

XI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI CHILE - SANTIAGO

DIREITO CONSTITUCIONAL II

MARCELO NEGRI SOARES

RUBENS BEÇAK

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito Constitucional II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Marcelo Negri Soares; Rubens Beçak – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-574-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: Direitos Sociais, Constituição e Democracia na América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Direito. 3. Constitucional. XI Encontro Internacional do CONPEDI Chile - Santiago (2: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI CHILE - SANTIAGO

DIREITO CONSTITUCIONAL II

Apresentação

DIREITO CONSTITUCIONAL II

É com imensa satisfação que o CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito torna público à comunidade científica o conjunto dos artigos aprovados e apresentados no Grupo de Trabalho intitulado DIREITO CONSTITUCIONAL II, produzidos no XI Encontro Internacional do CONPEDI, sob o enfoque dos DIREITOS SOCIAIS, CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA NA AMÉRICA LATINA, realizado presencialmente em Santiago do Chile entre os dias 13, 14 e 15 de outubro de 2022. Foram diversas temáticas tratadas, neste que foi o primeiro encontro científico presencial após a pandemia do COVID-19, dentre esses temas, foram apresentados trabalhos sobre: os meios alternativos de solução de conflitos para desafogar o Judiciário na esfera dos conflitos envolvendo a Administração Pública; a natureza jurídica da ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), que não existe como ação, mas sim como reclamação ou arguição; Lei Geral de Proteção de Dados: a proteção e exclusão de dados; a dicotomia entre imunidade e isenção tributária na inconstitucionalidade da Lei Complementar n. 187/2021 para regulamentação das contribuições sociais das instituições beneficentes de assistência social (terceiro setor); contextualizando a cidade de Araraquara, com reinserção do idoso no meio social, em vista do aumento da população idosa; o problema da segregação humana pelo avanço tecnológico e dificuldade de acesso; destaque para a questão da mídia jornalística e blogs na liberdade de expressão versus direito ao esquecimento e a proteção dos direitos da personalidade; o fenômeno do politicamente correto na incidência versus ponderação (debate entre Friedrich Muller e Alexy); a questão se o voto aberto pode interferir no resultado final da votação, com a possibilidade de avaliação do representante pelos seus representados, isto é, a outorga da transparência; sobreposição da culturalização, desconstrução das práticas sociais aceitas e dissociação entre direito e cultura na proteção dos bens jurídicos sob a ótica da dignidade da pessoa humana; binômio laicidade do estado e liberdade religiosa; crítica o quórum para iniciativa popular em Emendas Constitucionais no Brasil; estudo comparado no juiz de garantias; a interpretação jurídica em Ronald Dworkin para uma Constituição pluralista e democrática, a partir de uma ideia política; separação de poderes: o Poder Judiciário como poder nulo versus um certo ativismo e o constitucionalismo popular na construção da democracia; judicial review e ativismo judicial; por fim, sobre a cláusula democrática no MERCOSUL e a questão do Paraguay.

Trata-se de coletânea composta diversos trabalhos aprovados oralmente, sendo que também foram submetidos previamente ao processo denominado double blind peer review (dupla avaliação cega por pares) dentro da plataforma PublicaDireito, que é mantida pelo CONPEDI.

Os referidos Grupos de Trabalho contaram, ainda, com a contribuição de vinte e três proeminentes pesquisadores ligados a renomadas instituições de ensino superior do país, incluindo alguns mestrandos e doutorandos.

Nesta esteira, a coletânea que ora se apresenta é de inegável valor científico. Pretende-se, com esta publicação, contribuir com a ciência jurídica e com o aprofundamento da relação entre a graduação e a pós-graduação. Importante lembrar, ainda, da contribuição deste congresso com a formação de novos pesquisadores.

Agradecemos ainda a todas as pesquisadoras e pesquisadores pela inestimável contribuição e desejamos a todos uma ótima e proveitosa leitura!

Santiago (Chile), 17 de outubro de 2022.

Prof. Pós-Dr. Marcelo Negri Soares - Coordenador de GT Conpedi – UNICESUMAR-PR

Prof. Dr. Rubens Beçak - Coordenador de GT Conpedi – Livre-docente - USP

O STF COMO LEGISLADOR CONSTITUINTE SUBSTITUTO: A “CRIAÇÃO” DA ADPF COMO UM QUARTO TIPO DE “AÇÃO” DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

BRAZILIAN SUPREME COURT AS A SUBSTITUTE LEGISLATOR: THE IMPROPER CREATION OF ONE MORE INSTRUMENT OF CONCENTRATED JUDICIAL REVIEW

Raquel Mousinho de Moura Fé ¹

Resumo

O presente trabalho investigou a interpretação emprestada pela Lei n. 9.882/99 ao art. 102, § 1º, da CR/88, endossada pela prática jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal de mais de 20 anos, que lhe atribui competência para conhecer de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF. Em síntese, buscou-se responder ao seguinte problema de pesquisa: em que medida a aludida lei e a práxis da Corte de vértice do Judiciário brasileiro realiza a competência atribuída pela Constituição, de forma sistemática, em matéria de jurisdição constitucional, ao Supremo Tribunal Federal e em que medida respeita o princípio da Separação de Poderes tratado por Nuno Piçarra? O método de pesquisa adotado foi o dedutivo e a técnica de pesquisa foi a bibliográfica. Assim, após um exercício exegético-hermenêutico do art. 102, § 1º, da CR/88, concluiu-se que a prática jurisprudencial do STF em matéria de controle de constitucionalidade por via de ADPFs extrapola em parte a competência dispensada constitucionalmente àquela Corte. Para além disso, arrematou-se que a assunção indevida de competência pelo STF em matéria de jurisdição constitucional afronta o princípio da Separação de Poderes enquanto “organização ótima das funções estatais”, ao passo que arroga para ele o papel de legislador constituinte substituto, invadindo a ampla liberdade de conformação política deste e usurpando o núcleo essencial da função legislativa (PIÇARRA, 1989, p. 261) e, ainda, deixa de manter os Poderes nas órbitas de atribuições definidas pelo constituinte originário.

Palavras-chave: Adpf, Competência extrapolada, Supremo tribunal federal, Separação de poderes, Organização ótima das funções estatais

Abstract/Resumen/Résumé

This text reports an investigation about the interpretation given by Law n. 9.882/1999 to an constitutional provision, endorsed by the jurisprudential practice of the Brazilian Supreme Court for more than 20 years, which gives it competence to hear a new kind of concentrated judicial review called Argument of Noncompliance with a Fundamental Precept – ADPF. In summary, we sought to answer the following research problem: to what extent the aforementioned law and the praxis of the Brazilian Supreme Court - STF performs the

¹ Doutoranda em Direito no UNICEUB. Advogada de empresa pública federal e assessora jurídica.

competence attributed by the Constitution, in a systematic way, in matters of constitutional jurisdiction to that Court and to what extent does it respect the principle of Separation of Powers developed by Nuno Piçarra? The research method adopted was deductive and the research technique was bibliographic. Thus, after an exegetical-hermeneutic exercise of one of the constitutional provisions, it was concluded that the jurisprudential practice of that Court in matters of judicial review through ADPFs partially extrapolates the competence constitutionally granted to the Brazilian Supreme Court. In addition, it was concluded that the improper assumption of competence by STF in matters of constitutional jurisdiction affronts the principle of Separation of Powers as an “optimal organization of state functions”, while it assumes the role of substitute constituent legislator and it fails to keep the state Powers in the orbits of attributions defined by the original constituent.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Adpf, Extrapolated competence, Brazilian supreme court, Separation of powers, Optimal organization of state functions

INTRODUÇÃO

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF a que se refere o art. 102, § 1º, da Constituição da República vem sendo assimilada quase unanimemente pela doutrina pátria¹ como também pela jurisprudência nacional de mais de 20 anos como uma via autônoma, uma verdadeira “ação”, por meio da qual se devam submeter atos normativos *lato sensu* ao controle concentrado de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal – STF. Mas é essa mesma a vocação constitucional da ADPF? E isso coadunaria com o princípio da Separação de Poderes?

