa de casos particulares e, para agir, deve sempre esperar que haja uma demanda. Os norte-americanos reconheceram nos juízes o direito de fundamentar seus vereditos na Constituição, mais do que nas leis. Em outras palavras, permitiram-lhes não aplicar leis que lhes pareçam inconstitucionais.

Também abordando os aspectos do moderno constitucionalismo e a separação dos poderes, HELLER²⁷, sustenta que a divisão dos poderes não significa independência, mas condicionamento recíproco entre os órgãos, visando a defesa dos direitos fundamentais do indivíduo. É com o moderno constitucionalismo que ocorre uma distribuição de funções estatais entre várias organizações relativamente autônomas, na qual a legislação, como poder supremo, compete ao povo. Ao Executivo, por outro lado, cabe a chefia do Estado, enquanto que o poder de julgar é atribuído a uma organização independente de ambos. Segundo John GILISSEN²⁸, tanto Roma quanto os regimes políticos da Idade Média e dos tempos modernos admitiram a confusão dos três poderes entre as mesmas mãos.

Louis ALTHUSSER²⁹, entende que o objetivo de MONTESQUIEU foi o de buscar a combinação das três potências, ou seja, antes de ser um problema jurídico trata-se de um problema político de relação de forças, no sentido de que a separação dos poderes não passa da divisão ponderada do poder entre potências determinadas: o rei, a nobreza, o povo, que acaba por proteger e garantir os privilégios principalmente da nobreza e, de forma subsequente, possibilita também a defesa do monarca contra possíveis revoluções populares.

²⁶ TOCQUEVILLE, Alexis. **A Democracia na America**. In: **Os Pensadores**. 2ª ed. Tradução de J.G.Albuquerque. SP: Abril Cultural, 1979,p.204.

²⁷ HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. SP: Mestre Jou,1998, p.306.

²⁸ GILISSEN, John. **Introdução Histórica do Direito**. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 280.

²⁹ Citado por SOUZA JÚNIOR. Op.cit.,p.20.

Alain TOURAINE³⁰, não crê que a separação dos poderes seja um elemento essencial da democracia, pois a democracia não se define pela separação dos poderes, mas pela natureza dos elos entre sociedade civil, sociedade política e Estado. Se cada poder fosse independente um do outro, acredita TOURAINE, os poderosos utilizar-se-iam das leis para proteger seus próprios interesses. Isto só não acontece porque a jurisprudência possibilita a constante transformação das leis, adequando-as à realidade, levando em conta a evolução da opinião pública.

Por isso o autor diz que é inadequado falar-se em separação do poder, pois a questão não está na relação entre os diferentes poderes que constituem, a sociedade política, mas do “face a face” entre o Estado e os direitos fundamentais. Antes de se falar em separação dos poderes é necessário limitar o poder do próprio Estado, isto sim é importante para se conceber a questão democrática.

Conforme Norberto BOBBIO³¹, é a teoria de MONTESQUIEU a resposta do constitucionalismo moderno a toda espécie de despotismo, consubstanciada na afirmação de que “os príncipes que quiseram transformar-se em tiranos começaram sempre reunindo na sua pessoa todas as funções públicas”.

A separação dos poderes, segundo Sílvio DOBROWOLSKI³², “como fórmula constitucional para construir uma estrutura capaz de promover limitações do poder estatal, parte da ideia de se criarem órgãos distintos, que, de forma autónoma e harmónica, exerçam as diferentes funções do Estado”. A função do poder Judiciário, nos moldes do constitucionalismo liberal, estava limitada à aplicação puramente técnica das normas criadas pelo Legislativo com validade ao caso concreto. No entanto, ao poder exercer o controle da constitucionalidade das leis em tese e com validade para todos, o Judiciário passou a desempenhar uma função política, que se insere dentre as várias atribuições do Estado moderno, qual seja, segundo DOBROWOLSKI³³, a de concretizar a justiça social.

³⁰ TOURAINE, Alain. **O que é a democracia?** 2ª ed. Trad. de Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis: Vozes, 1996, p.51.

³¹ BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo.** Trad. de Sérgio Bath. 6ª ed. Brasília: UnB, 1992, p. 137.

³² DOBROWOLSKI, Sílvio. **Novas funções e estrutura do Poder Judiciário na Constituição de 1988 : uma introdução.** *Revista de Informação Legislativa*, n. 108, out/dez. 1990, p.68.

³³ Idem, *ibidem*, p.67.

Sobre a atualidade do princípio da separação dos poderes, Paulo BONAVIDES³⁴, não teme em afirmar que ele “rejuvenesceu” por obra de intérpretes e aplicadores de um Direito constitucional da liberdade, voltando a fruir a plena atualidade das ocasiões em que foi emblema de resistência a poderes autocráticos e a formas de governo havidas por usurpadores de direitos e garantias fundamentais da pessoa humana. “Onde houver, pois, lesões à liberdade e ao Estado de Direito, aí sempre haverá lugar para invocar-se a tutela do princípio e conjurar prosperem ofensas aos valores que ele representa na ordem jurídica”, leciona BONAVIDES.³⁵

3. Controle de constitucionalidade e separação dos poderes

O controle de constitucionalidade, segundo Paulo BONAVIDES³⁶ tem como objetivo a defesa do cidadão e das liberdades e a efetivação do Estado democrático de Direito. Nesta concepção, as instituições são colocadas a serviço dos direitos humanos. O controle somente se realiza, seja na forma concreta ou difusa, segundo Clèmerson CLEVE³⁷, se alguns pressupostos forem realizados, como a existência de uma Constituição formal escrita, a compreensão de Constituição como lei fundamental, dotada de rigidez, supremacia e hierarquia, além da previsão de órgão competente para o exercer o controle de constitucionalidade.