A jurisdição constitucional, reconheça-se, é um tema dos mais debatidos pelos juristas. Ela é suportada pelo princípio da supremacia da Constituição. Como se sabe, o controle de constitucionalidade brasileiro inicialmente aderiu ao modelo norte-americano de controle concreto, inspirado no célebre caso Marshall x Madison, o qual supria a ausência do *stare decisis* por resolução do Senado. A partir da Emenda n. 16 à Constituição de 1946, admitiu-se uma via direta de controle de constitucionalidade em abstrato. Inicialmente, tratava-se de “representação interventiva” (e não “ação”, quer dizer, sem “autor”, sem “réu, sem “contraditório” e sem “garantia de ampla defesa”), criada pela Constituição de 1934, por meio da qual o Procurador-Geral da República, chefe do Ministério Público Federal, levava ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal suspeita de inconstitucionalidade e a este Tribunal incumbia apreciá-la.

A Constituição Federal de 1988 elevou essa “representação interventiva” a uma ação declaratória, inicialmente denominada “ação direta de declaração de inconstitucionalidade”, cujo autor, legitimado extraordinariamente para a causa como substituto da sociedade, era apenas o mesmo Procurador-Geral da República enquanto o Advogado Geral da União foi eleito curador da lei ou ato normativo impugnado, passando, inclusive, a ser “citado” para apresentar manifestação defensiva, independentemente de essa defesa ser ou não contrária aos interesses da União.

Atualmente, a quase totalidade dos livros de processo constitucional enumeram como espécies de ação de controle concentrado de constitucionalidade, ao lado da ação direta de inconstitucionalidade – ADI, da ação direta de inconstitucionalidade por omissão – ADO e da ação declaratória de constitucionalidade – ADC, a “arguição” de descumprimento de preceito

¹ Por todos, citam-se apenas alguns doutrinadores: CUNHA JÚNIOR, 2016, p. 315 e ss.; DIMITRI *et* LUNARDI, 2014, p. 158 e ss.; MENDES *et* BRANCO, 2013, p. 1214 e ss.; além dos outros mencionados no corpo deste artigo.

fundamental – ADPF, alçada à condição de “ação”, notadamente por obra da Lei n. 9.882, de 1999.

Ocorre que, apesar da práxis já assentada e do cômodo posicionamento doutrinário, não se assente que esse é mesmo o desenho de teoria geral de controle de constitucionalidade bosquejado pela Constituição da República. Por isso, questiona-se-o, num primeiro momento, a partir de exercício exegético-hermenêutico exploratório do art. 102, § 1º, da Constituição da República e, num segundo momento, a partir da teoria de Nuno Piçarra quanto ao princípio da Separação de Poderes.

1 O EXERCÍCIO EXEGÉTICO-HERMENÊTICO DE INTERPRETAÇÃO DO ART. 102, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

O vigente art. 102, § 1º, da Constituição da República – CR/88 é aquele que prescreve (para não dizer “preceitua”) que “A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”.

Para Sérgio Resende de Barros, pelo simples fato de a Constituição da República ter qualificado a ADPF como “arguição” (um *accessorium in alterum incidens*) e não como “ação” em si (um *principale in se*), isso já seria suficiente para concluir pela inconstitucionalidade da Lei n. 9.882, de 1999, afinal “jamais poderia ser transformada em uma ação direta para controle principal da constitucionalidade”².

Para além disso, é devido registrar que o dispositivo constitucional retrotrasladado tinha redação diversa da que hoje possui, tendo sido alterado após o texto aprovado pela Assembleia Constituinte ter sido enviado à publicação no Diário Oficial da União³. Originalmente não tinha duas das três vírgulas que hoje possui. Dispunha que “A arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”.

Esse é apenas um elemento que erige a suspeita fundada de que a ADPF referida pelo texto constitucional não é mesmo uma nova espécie de “ação” de controle concentrado de constitucionalidade. A leitura do texto original, aliás, pode dar a entender tratar-se a ADPF de gênero cujas espécies são, isto sim, tão-só a ação direta de inconstitucionalidade (quer por ação, quer por omissão) e a ação declaratória de constitucionalidade.

² Disponível em <http://www.srbarros.com.br/pt/inconstitucionalidade-das-leis-9868-99-e-9882-99.conf>. Acesso em 11.08.2022.

³ Documento levado à publicação pelo DOU. Disponível em <http://www.senado.leg.br/publicacoes/GeneseConstituicao/pdf/genese-cf-1988-2.pdf#cap6r>. Acesso em 09.08.2022.

Em expectando do texto constitucional a melhor técnica legislativa, também não seria possível deduzir tratar-se a ADPF de mais uma “ação” da competência do Supremo Tribunal Federal – STF. A competência do “Tribunal de vértice” brasileiro consta taxativamente no *caput* e incisos do art. 102 da Constituição da República, estruturalmente organizada em três blocos, a saber: no inciso I, o da competência originária do STF; no inciso II, o da competência recursal ordinária; e, no inciso III, o da recursal extraordinária. A ação direta de inconstitucionalidade e a declaratória de constitucionalidade, constam, por isso, no rol de ações da competência originária do Tribunal (na alínea a do inciso I do art. 102 da Constituição da República, portanto). A forma como seriam essas duas ações apreciadas pelo STF, isso sim seria objeto de lei ordinária, a teor do art. 102, § 1º, da Constituição da República.

Em 1999, sobreveio, contudo, a Lei n. 9.882, outorgando ao STF mais uma competência, a de apreciar ADPF como se fosse uma “ação”, uma que caberia, na dicção do seu art. 1º, para “evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público” (*caput*) e também “quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição” (parágrafo único, inciso I)⁴.

Desde a edição dessa Lei, a doutrina e a jurisprudência têm assumido que a ADPF é mais uma espécie de ação de controle concentrado de constitucionalidade. Quer dizer, ignorando a inconstitucionalidade total da Lei n. 9.882, de 1999, passou a concentrar seus esforços investigativos apenas em torno de esclarecer o que se deve tomar por “preceito fundamental”, suposto parâmetro do controle de constitucionalidade via ADPF, como se esse fosse um conceito jurídico indeterminado que devesse o STF desenredar contextualmente, em cada caso que vai a conhecimento do Tribunal.