Em termos de controle de constitucionalidade, CLEVE destaca a relevância de outros mecanismos previstos na Constituição brasileira de 1988, tais como a Ação Declaratória de Constitucionalidade, a ADIn por Omissão, Omissão Parcial, Mandado de Injunção e o controle no âmbito dos Estados-membros.³⁸

O sistema de controle brasileiro é considerado por Gilmar Ferreira MENDES³⁹, como do tipo misto, por contemplar aspectos tanto do controle concentrado quanto do difuso, embora reconheça que sua base é concentrada.

³⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. SP: Malheiros, 1994, p.511.

³⁵ Idem, ibidem, p.512.

³⁶ Idem, ibidem, p.267.

³⁷ CLEVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. SP:Revista dos Tribunais, 1995, p.23.

³⁸ Idem, ibidem, p. 181.

³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. SP: Saraiva, 1996, p. 249.

A possibilidade de Judiciário revisar e declarar inconstitucional lei aprovada pela maioria – o “princípio supremo da República”, confronta com a ideia de democracia, segundo Samuel FREEMAN⁴⁰, pois o órgão responsável pela revisão não é eleito, ao contrário do órgão que faz a lei. Mas, diz ele, mesmo que os juízes fossem eleitos, ainda assim a revisão seria um ato contra a maioria. O problema real é que a revisão limita os direitos iguais de participação dos cidadãos.

O objetivo maior da revisão judicial é, por meio de um órgão não-Legislativo, impor restrições à norma que desrespeitou o itinerário Legislativo. Racionalmente, os cidadãos admitem esta possibilidade constitucional, pois a soberania e o direito individual são protegidos por este órgão externo. Tanto o Executivo quanto o Legislativo e o Judiciário são poderes ordinários. Apenas a Corte Constitucional, como órgão externo, detém o poder especial de promover a interpretação constitucional. Esta visão contraria a histórica tese do federalista HAMILTON⁴¹, para quem apenas a Suprema Corte é o poder Judiciário ordinário, responsável pela interpretação.

Conforme a teoria clássica da separação dos poderes, o Tribunal determina o significado não só da Constituição como dos demais atos do Legislativo, assim como declara a inconstitucionalidade da lei, em caso de conflito com a Constituição. Enfim, cabe ao Tribunal a autoridade de interpretar, em último caso, a Constituição.

Ao criticar esta teoria, FREEMAN⁴², argumenta que a separação dos poderes ocorre entre os poderes ordinários e que os tribunais têm autoridade para interpretar e aplicar leis ordinárias. O Legislativo, por sua vez, tem a autoridade de fazer todas as leis. Ocorre, porém, que a Constituição, mais do que uma simples lei, é um sistema de normas supremas que estabelece como se criam outras normas ordinárias e não há nenhum monopólio que garanta, ao Judiciário, a autoridade de revisar a forma como os três poderes interpretam a Constituição.

⁴⁰ FREEMAN, Samuel. **Democracia e controle jurídico da constitucionalidade**. Tradução de Álvaro Vita. In: Lua Nova, n. 32, SP: CEDEC, 1994, p. 181.

⁴¹ Citado por FREEMAN. Op.cit.,p. 194.

⁴² FREEMAN. Op.cit.,p. 195.

Não pode haver uma posição dogmática quanto ao caráter democrático ou não da revisão. Uma revisão pode ser democrática, quando modifica leis que infringem a igualdade de direitos básicos. Mas, adverte FREEMAN⁴³, que revisão assume um aspecto antidemocrático se alterar leis que tenham como propósito acabar ou diminuir com o poder das elites e promover mudanças sociais.

Segundo Clèmerson CLÈVE⁴⁴, a sociedade atual, técnica e de massas, alterou o perfil dos conflitos de interesses, que de individual passaram a ser coletivos, difusos ou individuais homogêneos. Inúmeros instrumentos normativos foram criados recentemente para compor esta realidade, como o Mandado de Segurança, o Mandado de Injunção, o Código de Defesa do Consumidor, a Ação Civil Pública, o Estatuto da Criança e do Adolescente e mesmo as duas ações que visam ao controle de constitucionalidade.

Celso Ribeiro BASTOS⁴⁵, critica a Ação Declaratória de Constitucionalidade por instituir o efeito vinculante, cujo objetivo maior seria o de atender aos “interesses governamentais miúdos, consistentes em ver eliminadas discussões legitimamente travadas em torno de leis sabidamente mal elaboradas e inconstitucionais, o que tem sido uma tônica de nossa frágil e instável República”.

Arnold WALD⁴⁶, em posição contrária, entende a ADC como “um instrumento de unificação jurisprudencial cuja finalidade básica é evitar a demora e as contradições em relação a questões constitucionais de alta relevância que, se não forem resolvidas rapidamente, podem ensejar um verdadeiro caos jurídico, prejudicando a economia nacional e o próprio desenvolvimento do País”.

Evaldo BRITO⁴⁷, questiona a legitimidade da lei que criou a ADC, sustentando que “uma norma apenas é legítima quando se funda em valores

⁴³Idem, *ibidem*, p. 198.

⁴⁴ CLÈVE. *Op.cit.*p. 181.

⁴⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. **Ação declaratória de constitucionalidade**. In. MARTINS, Ives Gandra da Silva/MENDES, Gilmar Ferreira. **Ação declaratória de constitucionalidade**. SP: Saraiva, 1995, p. 38.

⁴⁶WALD, Arnaldo. **Alguns aspectos da ação declaratória de constitucionalidade**. In. MARTINS, Ives Gandra da Silva/MENDES, Gilmar Ferreira. **Ação declaratória de constitucionalidade**. SP: Saraiva, 1995, p. 33.

⁴⁷BRITO, Evaldo. **Aspectos inconstitucionais da ação declaratória de constitucionalidade de lei ou de ato normativo federal**. In. MARTINS, Ives Gandra da Silva/MENDES, Gilmar Ferreira. **Ação declaratória de constitucionalidade**. SP: Saraiva, 1995, p. 44.

supremos da humanidade tipificadores também de um poder formal conformado pelas características de um Estado de Direito democrático”.

Entre esses valores supremos encontram-se a liberdade, a justiça, a igualdade, o pluralismo político, dentre outros que constituem direitos fundamentais. BRITO⁴⁸, considera que a norma em exame não é fiel a esses elementos, razão pela qual não tem legitimidade.

Com essa Ação, opina José Rogério CRUZ TUCCI⁴⁹, o Supremo Tribunal Federal equipara-se, em derradeira reflexão, a um órgão certificador da constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. Tal controle, segundo ele, caberia apenas ao poder Legislativo e não ao Judiciário. Do modo que está colocado, o STF exerce jurisdição constitucional e somente se manifesta quando houver “dissídio judicial”.

Para Ives GANDRA⁵⁰, a não observância do contraditório e da ampla defesa constituem os principais indicadores da inconstitucionalidade da ADC, permitindo que o STF decida apenas com a propositura da ação declaratória “sem que nenhum elemento da sociedade, que esteja discutindo a matéria em instâncias inferiores, possa participar do processo”. A sociedade, nesse caso, não terá como se defender, pois impedida constitucionalmente de integrar a lide. Tal impedimento resulta numa afronta às garantias fundamentais do contraditório e ampla defesa, constituindo ataque à *cláusula pétrea* do art. 60, IV, da CF/88, além de violar o princípio da separação dos poderes, transformando o Legislativo em um “poder diminuto e inseguro”⁵¹.

AnaMaria SCARTEZZINI⁵², não tem dúvidas de que há quebra do princípio da independência dos poderes, pois a ADC transforma o STF em órgão sancionador da atividade legislativa, criando o desequilíbrio entre os poderes estatais.

Não é outro o entendimento de Marcelo FIGUEIREDO⁵³, para quem

⁴⁸Idem, ibidem, p. 45.

⁴⁹CRUZ TUCCI, José Rogério. **Aspectos processuais da denominada ação declaratória de constitucionalidade**. In. MARTINS, Ives Gandra da Silva/MENDES, Gilmar Ferreira. **Ação declaratória de constitucionalidade**. SP: Saraiva, 1995, p. 138.

⁵⁰MARTINS, Ives Gandra da Silva e GARCIA, Fátima Fernandes de Souza. Op.cit.,p. 123.

⁵¹Idem, ibidem, p. 133.

⁵²SCARTEZZINI, Ana Maria. **A ação de declaração de constitucionalidade da lei e os princípios constitucionais**. In. MARTINS, Ives Gandra da Silva/MENDES, Gilmar Ferreira. **Ação declaratória de constitucionalidade**. SP: Saraiva, 1995, p. 7.

⁵³FIGUEIREDO, Marcelo. **A ação declaratória de constitucionalidade — inovação infeliz e inconstitucional**. In. MARTINS, Ives Gandra da Silva/MENDES, Gilmar Ferreira. **Ação declaratória de constitucionalidade**. SP: Saraiva, 1995,p. 169.

a nova previsão desfigura a ideia e função do Poder Legislativo, órgão naturalmente vocacionado a apreciar previamente a constitucionalidade. Nesse sentido, declarar a constitucionalidade, nos moldes previstos na ação, é, em última análise, legislar, instaurando-se a dependência entre Legislativo e Judiciário. Doravante, adverte, o parlamentar fará a lei após a chancela e o crivo do Judiciário.

José AFONSO DA SELVA⁵⁴, adota uma posição intermediária: não a descarta por completo nem diz que a ADC é inconstitucional *per si*: antes de ser ação, a ADC é meio de impugnação. Não se trata de um processo sem partes e só aparentemente é processo objetivo, pois no substrato estão relações materiais controvertidas. Considera SILVA que a constitucionalidade vai ser verificada apenas quando do processamento da medida no STF, onde deve ser observado um mínimo de contraditório. Sem isso, a ADC seria inconstitucional.

4. Direito comparado e controle no Brasil

Na pesquisa que realizou sobre controle de constitucionalidade em diversos países, Mauro CAPPELLETTI⁵⁵, revela que na França impera, desde a Revolução de 1789, o controle político. Essa atividade não-jurisdicional é exercida pelo Conselho Constitucional, que analisa um ato Legislativo (ou um tratado) antes de ser promulgado, em um processo onde não há contraditório nem ampla defesa.

Igualmente a Itália recepcionou, desde 1956, o controle constitucional concentrado, a cargo da Corte Constitucional. Modelo historicamente diverso foi o adotado pela antiga União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS)⁵⁶. O Soviete Supremo exercia ao mesmo tempo as funções legislativas, executivas e judiciárias. Como não havia separação dos poderes, mas a sua unidade, o próprio Soviete realizava o controle de constitucionalidade das leis.

Os Estados Unidos são a nação pioneira do controle difuso, desde a Constituição de 1787 e da sentença de John MARSHALL, da Suprema

⁵⁴SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16ª ed. SP: Malheiros, 1999, p. 58.

⁵⁵CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Fabris, 1984, p. 86.

⁵⁶A URSS, implantada em 1917 pela revolução bolchevique, perdurou até 1991, quando foi substituída pela Comunidade dos Estados Independentes. Os novos países voltaram a adotar a tradicional fórmula da separação dos poderes. Ver “Sociedade de incertezas”, entrevista de Eric HOBBSBAWN a Otávio DIAS, publicada no “Caderno Mais” do jornal *Folha de São Paulo*, em 11 de junho de 2000, p.30.

Corte em 1803, no caso *Marbury v. Madison*. Prevalece ainda o princípio da supremacia da Constituição, que também é adotado por países como o Canadá, Japão, Noruega, Dinamarca, Suécia e Suíça.