Com efeito, caso se tratasse a ADPF de uma espécie à parte de ação de controle concentrado de constitucionalidade, dever-se-ia admitir o “preceito fundamental” como um conceito jurídico indeterminado a ser desvelado casuisticamente pelo STF. Todavia, não entendemos que o seja.

Uma razão que reforça a suspeita de que a expressão “preceito fundamental” não quer se referir a uma categoria especial de norma constitucional – nem hierarquicamente superior às demais nem mais relevante com relação às outras – é colhida a partir dos debates travados

⁴ Segundo o texto da Lei n. 9.882/1999 aprovado pelo Congresso Nacional, seria, ainda, objeto de ADPF “a interpretação ou aplicação dos regimentos internos das respectivas Casas, ou regimento comum do Congresso Nacional, no processo legislativo de elaboração das normas previstas no art. 59 da Constituição Federal”. Segundo confirma a exposição de motivos da lei, ela se prestava também a instaurar o controle abstrato incidental do processo legislativo.

durante a Assembleia Constituinte até 22.09.1988 e também durante os trabalhos revisionais da vigente Constituição da República, levados a cabo entre novembro de 1993 e junho de 1994. “Preceito” era termo rotineiro para se referir às “regras” constitucionais que estavam por ser estatuídas/revisadas⁵. “Preceito fundamental” só ocorreu uma vez, aludindo a um aumento dos vencimentos dos Ministros do STM, que teria entrado em vigor derogando a Constituição, “como ensina George Burdeau, ao lembrar que os três poderes do Estados podem alterar os preceitos fundamentais em atos conjuntos de interesse público político e social”⁶. Ao que nos

⁵ Exemplos de referências ao termo “preceito” colhidas dos 89 Diários de Revisão Constitucional (quase 4700 folhas): “ora a falta de cumprimento dos preceitos jurídicos que facilitarão a defesa das pessoas que sejam e que estão sendo acusadas neste momento perante este órgão misto” (Diário ano I, n. 02, de 24.11.1993, fl. 81); “ha de possibilitar que muitos desses preceitos de fato venham a se viabilizar na prática” (Diário ano I, n. 06, de 01.12.1993, fl. 110); “preceitos que orientam a Revisão Constitucional” (Diário ano II, n. 33, de 09.03.1994, fl. 1458); “mantivesse preceito no sentido da autonomia municipal” (Diário ano II, n. 36, de 12.03.1994, fl. 1742); “cumprindo, portanto, preceituação traçada pela Arquidiocese de Fortaleza” (Diário ano II, n. 37, de 16.03.1994, fl. 1749); “sem ampliação dos preceitos contidos no art. 37, inciso XI, da Constituição Federal” (Diário ano II, n. 39, de 18.03.1994, fl. 1881); “tentando fazer ruir esses preceitos moralizadores” (Diário ano II, n. 41, de 23.03.1994, fl. 1943); “obrigatoriedade da observância dos preceitos da lei complementar nas resoluções do Senado Federal” (Diário ano II, n. 46, de 31.03.1994, fl. 2157); “presta-se justa ênfase à manutenção dos preceitos que uma vez respeitados, constituem fatores seguros de promoção da eficiência no serviço público” (Diário ano II, n. 47, de 06.04.1994, fl. 2547); “é com base neste preceito que estou solicitando a palavra” (Diário ano II, n. 48, de 07.04.1994, fl. 2653); “venha agora, na Medida Provisória n. 457, garantir esse preceito constitucional” (Diário ano II, n. 51, de 13.04.1994, fl. 2864); “Conforme o preceito constitucional já invocado” (Diário ano II, n. 52, de 15.04.1994, fl. 2912); “algo que não corresponde aos preceitos técnicos mundialmente aceitos” (Diário ano II, n. 52, de 15.04.1994, fl. 2923); “A tese da dupla revisão exige prévia derrogação da norma proibitiva (garantia de eternidade) para que se proceda à alteração dos preceitos por ela assegurados” (Diário ano II, n. 54, de 21.04.1994, fl. 3080); “Subordina, por meio do paragrafo único do art. 3º do substitutivo, aos preceitos deste projeto de lei o poder de organiza9ao e estruturação do Sistema Nacional de Prevenção, Fiscalização e Repressão de Entorpecentes concedido ao Poder Executivo” (Diário ano II, n. 58, de 29.04.1994, fl. 3324); “O preceito imperial transitou para as constituições republicanas com uma modificação de relevo” (Diário ano II, n. 59, de 30.04.1994, fl. 3378); “Com maior razão devemos acentuar o caráter eminentemente prático do preceito em uma Lei que se afirma como Constituição Cidadã” (Diário ano II, n. 59, de 30.04.1994, fl. 3380); “vejo com certa apreensão que este Congresso Revisor, não fazendo a revisão, que é um preceito da Lei Maior, está, irresponsavelmente, colocando em perigo não só a democracia, como também o destino do povo que o elegeu” (Diário ano II, n. 60, de 04.05.1994, fl. 3399); “Defesa dos preceitos do Estatuto da Criança e do Adolescente” (Diário ano II, ano 61, de 05.05.1994, fl. 3468); “No Brasil, na década de 80, a área de saúde foi palco de profundo processo de reorganização que se cristalizou nos preceitos da Constituição de 1988” (Diário ano II, n. 60, de 04.05.1994, fl. 3546); “sem esquecer outros preceitos relacionados a serviço público nos setores da educação, da justiça e dos transportes” (Diário ano II, n. 62, de 06.05.1994, fl. 3674); “Vale aqui a remessa à Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, assinada na Rio-92, que preceitua, entre os direitos e deveres dos Estados” (Diário ano II, n. 66, de 14.03.1994, fl. 3821); “Se observado, tal preceito garante que aos índios sejam restritamente assinaladas as terras que lhes sejam necessárias para sua sobrevivência enquanto sociedades distintas da sociedade neo-brasileira envolvente” (Diário ano II, n. 67, de 20.05.1994, fl. 3936); “a matéria pode ser diretamente esclarecida pelo art. 303 do Regimento do Senado Federal, que repete o preceito de que a votação não se interrompe senão por falta de quórum, pelo término da sessão” (Diário ano II, n. 68, de 25.05.1994, fl. 4173); “acredito que o nobre Relator cultua o preceito da nossa democracia, buscando o consenso” (Diário ano II, n. 68, de 25.05.1994, fl. 4175); “A concepção de seguridade social assumida pela Constituição Federal de 1988 foi inovadora em ralação aos preceitos basilares dos programas sociais desenvolvidos até então em nosso País” (Diário ano II, n. 71, de 01.06.1994, fl. 4375); “Fica aqui consignado. Sr. Presidente. o meu respeito a V. Ex”, que realizou uma boa obra ao convocar este Parlamento. dentro dos preceitos da Constitui9ao e do Regimento desta Casa” (Diário ano II, n. 71, de 01.06.1994, fl. 4646).

⁶ A citação completa, colhida dos Diários da Revisão Constitucional, é a seguinte: “Por iniciativa do Superior Tribunal Militar, o Congresso aprovou uma lei, em 1989, aumentando os vencimentos dos Ministros do STM e declarando que cessava a equiparação do almirante-de-Esquadra. Sancionado pelo Presidente da República, o diploma legal entrou em vigor com a força derogatória até da Constituição, como ensina George Burdeau, ao

parece, à expressão “preceito fundamental”, não foi dado significado ou significância tamanha como hoje a doutrina e jurisprudência intenta fazer. Ela combinava, isto sim, com dispositivo outro que depois veio a ser suprimido do texto constitucional, um que seria incluído ao art. 5º da CR/88 e que prescreveria que “*cabe ação de inconstitucionalidade contra ato ou omissão que fira ‘preceito’ desta Constituição*”.

No texto atual da CR/88, a expressão “preceito fundamental” aparece apenas uma vez, é verdade, enquanto o termo “preceito”, isoladamente, ocorre outras três vezes. Ele foi utilizado em substituição aos termos “princípios” ou “requisitos”, constantes das versões anteriores do texto constitucional. Em suas três ocorrências – vide arts. 17, *caput*⁷, 29, *caput*⁸, e art. 227, § 1º, CF⁹ – o termo pode ser cambiado também por “regra” sem que haja prejuízo semântico.

Adotando entendimento de que a ADPF é uma quarta via de controle concentrado de constitucionalidade¹⁰, como já se adiantou, a doutrina e a jurisprudência majoritárias ficam a confabular, em cada caso, o que se deverá considerar “preceito fundamental” justificador do processamento¹¹ e, quiçá, da concessão de ordem para fazer cessar pretensa lesão a ele¹².

Ao que se diz, “é muito difícil indicar, *a priori*, os preceitos fundamentais da Constituição passíveis de lesão tão grave que justifique o processo e julgamento da arguição de descumprimento” (MEIRELLES, 2016, p. 687). Comumente não se nega a qualidade de “preceitos fundamentais” aos direitos e garantias fundamentais, aos princípios protegidos pelas cláusulas pétreas (“garantias de eternidade”) do art. 60, § 4º, da CR/88 nem tampouco aos princípios sensíveis dispostos no seu art. 34, inciso VII, da mesma Constituição de 1988 (SARMENTO, 2001, p. 91).

De forma a robustecer o entendimento de que “preceito fundamental” é conceito jurídico indeterminado, ampliador da competência do STF, veicula-se que “o efetivo conteúdo

lembrar que os três poderes do Estado podem alterar os preceitos fundamentais em atos conjuntos de interesse público político e social” (Diário ano II, n. 43, de 25.03.1994, fl. 2075).

⁷ “Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos: (...)”.

⁸ “Art. 29. O Município rege-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: (...)”.

⁹ “Art. 227. (...) § 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: (...)”.

¹⁰ Para Luís Roberto Barroso (2008, p. 303), por exemplo, a despeito das desconfianças iniciais e do longo lapso de tempo decorrido até a sua regulamentação, a ADPF vem se tornando um instrumento valioso de tutela dos direitos fundamentais.

¹¹ A respeito, ver, por exemplo: TAVARES, 2001, p. 51.

¹² Como a ADPF é tomada como “ação” de controle concentrado, a ela de praxe se atribuem os mesmos contornos da ADI, por exemplo, reconhecendo que tem *causa petendi* aberta, por isso, em última instância, ser o STF o definidor de qual é o “preceito fundamental” lesado nos casos submetidos a seu conhecimento.

das *garantias de eternidade* somente será obtido mediante esforço hermenêutico. Somente essa atividade poderá revelar os princípios constitucionais que, ainda que não contemplados expressamente nas cláusulas pétreas, guardam estreita vinculação com os princípios por elas protegidos e estão, por isso, cobertos pela garantia de imutabilidade que delas dimana” (MEIRELLES, 2016, p. 689). Daí que a tarefa de conhecer os “preceitos fundamentais” seria contextual, extraível a partir de um dado sistema constitucional, e, na realidade normativa brasileira, dependeria de examinar detidamente a prática jurisdicional do STF.

Tal assertiva, impregnada da doutrina estrangeira¹³, quer induzir o raciocínio de que a “lesão a preceito fundamental” não cuida apenas de ofensa a um princípio ou a um direito fundamental, mas a todo um sistema constitucional (seria, primeiro, lesão à liberdade de ação¹⁴ e, ainda, lesão ao princípio da reserva legal – MEIRELLES, 2016, p. 691). Quem maneja ADPF instrumentalizaria questionamento a respeito do pertencimento de uma norma jurídica – municipal, anterior à Constitucional de 1988 ou controvérsia constitucionalmente relevante, até mesmo judicial – ao atual sistema constitucional (“*reserva da Constituição*” – MEIRELLES, 2016, p. 691).

Ocorre que a instituição de novo tipo de processo objetivo, à revelia do texto normativo (MÜLLER, 2013, p. 44-45) constitucional, e consequente ampliação do que pode ser objeto de controle direto e em abstrato pelo STF – inclusive leis e atos normativos municipais, atos normativos infralegais, normas revogadas e atos jurisdicionais de interpretação direta de cláusulas constitucionais¹⁵ – desarranja o equilíbrio entre os poderes da República delineado pelo atual sistema constitucional brasileiro¹⁶, como se explica em seguida.

2 DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

¹³ Forçando uma comparação da ADPF brasileira ao recurso constitucional alemão ou mesmo ao recurso de amparo espanhol. Vale registrar que na Alemanha não existe controle difuso de constitucionalidade e, na Constituição espanhola, art. 53, n. 2, é condição de admissibilidade do recurso de amparo o esgotamento da via judicial.

¹⁴ Klaus Schlaich fala em afronta a um direito geral de liberdade (*apud* MEIRELLES, 2016, p. 693).

¹⁵ Vale rememorar que o Projeto de Emenda Constitucional que pretendeu reformar o Judiciário antes da PEC n. 45/2004, no caso, a PEC n. 96/92, que pretendia criar a hipótese de o STF passar a ter competência para “determinar a suspensão de processo em curso perante qualquer juízo ou tribunal, para proferir decisão exclusivamente sobre a questão constitucional suscitada” em incidente de inconstitucionalidade “quando relevante o fundamento de controvérsia judicial, sobre constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal” foi rejeitado pelo Congresso.

¹⁶ “O princípio da separação e independência dos Poderes não possui uma fórmula universal e apriorística e completa: por isso, quando no ordenamento brasileiro, em dogma constitucional de observância compulsória pelos Estados-membros, o que a estes se há de impor como padrão não são concepções abstratas ou experiências concretas de outros países, mas sim o modelo brasileiro vigente de separação e independência dos Poderes, como concebido e desenvolvido na Constituição da República” (STF. **ADI n. 183**, Relator ministro Sepúlveda Pertence, julgada em 07.08.1997, DJ de 31.10.1997).

Diz-se isso entendendo que o conteúdo do princípio da Separação de Poderes atualmente adotado no Brasil, captável especialmente do que consta no Título IV da CR/88, possibilita que um poder exerça controle sobre a atividade confiada ao outro. Mesmo se acaso sobreviesse emenda constitucional tocando o tema da Separação de Poderes, a Constituição deveria ser sensível à nova conformação institucional do Estado, desde que se mantivesse o núcleo político do princípio, mediante a preservação do livre e desembaraçado desempenho das típicas atribuições constitucionais de cada um dos Poderes, que lhes assegure independência.