A Áustria, assim como a Alemanha, adotou o típico sistema concentrado, também chamado “tipo austríaco”, elaborado por Kelsen e a Escola de Viena, durante a Constituição de 1920. O controle é de competência da Corte Constitucional. Esse sistema ao longo dos anos sofreu reformulações, admitindo, na atualidade, também a ação incidental.

O controle no constitucionalismo brasileiro remonta à Carta de 1824, que atribuiu ao Parlamento a tarefa exclusiva de elaboração legislativa, bem como a de proceder a sua interpretação, suspensão e revogação, e, ainda, de velar na guarda da Constituição. Influenciada pela doutrina francesa, a Carta imperial privilegiou o Parlamento, tornando-o depositário de todas as atribuições. Não havia nada que se assemelhasse ao controle judicial de constitucionalidade e mesmo o poder Moderador do Imperador, ressalta Gilmar Mendes⁵⁷ citando Pimenta Bueno, visava manter a harmonia e o equilíbrio entre os demais poderes.

Com a instalação da República o Brasil adotou o modelo constitucional norte-americano, tendo em Rui Barbosa o seu principal expoente. A Constituição de 1891, assim como seu texto provisório de 1890, consagrou o modelo difuso de controle judicial, instituindo o controle por via de exceção, onde o Judiciário só se manifestaria quando provocado pela parte interessada.

A Carta republicana atribuiu competência ao Supremo Tribunal Federal de órgão revisor das decisões de 2º grau, tornando-o o foro adequado para dirimir controvérsias envolvendo a discussão sobre validade de tratado, lei federal ou decisões judiciais em face à Constituição. A lei 221/24 e a reforma constitucional de 1926 consolidaram o sistema de controle difuso de constitucionalidade do Direito brasileiro. Esse *judicial review*, conforme Rui Barbosa⁵⁸, não se fazia *in abstracto* e menos que um poder de legislação era um exercício de hermenêutica.

Algumas alterações foram introduzidas pela Constituição de 1934, como a do artigo 179, que obrigou o STF a decidir pelo voto da maioria da

⁵⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **A evolução do direito constitucional brasileiro e o controle da constitucionalidade da lei**. In: MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998, p.230.

⁵⁸ Citado por MENDES. A evolução... Op.cit.,p. 233.

totalidade dos seus membros, como forma de garantir a segurança jurídica.⁵⁹ Inovação também foi a atribuição de competência ao Senado para suspender a eficácia de lei declarada inconstitucional pelo STF, conferindo-lhe efeito *erga omnes*. Da mesma forma significativa foi a criação da “representação interventiva”, onde ao Supremo Tribunal Federal caberia declarar a inconstitucionalidade da lei autorizativa da intervenção federal em Estados e municípios, ou, de maneira inversa, determinando que a lei interventiva, de iniciativa do Senado, só poderia prosperar caso fosse declarada constitucional pela Corte Suprema. A criação de uma Corte Constitucional, segundo o modelo austríaco, embora tenha sido objeto de proposta, não foi acatada pela Constituinte de 1934.

Com o Estado Novo a Constituição de 1937 refletiu a concentração de poderes no Executivo. O parágrafo primeiro do art. 96 permitiu que o Presidente da República submetesse à apreciação do Parlamento matéria declarada inconstitucional pelo STF e, caso fosse aprovada por 2/3 dos votos em cada uma das Casas legislativas, invalidava a declaração judicial de inconstitucionalidade.

A Constituição de 1946 restaurou a tradição do controle judicial no Direito brasileiro. O Procurador Geral da República passou a ter a titularidade da “representação interventiva”, na qual o STF tinha a função final de decidir sobre a constitucionalidade do ato interventivo originário do Senado Federal. Em 1965, a Emenda Constitucional 16 instituiu o controle abstrato de normas estaduais e federais.

Nas Constituições de 1967 e 1969(?) o monopólio de ação continuou com o Procurador-Geral da República, enquanto que ao Presidente da República foi definida a competência para suspender ato estadual impugnado. A Emenda 1/69 previu o controle de constitucionalidade sobre ato municipal contrário à Constituição estadual. A Emenda 7, de 1977, introduziu a representação para fins de interpretação de lei, outorgando ao Procurador-Geral da República a legitimidade para provocar o pronunciamento do STF.

A Constituição de 1988 inovou principalmente ao ampliar o número de legitimados para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade. Ao lado do Procurador-Geral, o artigo 103 atribuiu tal competência ao Presidente da República, às Mesas do Senado, da Câmara e das Assembleias

⁵⁹Idem.

Legislativas, ao Governador de Estado, ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, aos partidos políticos com representante no Congresso Nacional e à confederação ou entidade sindical nacional.

A principal consequência produzida pela ampliação de legitimados, segundo Gilmar MENDES⁶⁰, foi o fortalecimento do controle concentrado e o enfraquecimento do controle incidental difuso, visto que praticamente todas as controvérsias passaram a ser resolvidas no âmbito do Supremo Tribunal, mediante controle abstrato de normas, inclusive com a concessão de medida cautelar.

Igualmente aprimorado foi o federalismo, na medida em que os governadores passaram a dispor de um instrumento mais eficaz de aferição da constitucionalidade das leis estaduais. A Constituição de 1988 revigorou também o sistema representativo, contemplando as minorias partidárias com a possibilidade de arguir a inconstitucionalidade das leis, assim como protegeu os direitos subjetivos através da Ação de Inconstitucionalidade saneadora de omissão normativa constitucional.

5. A regulamentação das ações de constitucionalidade

No ordenamento jurídico brasileiro, o processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal⁶¹, está regulamentado pela Lei 9.869, sancionada em 10 de novembro de 1999. Ela estabelece o rito processual para os institutos previstos nos arts. 102 e 103 da Constituição Federal de 1988, fruto da Emenda Constitucional 3/93.

AADC foi proposta, pela primeira vez, por Ives Gandra MARTINS e Gilmar Ferreira MENDES⁶², como alternativa à iniciativa do ex-presidente Fernando COLLOR de reintroduzir a Avocatória⁶³, que, criada pela Emenda

⁶⁰ MENDES. *A evolução...* Op.cit.p. 251.