Quer dizer, a ampliação de competências pelo STF desequilibra o princípio da Separação de Poderes ao passo que faz concentrar poder no Tribunal de vértice do Judiciário nacional. O seu equilíbrio depende de pautar as competências dos órgãos judiciais pelo texto constitucional e apenas por ele, muito mais assumindo o caráter nacional do Judiciário brasileiro.

A ADPF tem sido admitida como quarta via de controle concentrado de constitucionalidade pelo STF, uma que pode ter por objeto: lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os pré-constitucionais, atos normativos infralegais, eventualmente normas já revogadas e atos jurisdicionais de interpretação direta de cláusulas constitucionais¹⁷, todos atos do Poder Público que, em tese, poderiam lesar preceito fundamental.

Repensar os instrumentos do controle concentrado de constitucionalidade perante o STF, esvaziando-o até que reste apenas o que a Constituição previu expressamente¹⁸, por considerar que aquilo que não possa ser conhecido por aquele Tribunal por via de ADI (e ADO, que é tipo de ADI) e ADC extrapola a sua competência, afronta os princípios da separação de

¹⁷ É célebre a manifestação de Nelson Jobim, um dos Constituintes, em debate sobre a impossibilidade de se adotar, num regime democrático, instituto que, tal como a Avocatória da EC n. 7 à Constituição Federal de 1967 (art. 119, inciso I, alínea “o”), que suprimisse instância de julgamento para levar diretamente ao STF questão não decidida (ou não completamente) pelos juízes de instâncias inferiores. Ele disse: “Não podemos em nome, pura e simplesmente, de finanças públicas, de saúde e segurança, suprimir o poder e o direito da parte ao duplo grau de jurisdição, o direito da parte ao juiz de sua comarca, ao Tribunal do seu Estado, para satisfazer algo extremamente desajustado ao sistema, para fazer com que o Supremo Tribunal Federal, que não tem competência para julgar questões federais, por decisão sua, passe a ter essa competência. Isto subverte o sistema, a divisão de trabalho que esta casa aprovou e a Comissão de Sistematização soube manter” (Diário da Assembleia Nacional Constituinte de 07.04.1988, fl. 9092-9094).

¹⁸ São poucos os autores que, ainda hoje, erguem a voz para bradar a inconstitucionalidade da Lei n. 9.882/99. Alexandre de Moraes registra em seu livro que “Essa hipótese de arguição de descumprimento de preceito fundamental, prevista no parágrafo único do art. 1º, da Lei nº 9.882/99, distanciou-se do texto constitucional, uma vez que o legislador ordinário, por equiparação legal, também considerou como descumprimento de preceito fundamental qualquer controvérsia constitucional relevante sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição. (...) O legislador ordinário utilizou-se de manobra para ampliar, irregularmente, as competências constitucionais do Supremo Tribunal Federal, que conforme jurisprudência e doutrina pacíficas, somente podem ser fixadas pelo texto magno. Manobra essa eivada de flagrante inconstitucionalidade, pois deveria ser precedida de emenda à Constituição” (MORAES, 2000, p. 614).

poderes (além de outros, como o do juiz natural) e contorna só de longe a política judiciária desenhada pela Constituição para a atuação do STF.

Assim, passados 20 anos desde que o STF conheceu da sua primeira ADPF, entende-se que é o caso de rever a Teoria Geral de controle de constitucionalidade no que atine aos seus instrumentos de controle concentrado, inclusive levantando, a partir de dados empíricos, o tratamento dado às ADPFs apresentadas perante o STF e a repercussão das decisões tomadas no espaço invadido de competência, digo, aquelas que tiveram por objeto lei ou ato normativo municipal, atos normativos infralegais, normas revogadas e interpretação direta de cláusulas constitucionais pelos juízes e tribunais.

Prezando pela clareza do texto científico, explicita-se que, segundo o art. 102 da Constituição da República, os legítimos instrumentos de controle concentrado de constitucionalidade no Brasil são a ação direta de inconstitucionalidade (por ação ou por omissão) – ADI/ADO e a ação declaratória de constitucionalidade – ADC. Dessa feita, as leis e atos normativos “federais”, se eivados de inconstitucionalidade, podem ser objeto de ADI/ADO ou ADC, conforme o caso (art. 102, inciso I, alínea a, CR/88), e as leis e atos normativos “estaduais” podem ser objeto de ADI (art. 102, inciso I, alínea a, 1ª parte, CR/88), independentemente de serem contemporâneos à vigente Constituição ou anteriores a ela (pré-constitucionais), porquanto o texto constitucional não faz distinção entre as duas¹⁹.

3 A TEORIA DE SEPARAÇÃO DE PODERES DE NUNO PIÇARRA

Para além do que o chamado “modelo clássico” de repartição de poderes previu, Nuno Piçarra identificou que, com a teoria positivista alemã do Estado, a tripartição de poderes passou a identificar “a teoria da diferenciação dogmática das funções estaduais, de acordo com critérios jurídicos” (PIÇARRA, 1989, p. 247). E que, “a cada poder, órgão ou complexo orgânico unificado corresponderia exclusivamente uma função estadual materialmente definida – a isto se reduziria o princípio da separação dos poderes” (PIÇARRA, 1989, p. 247-248).

Tendo sido o princípio da separação de poderes dogmatizado, na visão de Nuno Piçarra, entendia-se que as atividades e funções estaduais eram redutíveis ao Direito, aliás que o Estado e o Direito se identificavam, o que foi refutado por Hans Kelsen. Para este, o Estado

¹⁹ Noutros termos, as ADPFs conhecidas para tratar de leis e atos normativos federais e estaduais pré-constitucionais não extrapolariam a competência constitucional do STF, apenas foram processadas da forma incorreta, enquanto deveriam ter sido por meio de ADI, ADO ou ADC. No mais, registre-se que a doutrina e a jurisprudência até admite a fungibilidade entre essas espécies de ação de controle concentrado.

não tem três, mas tão-só duas funções básicas: a criação e a aplicação do direito, que, ao seu ver, são funções supra e infra-ordenadas (KELSEN, 1998, p. 365)²⁰.

Para os kelsenianos, a noção de legislação (política) definitivamente não é uma oposição à atividade jurisdicional. Entendem que, “se a política é ‘decisão’, está claro que em toda sentença judicial, em maior ou menor medida, está presente um elemento do exercício do poder. (...) Entre o caráter político da legislação e o da jurisdição há apenas uma diferença quantitativa, não qualitativa” (NOJIRI, 2005, p. 133)²¹. Segundo Nuno Piçarra (1989, p. 250), no entanto, o entendimento de Kelsen “retirava à teoria da separação de poderes a sua sustentabilidade, enquanto teoria da diferenciação material ou intrínseca das funções jurídicas do Estado”.