⁶¹ O texto integral da lei pode ser encontrado em "<http://www.damasio.com.br>".

⁶² MARTINS, Ives Gandra da Silva, GARCIA, Fátima Fernandes de Souza. **Ação declaratória de constitucionalidade**. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva/MENDES, Gilmar Ferreira. **Ação declaratória de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 121.

⁶³ Introduzida na CF/697, a Avocatória atribuía ao STF, no art. 119,1, "o", competência originária para apreciar "as causas processadas perante quaisquer juízos ou Tribunais, cuja avocação deferir, a pedido do Procurador-Geral da República, quando decorrer imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas, para que se suspendam os efeitos da decisão proferida e para que o conhecimento integral da lide lhe seja devolvido".

da Constitucional 7, de 1977, não fora recepcionada pela Constituição de 1988. A Ação de Geral defender a constitucionalidade de uma norma quando instado Constitucionalidade, sustenta Gilmar MENDES⁶⁴, tem sua fundamentação teórica no Direito alemão e não constitui nenhuma novidade no Direito pátrio. Antes disso, porém, a Emenda Constitucional 16/65, ao criar a Ação de Representação Direta de Inconstitucionalidade, possibilitou ao Procurador por terceiros a arguir-lhe a inconstitucionalidade. Por isso MENDES⁶³ considera a ADC uma ADIn. com sinal trocado. Este é o mesmo entendimento de Hugo de Brito MACHADO⁶⁶, para quem ambas constituem forma de provocação da Corte Maior para manifestar-se sobre atos normativos em tese.

Na análise da Lei 9.868/99, uma primeira constatação que fica evidente é a diferença de finalidades que as ações buscam alcançar. Determina o inciso I do art. 3º que a petição propositora da ADIn. indicará “o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado”. Já o inciso I do art. 14 ressalta que petição inicial da ADC indicará “o dispositivo da lei ou do ato normativo questionado”. Ou seja, enquanto uma ação pretende um posicionamento do STF sobre um ato que se pretende impugnar, por inconstitucional, retirando-o do ordenamento, a outra busca tão-somente obter da Corte superior uma declaração de que determinado ato, que está sendo questionado, tem validade constitucional.

Esta diferença de finalidade a alcançar também se reflete na formulação da petição inicial. Assim é que, conforme o art. 3º, I, na ADIn. a petição indicará o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações. Já o art. 14, III, estabelece que na ADC é obrigatória a apresentação de documento que comprove a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da

⁶⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **A ação declaratória de constitucionalidade: a inovação da emenda constitucional n. 3, de 1993.** In. MARTINS, Ives Gandra da Silva/MENDES, Gilmar Ferreira. **Ação declaratória de constitucionalidade.** São Paulo: Saraiva, 1995. Segundo ele, na constituição alemã de Weimar, de 1919, no seu artigo 13, existia a possibilidade de se pedir o pronunciamento de um Tribunal em caso de dúvidas ou controvérsias sobre a compatibilidade de disposição do direito estadual com o direito federal (p. 59). A Lei Fundamental de Bonn outorgou à Corte Suprema a competência para exercer o controle abstrato no caso de existência de dúvidas entre compatibilidade de leis federais e a Lei Fundamental (p. 62).

⁶⁵ MENDES. A Ação Declaratória.. Op.cit.,p. 62.

⁶⁶ MACHADO, Hugo de Brito. **Ação declaratória de constitucionalidade.** In. MARTINS, Ives Gandra da Silva/MENDES, Gilmar Ferreira. **Ação declaratória de constitucionalidade.** São Paulo: Saraiva, 1995, p. 112.

disposição objeto da ação declaratória. O que se pretende impugnar ou questionar nestas ações é a adequação de dispositivo da lei ou do ato normativo à Constituição, conforme prevê o acima citado inciso I do art. 3º, em se tratando de ADIn. ou do inciso I do art. 13, quando for o caso de ADC.

A Lei 9.868 regulamentou um aspecto importante do processo, qual seja, dos prazos. Na ADIn. o relator pede informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado. O parágrafo único do art. 6º prevê que tais informações deverão ser prestadas em 30 dias contados do recebimento do pedido. Decorrido este prazo, serão ouvidos, sucessivamente, o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, que deverão manifestar-se, cada qual, em 15 dias (art. 8º). Somente vencida esta etapa é que será lançado o relatório, com cópia a todos os Ministros e pedido de dia para julgamento (art. 9º).

A questão dos prazos na ADC está redigida de maneira truncada, fruto da má técnica legislativa. O art. 19 informa que decorrido o prazo do artigo anterior, será aberta vista ao Procurador-Geral da República, que deverá pronunciar-se no prazo de 15 dias. O problema é que não há artigo anterior — no caso da ADC (do 13º ao 18º) — que mencione qualquer prazo, como ocorre na ADIn., conforme prevê o referido art. 8º. Ali era possível fazer referência a “vencidos estes prazos” pois o art. 6º estabelecia quais eram “estes prazos” — os 30 dias para que o relator ouvisse os órgãos ou autoridades. Já no caso da ADC não existe “prazo do artigo anterior”. Assim, o Procurador-Geral será ouvido depois de quanto tempo? Na falta de um dado mais preciso, é possível delimitar-se este prazo como aquele contido no § 3º do art. 20, que estabelece que as informações, perícias e audiências serão realizadas no prazo de 30 dias, contados da solicitação do relator.

A Lei 9.868 não inovou em relação aos legitimados para a propositura da ADIn., mantendo a mesma relação prevista pelo art. 102 da CF/88. O art. 13, por seu turno, limita os legitimados à proposição da Ação Declaratória de Constitucionalidade de lei ou ato normativo federal ao Presidente da República, às Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal e ao Procurador-Geral da República.

Outra diferença prevista pela lei, entre os dois institutos, é em relação às fontes que deverão ser consultadas pelo Ministro-relator na formação de seu juízo de valor sobre a constitucionalidade do ato ou lei que se pretende ver declarada. Na ADIn. o relator pede informações: a)

ao órgão do qual emanou a lei ou o ato normativo impugnado; b) às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado; c) a outros órgãos ou entidades, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes; d) ao Advogado-Geral da União; e) ao Procurador-Geral da República.

Na ADC são consultados, conforme estabelecem os arts. 19 e 20: a) o Procurador-Geral da República; b) o Perito ou comissão de peritos; c) pessoas com experiência e autoridade na matéria; d) Tribunais superiores; e) Tribunais federais; f) Tribunais estaduais.

O Procurador-Geral tem garantido um prazo de 15 dias para oferecer seu parecer. Os demais agentes serão ouvidos, se for o caso, para prestar “informações adicionais”, a critério do Ministro-relator, em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, como frisa o § 1º do art. 20.

No que concerne à Medida Cautelar, o STF está autorizado a concedê-la, observadas as condições impostas pela lei. No caso da ADIn., o art. 10 determina que a liminar só será concedida após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado. Tais agentes públicos deverão se pronunciar no prazo de 5 dias. O Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, por sua vez, serão ouvidos no prazo de 3 dias.

Somente em caso de excepcional urgência (§ 3º) o Tribunal Superior poderá deferir a medida cautelar sem a audiência destes órgãos ou autoridades. A liminar concedida terá eficácia *erga omnes* e efeito *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa (art. 11, § 1º). Da mesma forma, a concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior aca-so existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário (§ 2º).

Em relação à ação principal, reza o art. 12 que havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de 10 dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de 5, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação.

O procedimento para concessão de cautelar, na ADC, é mais simples, como prevê o art. 21. Neste caso o STF determinará 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.

O Tribunal deverá proceder ao julgamento da ação no prazo de 180 dias, sob pena de perda de sua eficácia. Segundo o art. 24, proclamada a constitucionalidade, torna-se Improcedente a ADIn. e Procedente a ADC; admitida a inconstitucionalidade entende-se Procedente a ADIn. e Improcedente a ADC. Quanto à possibilidade de recurso, determina o art. 26 que a decisão é irrecurável, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória.

Quanto à declaração de inconstitucionalidade e tendo em vista a segurança jurídica ou interesse social excepcional, o STF poderá tomar, por maioria de dois terços de seus membros, uma das três medidas admitidas pelo art. 27 da Lei 9.868: a) restringir os efeitos daquela declaração; b) decidir que ela só terá eficácia a partir de seu trânsito em julgado; c) decidir que ela só terá eficácia a partir de outro momento fixado pelo Judiciário.

Ao agir desta forma, o STF verdadeiramente não vai declarar a lei inconstitucional, invalidando-a. Antes disso, essa permissão mais se assemelha a uma declaração de incompatibilidade, nos moldes da doutrina alemã. A lei não determina qual será o “outro momento” que será fixado, mas o certo é que durante este período a lei atacada continuará em plena vigência.

O parágrafo único do art. 28 determina que as declarações de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a “Interpretação conforme a Constituição” e a “Declaração Parcial de Inconstitucionalidade sem redução de texto”, terão eficácia *erga omnes* e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

Dada a importância que desempenham na questão do controle de constitucionalidade é necessário explicitar cada um desses pontos, como faz Gilmar MENDES⁶⁷.

a) “Interpretação conforme a Constituição”. O Tribunal parte do princípio de que o legislador busca positivar uma norma constitucional, conforme é o princípio da constitucionalidade da lei. Isto significa que a lei positi-

⁶⁷MENDES. A Evolução...Op.cit.,p. 267.

vada não contraria o disposto na Constituição, antes, pelo contrário, está de acordo com os seus parâmetros. Se sua constitucionalidade for questionada, o Tribunal não deve negar sua legitimidade, visto que o legislador interpretou corretamente a Constituição no momento de elaborá-la. A interpretação resulta, por parte do órgão Judiciário, numa declaração de constitucionalidade da lei.

Este tipo de interpretação só é possível quando o legislador, manifestamente, não comete nenhuma violência contra a expressão literal do texto, ou seja, quando não altera o significado do texto constitucional, ou, na expressão de Sepúlveda PERTENCE, não age “desconforme a Constituição”.⁶⁸

b) “Declaração Parcial de Inconstitucionalidade sem redução do texto”. É o instrumento que o Tribunal dispõe quando pretende realçar que determinada aplicação da norma é contrária à Constituição. Assim a lei “X” é inconstitucional se aplicável a uma hipótese “Y”.⁶⁹ O Tribunal deixa explícito que aquela hipótese de aplicação é inconstitucional, sendo nula somente esta parte. O restante do texto continua válido.

c) “Efeito vinculante e eficácia *erga omnes*”. Não só em relação aos órgãos do Poder Judiciário como também da Administração Pública federal, estadual e municipal, as decisões do STF terão efeito vinculante, obrigando todos a seguirem a orientação fixada pela Corte Suprema. Esta eficácia *erga omnes* obsta, segundo Gilmar MENDES⁷⁰, que a questão seja novamente submetida à apreciação do STF, sob a forma de ADIn. Entretanto, mudando as circunstâncias fáticas, não há como evitar que, sob outro contexto, a matéria seja apreciada. É o caso da decisão do STF, que concede prazo em dobro para a Defensoria Pública enquanto o órgão não estiver estruturado. Se, num momento seguinte tal Defensoria estiver em pleno funcionamento, poderá o STF mudar sua posição, desconsiderando a possibilidade de conceder-lhe o prazo dilatado. BRYDE⁷¹ entende que “os conhecimentos sobre o processo de mutação constitucional exigem que se admita nova aferição da constitucionalidade da lei no caso de mudança da concepção constitucional”.