Isso porque, na tripartição jurídico-funcional clássica, a função política não cabia a qualquer dos Poderes, de forma que “começou por ser considerada como uma função juridicamente livre. Ficava, por isso, fora do âmbito da análise jurídica e da teoria (jurídica) do Estado” (PIÇARRA, 1989, p. 251). Daí passou a ser exercida pelo monarca, titular do governo²².

Hoje, superou-se o entendimento de que a função política é juridicamente livre: “(...) fica excluída a possibilidade de a função política²³ ser considerada juridicamente livre e constitucionalmente desvinculada, pois todo e qualquer acto estadual carece de habilitação constitucional” (PIÇARRA, 1989, p. 253)²⁴.

A propósito, consoante assevera Nuno Piçarra, hoje o Estado conhece a **terceira fase do princípio da separação de poderes**²⁵. Inicialmente, ele teria sido idealizado para garantir

²⁰ “(...) a tricotomia usual é, no fundo, uma dicotomia, a distinção fundamental entre *legis latio* e *legis executio*. A segunda função, no sentido mais restrito, está subdividida em função jurídica e função executiva. (...) Assim, as funções do Estado provam ser idênticas às funções essenciais do Direito. É a diferença entre criação e aplicação do Direito que se expressa na distinção entre os poderes do Estado” (KELSEN, 1998, p. 365-366).

²¹ Para Lourival Vilanova, “A partir do poder constituinte, portador de atos políticos em sua maior discricionariedade de meios e fins, todos os fatos políticos, no interior do ordenamento, são fatos juridicamente qualificados” (VILANOVA, 2003, p. 395).

²² A Constituição Imperial não distribuiu ao então “Supremo Tribunal de Justiça” competência que não fosse estritamente judicial (art. 164). O artigo 173 previu uma espécie de débil controle para manter a integridade e superioridade da Constituição, a encargo da Assembleia Geral (VILANOVA, 2003, p. 391).

²³ “(...) a função jurisdicional, tal como actualmente se configure, constitui o contrapoder da função legislativa enquanto instrumento da função política” (PIÇARRA, 1989, p. 259).

²⁴ A partir da “mudança de paradigmas”, vendo a questão tal como leciona Thomas Kuhn, para quem “paradigmas são as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornece problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência” (KUHN, 2005, p. 13).

²⁵ Cezar Saldanha Souza Júnior, por sua vez, considera que a evolução do princípio da separação de poderes foi determinada pela especialização institucional do Estado e pensamento político, de maneira que haveria seis grandes blocos exercentes de soberania: o chefe de Estado, o Parlamento, o Judiciário, o Governo, a Administração e o Tribunal Constitucional. Jean Bodin, John Locke, Montesquieu, Benjamin Constant, Max Weber e Hans Kelsen teriam sido os principais pensadores, cujas obras contribuíram para a nova classificação

a liberdade individuais na égide do Estado Liberal; depois, confundir-se-ia com a teoria da diferenciação dogmática das funções estatais.

Nessa terceira fase, o referido princípio se identificaria com a **“organização ótima das funções estatais”**, que iria “no sentido de precisar a capacidade do princípio para fornecer critérios de solução quanto à exacta delimitação de competências entre os órgãos constitucionais, sobretudo em casos problemáticos” (PIÇARRA, 1989, p. 262). Esses critérios de solução seriam basicamente três: *a)* estrutura orgânica funcionalmente adequada; *b)* legitimação para decisão; e *c)* responsabilidade pela decisão (PIÇARRA, 1989, p. 262).

Se Nuno Piçarra denuncia a falência da tripartição clássica de poderes²⁶, como classificação universal e intemporalmente válida das funções estatais, e, sobretudo, o “progressivo esbatimento de fronteiras entre as diversas funções do Estado e a fluidez e relatividade dos critérios de caracterização material e de diferenciação entre elas”, isso o faz por entender, como Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que o caráter da lei foi mudado, desde que teorizada a separação de poderes, no século XVIII (FERREIRA FILHO, 2007, p. 256-258).

No Estado de Direito contemporâneo, a lei não seria mais aquela de outrora, geral e abstrata (“lei justiça”). O que a caracterizaria, longe de ser o seu conteúdo, seria a sua forma, seu processo de origem e a força jurídica de que dispõe (PIÇARRA, 1989, p. 256). Ela (a lei) teria deixado de ser apenas regra de Direito e passado a instrumento político por excelência (PIÇARRA, 1989, p. 254-255).

4 A SISTEMÁTICA USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA PELO STF QUANDO DO JULGAMENTO DE ADPFs EM MATÉRIAS NÃO COGNOSCÍVEIS VIA ADI, ADO OU ADC

Partindo do caráter dinâmico do sistema jurídico, Hans Kelsen (2007, p. 263) percebe a decisão judicial como a continuação do processo de regulação do direito por ele mesmo. A esse processo de recriação constante chama “processo de individualização” e “concretização

das funções políticas. Com a contribuição de Kelsen, deparar-se-ia com o “governamentalismo de Tribunal Constitucional”, que daria azo à hexapartição de poderes estatais (SOUZA JÚNIOR, 2002, p. 129-135).

²⁶ Para Paulo Bonavides, depois que se desfez a ameaça de volver o Estado ao absolutismo da realeza, “o princípio perdeu autoridade, decaiu de vigor e prestígio. Vêmo-lo presente na doutrina e nas Constituições, mas amparado com raro proselitismo, constituindo um desses pontos mortos do pensamento político, incompatíveis com as formas mais adiantadas do progresso democrático contemporâneo, quando erroneamente interpretado, conduz a uma separação extrema, rigorosa e absurda” (BONAVIDES, 1976, p. 146). Dalmo Dallari é do entendimento que, como a separação de poderes é um dogma, ninguém a nega, mas se buscam outros meios como alcançar eficiência, mantendo a aparência da separação de poderes. Por exemplo: delegação de poder (inclusive legislativo) e transferência constitucional de competências. Essas, ao seu ver, seriam soluções “artificiais, pois mantêm uma organização sem manterem o funcionamento que determinou sua criação” (DALLARI, 2002, p. 222).

constante e crescente”. Assim, a função do Judiciário seria sempre constitutiva (KELSEN, 1998, p. 139).

Nessa linha de raciocínio, Hans Kelsen caracteriza tanto aquelas normas gerais e abstratas, emanadas do Legislativo, como as individuais e concretas, emanadas de decisão judicial, ambas como “normas jurídicas”. Por conseguinte, do ponto de vista de uma ordem jurídica dinâmica, o Judiciário, ao aplicar a norma, criaria direito. São essas as razões por que Hans Kelsen concluiu que “a doutrina dos três poderes do Estado é – em termos jurídicos – a doutrina dos diferentes estágios da criação e da aplicação da ordem jurídica nacional”²⁷.

Segundo Mauro Cappelletti (1993, p. 24-25), “(...) é natural que toda interpretação seja criativa e toda interpretação judiciária *law-making*”. Portanto, a criação do direito pelo Judiciário faz parte de todo processo interpretativo, devendo-se discutir apenas o grau dessa criatividade, assim como os modos, limites e legitimidade da criatividade judicial (CAPPELLETTI, 1993, p. 21, 25).

Como uma causa da intensificação da criatividade judicial, Mauro Cappelletti (1993, p. 32, 34-35) arrola, ainda, a “revolta contra o formalismo”, desencadeado pela grande transformação do papel do Direito e do Estado²⁸, que, ainda que tenha ganhado contornos diferentes nos vários ordenamentos, repelia, em todas as suas expressões, o que o formalismo visava reforçar: “(...) o elemento da *lógica* pura e mecânica no processo jurisdicional, ignorando ou encobrendo, ao contrário, o elemento voluntarístico, discricional, da *escolha*”.

O papel da magistratura foi alterado, consoante assevera Cappelletti, tendo em vista a emergência do *welfare state* que privilegia os direitos sociais, forçando o Estado a superar suas funções tradicionais, de “proteção” e “repressão”:

O papel do governo não pode mais se limitar a ser o de um “gendarme” ou “night watchman”; ao contrário, o estado social – o *État providence*, (...) deve fazer sua técnica de controle social que os cientistas políticos chamam de promocional. (CAPPELLETTI, 1993, p. 41)

Mas, conquanto legislação e jurisdição constituam, ambas, processos de criação do direito (CAPPELLETTI, 1993, p. 26-27), elas são distintas por conta da sua frequência ou quantidade (grau), o modo de criação do direito por meio dos processos legislativo e

²⁷ “Na medida em que as chamadas funções executiva e judiciária consistem na criação de normas individuais com base em normas gerais e na execução das normas individuais, o poder legislativo, por um lado, e o poder executivo e o judiciário, por outro, representam apenas diferentes estágios no processo por meio do qual a ordem jurídica nacional – de acordo com os seus próprios dispositivos – é criada e aplicada. Esse é o processo por meio do qual o Direito ou, o que redundo no mesmo, o Estado, se regenera continuamente” (KELSEN, 1998, p. 369).

²⁸ Tornado agora, “Sociedade do Bem-Estar”.

jurisdicional é que são diferentes. Por isso, os juízes não são legisladores, eles simplesmente “criam o direito” por meio da interpretação (CAPPELLETTI, 1993, p. 74).

Mauro Cappelletti compreende o conceito de “interpretação” com o refinamento que Gadamer (2012, p. 498) o enunciou: “com ou sem consciência do intérprete, certo grau de discricionariedade, e pois de criatividade, mostra-se inerente a toda interpretação, não só à interpretação do direito, mas também no concernente a todos outros produtos da civilização humana”²⁹.

Dessa maneira, não existe norma jurídica que permita ser aplicada sem interpretação (BONAVIDES, 2011, p. 398). Isso se dá, segundo Sérgio Nojiri (2005, p. 143), em razão de a aplicação pressupor “uma prévia interpretação normativa diretamente vinculada a uma situação fática, nela prevista. A criação jurídica resulta, assim, da conjunção de uma hipótese normativa aplicada a um evento social”. Assim, no que interpreta as normas, o juiz funciona como ator do processo de criação do direito e não só do de sua aplicação.

Portanto, o que confere ao juiz sua legitimidade em participar da etapa de criação do direito é o fato de ele ter alçado o posto de “mestre da linguagem” (“maître du langage”), não continuando apenas como “boca da lei” (“bouche de la loi”), como o enxergava Montesquieu³⁰.

É bem verdade que, se, algumas vezes, o juiz cria interpretando a norma geral e abstrata, imprimindo significado à norma individual e concreta que dela derive, está simplesmente a realizar a norma – “criação no sentido fraco”, segundo termos de Sérgio Nojiri (2005, p. 145) ou mera “produção” do direito, nas palavras de Eros Grau (2005, p. 60)³¹ –, outras vezes, no entanto, extrapola o texto legal ou desconsidera a vontade declarada do legislador³², deixando que sua vontade política ou ideológica prevaleça – “criação no sentido

²⁹ E, em sentido semelhante, Paulo Bonavides, para quem, elevando-se ao máximo grau os valores da pessoa humana, ter-se-ia o “juiz social”, que “incorpora em seu juízo ou aparelho de reflexão e entendimento uma vasta e sólida pré-compreensão das questões sociais, pressuposto inalterável de toda a hermenêutica constitucional e de seu conceito de concretização” (BONAVIDES, 2011, p. 602).

³⁰ “Houve épocas (...) em que se tinha a função judicial como meramente aplicadora do direito posto pelo legislador. (...) Clareza, certeza, completude, tudo isso tornava supérflua a interpretação judicial, e reduzia a função jurisdicional à aplicação da generalidade da lei – postulado político-liberal – aos casos concretos que viessem ao juiz como litígios” (VILANOVA, 2003, p. 360). Nesse momento, a tese política decorrente era a da supremacia do Legislativo, representante imediato da nação e redução do juiz à posição subordinada de aplicação da vontade geral, válida como vontade da nação.

³¹ Ele cria ao passo que sua atividade não é meramente intelectual, mas também volitiva (ROSS, 2000, p. 168-169). “Julgar não é julgar o direito vigente, mas julgar de acordo com o direito que provém de fontes que independem dos juizes, muito embora eles, os juizes, se não elaboram o direito, colaboram na sua produção” (VILANOVA, 2003, p. 359).

³² O perigo de o juiz se converter em “juiz-legislador” (“um co-legislador equiparado ao legislador”), seguindo Lourival Vilanova, seria uma tendência do pensamento contemporâneo e se daria em razão do “pluralismo inquieto de fontes do direito”. Ao ver deste autor, o direito ambientado no século das transformações rápidas seria um direito social “feito de conceitos dóceis, elásticos, que permitam preencher o eventual vazio normativo, ou ampliar analogicamente (...) os preceitos, um direito sem tipos rígidos, ou acolhendo prodigamente o atípico” (VILANOVA, 2003, p. 364).

forte” (NOJIRI, 2005, p. 145) ou “criação” (GRAU, 2005, p. 60) –, atribuindo sentido inovador a texto de lei que não guarda correlação entre a literalidade do enunciado legal ou a vontade do legislador com a decisão produzida.

De uma ou de outra forma, ainda que não seja o juiz meramente “a boca que pronuncia as palavras da lei”, “sua função – dever-poder – está contida nos lindes da legalidade (e da constitucionalidade). Interpretar o direito é formular juízos de legalidade” (GRAU, 2005, p. 52). É a legalidade que ata o intérprete e o limita. “Do rompimento dessa retenção pelo intérprete autêntico resultará a subversão do texto” (GRAU, 2005, p. 52).

A validade da lei já não está em si própria mas na sua conformidade ou compatibilidade com os objectivos e os princípios constitucionais. A sua dimensão muitas vezes marcadamente política faz com que **a tutela dos princípios constitucionais e dos valores especificamente jurídicos em geral não possa caber, em última instância, ao legislador, mas aos tribunais** (nomeadamente ao tribunal constitucional), **os quais justamente nessa tarefa encontram o limite do seu poder.** (PIÇARRA, 1989, p. 261) (Grifos nossos)

Assim, pode-se dizer que o Judiciário será o legítimo “contrapoder” do legislador na medida em que se confinar ao controle exclusivamente jurídico da constitucionalidade das leis (PIÇARRA, 1989, p. 261), a partir da interpretação dos textos legais e da Constituição, em trabalho cujo caráter é irrecusavelmente político³³, afinal, “mediante esse controle, obtém ele não a simples aplicação ou inaplicação das normas jurídicas aos casos concretos, porém, mantém os Poderes em suas órbitas de atribuições, definidas pelo constituinte originário”³⁴.