⁶⁸Citado por MENDES. *A Ação Declaratória...Op.cit.,p. 272.*

⁶⁹MENDES. *A Ação Declaratória... Op.cit.,p. 275.*

⁷⁰Idem, *ibidem*, p. 281.

⁷¹Citado por MENDES. *Ação Declaratória... Op.cit.,p. 283.*

O Poder Legislativo não é alcançado pelo efeito vinculante, pois, segundo Oswaldo PALU⁷², com a declaração de constitucionalidade nada ocorre no mundo jurídico a não ser a certeza do Direito, posto que os pressupostos de admissibilidade são a dúvida, a controvérsia e a incerteza. Mas a lei vige do mesmo modo pelo qual vigia antes da sentença e o Poder Legislativo não fica impedido de alterar ou revogar a norma, mesmo após declarada sua constitucionalidade pelo STF. Outro é o entendimento de Clèmerson CLEVE⁷³, para quem o efeito vinculante deveria, do mesmo modo, atingir também os atos do Poder Legislativo, pois não há razão que justifique a discriminação.

O efeito da sentença vincula o próprio STF, segundo José Afonso da SILVA⁷⁴, pois prevalece a teoria da coisa julgada material oponível a todos os órgãos Judiciários, inclusive o que proferiu a decisão. Logo, o STF não poderá conhecer de processo em que se pretenda algo contrário à sua declaração e citando Nagib SLAIBI FILHO, lembra que o Supremo fica unguído à sua decisão, devendo seguir a mesma linha ainda quando se trate de julgamento de constitucionalidade incidental pelo Plenário.

Idêntica é a posição de CRUZ TUCCI⁷⁵, ao argumentar que se o pedido deduzido na ADC for reputado improcedente, a respectiva decisão, transitada em julgado, gozará igualmente de eficácia *erga omnes*, não mais podendo ser arguida a inconstitucionalidade da lei antes examinada perante qualquer Tribunal, inclusive a Excelsa Corte.

Essa, entretanto, não é a opinião de Gilmar MENDES⁷⁶. Para ele, a expressão “demais órgãos do Poder Judiciário” indica que o STF não é alcançado pelo efeito vinculante. A auto-vinculação, na sua opinião, é inadmissível pois, se de um lado congela o Direito constitucional, por outro obriga o Tribunal a sustentar tese errada ou já superada. Já a não observância do efeito vinculante pelos demais órgãos do Poder Judiciário caracteriza grave violação de dever funcional, típica do dolo ou da fraude, previstos no inciso I do art. 133 do CPC.

⁷² PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade**. SP: RT, 1999, p. 228.

⁷³ CLEVE. Op.cit.p. 209.

⁷⁴ SILVA, José Afonso. Op.cit.p. 63. ⁷⁵ CRUZ TUCCI. Op.cit.,p. 148.

⁷⁶ MENDES. **A ação declaratória...**Op.cit.,p. 104.

Considerações finais

1. Embora haja nítida concordância de que o juiz, ao declarar a lei, de alguma forma a está interpretando, há que se reconhecer que o Direito Judiciário assume um papel muito mais relevante do que uma mera prática hermenêutica. Os Juízes, no moderno constitucionalismo, assumem cada vez mais as funções de legisladores, mesmo porque necessitam reafirmar seu poder diante do crescimento da presença do Executivo nas ações do Estado. Durante muito tempo o Judiciário manteve-se afastado dos debates ocorridos na sociedade e os juízes limitavam-se a declarar a lei, numa posição pretensamente neutra e imparcial. Hoje em dia essa postura não mais se justifica, seja pelo agravamento da crise social, que exige uma intervenção direta do Judiciário, seja pela necessidade de defesa dos princípios democráticos e constitucionais, muitas vezes subjugados diante da pressão de grupos económicos mais fortes, que possuem mecanismos de interferência nas atividades dos poderes legislativo e Executivo. Portanto, assumindo o papel de juízes legisladores, os magistrados nada mais fazem do que fortalecer a democracia e o equilíbrio entre os poderes.

2. A fundamentação da separação dos poderes está na defesa da própria democracia. Os poderes devem estar de tal modo separados que não seja possível, a um deles, assumir o controle total do Estado, exercendo todas as suas funções, sejam elas executivas, legislativas ou judiciais. A ditadura do Executivo, em sua forma civil ou militar, ou a ditadura parlamentar, ou ainda o Governo dos Juízes, são fantasmas que assombram os democratas e os defensores das liberdades públicas. Nesse sentido é que a separação dos poderes assume efetiva importância, pois se cada um realizar a sua função, e ao mesmo tempo for controlado pelos demais, num verdadeiro sistema de controle recíproco, na forma dos checks and balances, haverá com certeza condições objetivas para a existência de um Estado Democrático de Direito.

3. O controle de constitucionalidade, como ensinou CAPPELLETI, pode ser executado: a) na forma difusa, por qualquer juiz ou tribunal, ou mesmo pelo Supremo Tribunal Federal, através do Recurso extraordinário; b) na forma concentrada, de maneira abstrata, pela Corte constitucional. O legislador pátrio recentemente editou a lei 9.868, dispondo so-

bre o processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade perante o STF. Tal normatização veio regulamentar o disposto nos artigos 102 e 103 da Constituição Federal, onze anos depois de sua promulgação. O expediente da ADIn. é largamente utilizado no Direito brasileiro, dado ao elevado número de legitimados ativados para exercerem a ação. Aliás, esta foi a grande contribuição que a CF/88 prestou ao instituto, democratizando o que antes era monopólio do Procurador-Geral da República.