Ao contrário, o Judiciário não está, de modo algum, legitimado a “erigir-se em contralegislador ou em substituto do legislador, invadindo a ampla liberdade de conformação política deste no quadro da constituição e usurpando o núcleo essencial da função legislativa” (PIÇARRA, 1989, p. 261).

Se, a teor do art. 5º, inciso XXXV da Constituição da República, é verdade, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, por outro lado, essa apreciação compete exclusivamente ao órgão do Judiciário a quem tiver sido atribuído competência, segundo as estritas regras consubstanciadas no texto constitucional, não

³³ “(...) admitir que sejam insuceptíveis de apreciação judiciária as questões políticas é admitir que ocorram no interior do ordenamento positivo fatos políticos sem qualificação jurídica alguma” (VILANOVA, 2003, p. 395).

³⁴ “Atua politicamente o Supremo Tribunal Federal mediante o controle da constitucionalidade das leis e dos atos dos demais Poderes. (...) Contém tais poderes em suas órbitas, cortando-se-lhes exorbitâncias, no declarar seus atos impossíveis em face da Constituição Federal, desaplicando os atos legislativos e regulamentares aos casos ocorrentes” (VILANOVA, 2003, p. 391).

admitindo redistribuição ou renúncia pelos próprios membros do Judiciário, sob pena de o órgão judicial se arrogar no papel de legislador constituinte substituto.

CONCLUSÕES

Compreendendo como Nuno Piçarra que, na terceira (atual) fase do princípio da separação de poderes, este deve ser entendido como a “organização ótima das funções estatais”, como o informador de “critérios de solução quanto à exata delimitação de competências entre os órgãos constitucionais”, critérios atinentes à estrutura orgânica funcionalmente adequada, legitimação para decisão e responsabilidade pela decisão (PIÇARRA, 1989, p. 262), temos que:

I. a “arguição de descumprimento de preceito fundamental” referida pelo legislador constituinte no art. 102, § 1º, da Constituição da República de 1988 não foi idealizada e não deve ser tomada como mais um instrumento de controle concentrado de constitucionalidade (ao lado de ADI, ADO e ADC) perante o STF, antes é referência genérica às várias formas de atuação desse Tribunal de vértice alistadas nos incisos I, II e III do mesmo artigo;

II. a lei ordinária reclamada pela parte final do dispositivo do art. 102, § 1º, da CR/88 não era uma com a feição da Lei n. 9.882/99 (criadora de novo tipo de “ação” de controle concentrado perante o STF), mas uma (ou várias) que tratasse(m) do procedimento, de como “arguir” (sustentar) o “descumprimento” (termo reconhecidamente mais amplo de “constitucionalidade”) dos vários processos da competência daquele Tribunal, como, aliás, o fizeram a Lei n. 8.038/90, a Lei n. 9.868/99 e o próprio Código de Processo Civil. Quer dizer, a Lei n. 9.882/99 não veio colmatar nenhuma lacuna legislativa, como se insiste em dizer na doutrina constitucionalista, mas extrapolou o comando constitucional contido na parte final do dispositivo do art. 102, § 1º, da CR/88;

III. as Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPFs que foram submetidas ao processamento e julgamento do STF e tinham por objeto leis e atos normativos federais ou estaduais, contemporâneos à atual Constituição da República ou pré-constitucionais, poderiam mesmo ter sido processados e julgados pelo STF mas como Ações Diretas de Inconstitucionalidade – ADIs;

IV. as ADPFs que foram submetidas ao processamento e julgamento do STF e tinham por objeto leis e atos normativos municipais, atos normativos infralegais e revogados e controvérsias em torno de atos jurisdicionais de interpretação direta de cláusulas constitucionais invadiram a esfera de poder dos demais poderes constituídos, ao passo que produziram decisões

(“normas-decisão”³⁵) de natureza eminentemente político-jurídicas para além de sua competência taxativamente definida pelo texto constitucional, de maneira a desarranjar o princípio da Separação de Poderes delineado pelos dispositivos da vigente Constituição da República; e

V. toda vez que o STF se apropria de competência alheia à sua para manejar controle concentrado em matéria de competência avassalada – repita-se: em matéria de leis e atos normativos municipais, atos normativos infralegais e revogados e controvérsias em torno de atos jurisdicionais de interpretação direta de cláusulas constitucionais –, arroga-se no papel de legislador constituinte substituto, invade a ampla liberdade de conformação política deste e usurpa o núcleo essencial da função legislativa (PIÇARRA, 1989, p. 261). No mais, a partir da desviante interpretação do art. 102, § 1º, da Constituição e do texto da Lei n. 9.882/1999, ele deixa de manter os Poderes nas órbitas de atribuições definidas pelo constituinte originário.

REFERÊNCIAS

- ANAIS DA ASSEMBLEIA CONSTITUINTE. Disponível em https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp. Acesso em 25.04.2020.
- ARGUELHES, Diego Werneck et all. O Supremo Individual: mecanismos de atuação direta dos Ministros sobre o processo político. In: **Direito, Estado e Sociedade**, n. 46, jan/jun 2015, p. 121-155.
- BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BELEM, Bruno Moraes Faria Monteiro. A (in)constitucionalidade da Lei n. 9.882/99 e a ADPF Paralela na Jurisprudência do STF. In: **Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná**, Curitiba, 2011, n. 2, p. 73-99.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.
- CARVALHO, Sérgio *et all.* **Estatística básica simplificada**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. 8ª ed. Salvador: JusPodium, 2016.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- DIÁRIOS DE REVISÃO CONSTITUCIONAL. Disponível em https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp. Acesso em 04.05.2020.
- DIMITRI, Dimoulis *et* LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

³⁵ MÜLLER, Friedrich. *Op cit*, p. 44-45.

- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do Processo Legislativo**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Vol. 1. Trad. Flávio Paulo Meurer. 12ª ed. Petrópolis: Vozes, 2012.
- GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KUHN, Thomas. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2005.
- MENDES, Gilmar *et* BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MEIRELLES, Hely *et all*. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 37ª edição. São Paulo: Malheiros, 2016.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- NOJIRI, Sérgio. **A interpretação judicial do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- PIÇARRA, Nuno. **A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.
- SARMENTO, Daniel. Apontamentos sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (orgs.). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: análises à Luz da Lei nº 9.882/99**. São Paulo: Atlas, 2001.
- SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como Poder: uma nova teoria da divisão dos poderes**. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002.
- ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Petição inicial da **ADI n. 2.231**. Relator original ministro Néri da Silveira, atual Relator ministro Dias Toffoli, apresentada em 27.06.2000, pendente de julgamento definitivo.
- ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Trad. Edson Bini. Bauru/SP: Edipro, 2000.
- VILANOVA, Lourival. **Escritos Jurídicos e Filosóficos**. Volume 1. São Paulo: Axis Mundi, 2003.