4. Pode-se considerar, ao final, que no Brasil a função de criação do Direito Judiciário é exercida em toda sua plenitude pelo Supremo Tribunal Federal, respaldada pela norma constitucional e pela lei infraconstitucional. Diante de um Executivo que governa basicamente através de Medidas Provisórias, e de um Legislativo que utiliza as Comissões Parlamentares de Inquérito(CPIs) como instrumento de pressão sobre os demais poderes, a atividade legislativa do Judiciário brasileiro, notadamente de sua Corte maior, deve ser saudada como uma contribuição ao aperfeiçoamento do regime democrático, da harmonia entre os poderes da República e a preservação do Estado Democrático de Direito.

A República, como salientou o Ministro Carlos VELLOSO, em sua palestra aos portugueses inicialmente referida, fez do Judiciário brasileiro um poder político, inspirando-se no modelo constitucional norte-americano. Esse poder político assenta-se na jurisdição constitucional e no monopólio da função jurisdicional conferidos ao Judiciário, conforme previsto no art. 5º, XXXV. Isto significa que, no Brasil, o Estado sujeita-se ao controle judicial. Natural, portanto, que o juiz, ao analisar a ação (ou omissão) legislativa, lhe dê uma outra interpretação, que pode assumir a face de um novo direito, o direito judicial. Neste sentido ele é também um legislador.

Referências bibliográficas

- BASTOS, Celso Ribeiro. **Ação declaratória de constitucionalidade**. In. MARTINS, Ives Gandra da Silva/MENDES, Gilmar Ferreira. **Ação declaratória de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 1995.
- BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo**. Trad. de Sérgio Bath. 6ª ed. Brasília: UnB, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 5ª ed. São Paulo : Malheiros, 1994.
- BRITO, Evaldo. **Aspectos inconstitucionais da ação declaratória de constitucionalidade de lei ou de ato normativo federal**. In. MARTINS, Ives Gandra da Silva/MENDES, Gilmar Ferreira. **Ação declaratória de constitucionalidade**. SP: Saraiva, 1995.
- CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre : Fabris, 1984.
- _____. **Juízes legisladores?** Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993. CLEVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1995.
- CRUZ TUCCI, José Rogério. **Aspectos processuais da denominada ação declaratória de constitucionalidade**. In. MARTINS, Ives Gandra da Silva/MENDES, Gilmar Ferreira. **Ação declaratória de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 1995.
- DOBROWOLSKI, Sílvio. **Novas funções e estrutura do poder judiciário na Constituição de 1988 : uma introdução**. **Revista de Informação Legislativa** n.108, out/dez. 1990.
- FIGUEIREDO, Marcelo. **A ação declaratória de constitucionalidade — inovação infeliz e inconstitucional**. In. MARTINS, Ives Gandra da Silva/MENDES, Gilmar Ferreira. **Ação declaratória de constitucionalidade**. São Paulo :Saraiva, 1995.
- FREEMAN, Samuel. **Democracia e controle jurídico da constitucionalidade**. Trad. de Álvaro Vita. In. Lua Nova, n. 32, São Paulo: CEDEC, 1994.
- GILISSEN, John. **Introdução histórica do direito**. 2ª ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.
- HELLER, Hermann. **Teoria do estado**. São Paulo: Mestre Jou, 1998.

- HOBSBAWN, Eric. **Sociedade de incertezas**. Entrevista concedida a DIAS, Otávio, “Caderno Mais”, jornal **Folha de São Paulo**, 11 jun/2000.
- LOCKE, John. **Segundo tratado do governo civil**. In. **Os Pensadores**. 2ª ed. Trad. de Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. São Paulo: Abril Cultural, 1978.
- MACHADO, Hugo de Brito. **Ação declaratória de constitucionalidade**. In. MARTINS, Ives Gandra da Silva/MENDES, Gilmar Ferreira. **Ação declaratória de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 1995.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva, GARCIA, Fátima Fernandes de Souza. **Ação declaratória de constitucionalidade**. In. MARTINS, Ives Gandra da Silva/MENDES, Gilmar Ferreira. **Ação declaratória de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 1995.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva, MENDES, Gilmar Ferreira. **Ação declaratória de constitucionalidade**. SP: Saraiva, 1995, p. 112.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **A evolução do direito constitucional brasileiro e o controle da constitucionalidade da lei**. In. MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.
- _____. **A ação declaratória de constitucionalidade: a inovação da emenda constitucional n.3, de 1993**. In. MARTINS, Ives Gandra da Silva/MENDES, Gilmar Ferreira. **Ação declaratória de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 1995.
- _____. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- OMMATI, Fides. **Dos freios e contrapesos entre os poderes do estado**. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n.55 jul/set 1997.
- PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade**. São Paulo: RT, 1999.
- SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. **Separação de poderes: evolução até a Constituição de 1988 – Considerações**. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n. 115, jul/set 1992.
- SCARTEZZINI, Ana Maria. **A ação de declaração de constitucionalidade da lei e os princípios constitucionais**. In. MARTINS, Ives Gandra da Silva/MENDES, Gilmar Ferreira. **Ação declaratória de constitucionalidade**. SP: Saraiva, 1995.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16ª ed.

São Paulo: Malheiros, 1999.

SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de. **Reflexões sobre o princípio da separação de poderes : o “parti pris” de Montesquieu. Revista de Informação Legislativa.** Brasília, n.68, out/dez. 1980.

TOCQUEVILLE, Alexis. **A democracia na América. In. Os Pensadores.** 2ª ed. Trad. de J.G.Albuquerque. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

TOURAINÉ, Alain. **O que é a democracia?** 2.ed. Trad. de Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis: Vozes, 1996.

WALD, Amoldo. **Alguns aspectos da ação declaratória de constitucionalidade.** In. MARTINS, Ives Gandra da Silva/MENDES, Gilmar Ferreira. **Ação declaratória de constitucionalidade.** São Paulo: Saraiva, 1995.

VELLOSO, Carlos. Palestra proferida em Portugal sobre o poder Judiciário brasileiro, em 23/06/99. Endereço eletrônico : <http://200.130.4.8.net/html/noticias.html>