

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
CURSOS DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO
ORIENTADOR: PROF. DR. RAYMUNDO JULIANO RÊGO FEITOSA
MESTRANDO: MARCOS ANDRÉ COUTO SANTOS

**ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE
PRECEITO FUNDAMENTAL: LIMITES E
FINALIDADES DO INSTITUTO NO DIREITO
CONSTITUCIONAL BRASILEIRO.**

RECIFE, JUNHO DE 2003

MARCOS ANDRÉ COUTO SANTOS

**ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE
PRECEITO FUNDAMENTAL: LIMITES E
FINALIDADES DO INSTITUTO NO DIREITO
CONSTITUCIONAL BRASILEIRO.**

Dissertação final apresentada no Curso de Mestrado em Direito da UFPE, sob orientação do Professor Doutor Raymundo Juliano Rêgo Feitosa, como condição parcial à obtenção do grau de mestre em Direito.

RECIFE, JUNHO DE 2003

Agradecimentos,

A Deus pela minha existência,

Aos meus pais e à minha família pelo que sou, especialmente à minha irmã Mirela pela ajuda na revisão do *abstract* desta Dissertação,

A todos os amigos da Turma Paulo de Barros Carvalho da Faculdade de Direito do Recife – UFPE 1999.2,

Aos amigos e funcionários do Mestrado em Direito da UFPE, em especial a Carminha, Josi, Raquel e Wando,

Aos Professores Edson Silva, Dra. Eugênia Barza, Dr. Ivo Dantas, Dr. João Maurício Adeodato, João Parente, Dr. Marcelo Neves, Dr. Palhares Moreira Reis, Regina Rosa e Silva e Dra. Vera Della Santa, pelo constante apoio desde o início de minha vida acadêmica,

Aos colegas dos Departamentos e da Biblioteca da Faculdade de Direito do Recife, em especial a Aldemir, Edmilson, Edson, Eliane, Elza, Flávia, Hélio, Jackson, Lena, Milton e Sandra,

Aos inesquecíveis amigos Dra. Armanda Figueiredo, Dr. Fernando Cerqueira, Dr. Josias Figueiredo e Dra. Nilcéa Maggi, pelas oportunidades profissionais que me proporcionaram,

Aos caros colegas Procuradores Federais atuantes na Procuradoria Federal Especializada do INSS em Recife/PE, especialmente aos amigos da Divisão de Cobrança dos Grandes Devedores em Recife/PE, Dr. Cláudio Terrão, Dra. Elisabeth Sato, Dr. José de Carvalho e Dra. Márcia Menezes pelo constante incentivo,

Aos companheiros da Faculdade Integrada do Recife – FIR na qual leciono, pelo espírito acadêmico e pela amizade desinteressada,

Aos queridos amigos acadêmicos Professor Dr. Raymundo Juliano, André Melo, David Dantas, Evandro Menezes, George Galindo, Rodrigo Rosal e Virgínia Leal pela presença, competência e solidariedade sem o que este trabalho não teria conseguido o seu melhor intento,

Dedicatória,

A todos aqueles que lutam por um Brasil melhor, no qual o Direito sirva como uma alavanca para construção da Cidadania e para Proteção da Dignidade da Pessoa Humana.

“Deus me dê serenidade para aceitar as coisas que não posso mudar,
coragem para mudar aquelas que posso, e ainda sabedoria para enxergar a
diferença”. (autor desconhecido)

“Nada te perturbe, nada te espante
Tudo passa
Só Deus não muda
A paciência tudo alcança
Quem Deus tem nada lhe falta
Só Deus basta”. (autor desconhecido)

RESUMO

O objetivo da presente Dissertação consiste em aferir os limites e as finalidades constitucionais da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, específico instrumento de controle de constitucionalidade concentrado do Direito Constitucional Positivo Brasileiro, previsto atualmente no parágrafo 1º, do art. 102, da Constituição Federal de 1988, regulado pela Lei Federal nº 9.882/99. Tal estudo, eminentemente constitucional, justifica-se diante da necessidade de atestar as potencialidades de manejo deste novel instituto jurídico. A Dissertação é desenvolvida em três capítulos, quais sejam: 1-) Contextualização e características da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental no Brasil, bem como sua comparação com institutos congêneres do direito estrangeiro; 2-) Análise do referido instituto através do detalhamento dos seus principais elementos, quais sejam: o “descumprimento” e o “preceito fundamental”; 3-) Estabelecimento da dinâmica da referida Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, em sede do controle de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, especialmente na busca de uma maior promoção e proteção da cidadania com a garantia da dignidade da pessoa humana. Ao final, são apresentadas sugestões de modificação na legislação e na interpretação do referido instituto constitucional, almejando que o presente estudo sirva como contribuição a clarificar aspectos relevantes da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental no Brasil, potencializando sua utilização dentro dos seus adequados contornos e destinações.

ABSTRACT

The Dissertation's aim consists in check limits and purposes of "Argüição de Preceito Fundamental", particular brazilian constitutional law institute, included in the article two, first paragraph, the 1998 Brazilian Federal Constitution, regulated by the Federal Law n. 9.882/99. Such study, essentially constitucional, is justified at the necessity to corroborate the handling potentialities of that new judicial institute. This Dissertation is divided in three sections: 1) Context and characteristics of "Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental" in Brazil, as well as its comparison with others similars foreign law institutes. 2) A detailed study about the essencial elements of the referred constitucional institute in Brazil, especially the terms "disregarded" and "fundamental precept". 3) The mecanism and dynamics of the "Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental", at the Supreme Federal Court of Justice in Brazil, principally to the promotion and protection of citizenship and human's dignity. At the end, are presented some sugestions to modificate the actual legislation, discussing different meanings and destinations for this brazilian fundamental institute. We expected that the present study contribute for the clarification of the "Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental" brazilian constitucional institute, stabilishing its adequate uses and destinations.

SUMÁRIO

Abreviaturas e siglas adotadas.....	10
Introdução.....	11
Capítulo 1. O contexto da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental.....	17
1.1. A Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental na Constituição Federal de 1988 e na Lei nº 9.882/99.....	17
1.2. Semelhanças e diferenças com outros institutos do direito estrangeiro.....	44
1.2.1. <i>Writ of Certiorari</i> : conceito e características. Semelhanças e diferenças entre o <i>Writ of Certiorari</i> norte-americano e a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental.....	49
1.2.2. Recurso Constitucional Alemão: conceito e características. Semelhanças e diferenças entre o Recurso Constitucional Alemão e a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental.....	57
1.2.3. Recurso de Amparo Espanhol: conceito e características. Semelhanças e diferenças entre o Recurso de Amparo Espanhol e a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental.....	70
1.2.4. A Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental e a sua comparação com os institutos estrangeiros: análises críticas.....	86
Capítulo 2. Os elementos da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental.....	90
2.1. O Descumprimento.....	92
2.1.1. O descumprimento: visão do direito positivo.....	93
2.1.2. Os limites objetivos do descumprimento.....	94
2.1.3. Os limites subjetivos do descumprimento.....	106
2.1.4. O descumprimento: a busca de sua essência.....	110
2.2. Os Preceitos Fundamentais	112
2.2.1. Os preceitos fundamentais: visão do direito positivo e da doutrina pátria.....	114
2.2.2. Os preceitos fundamentais diante das novas teorias da hermenêutica.....	121
2.2.3. Os preceitos fundamentais como valores maiores numa perspectiva filosófica.....	140
2.2.4. Os preceitos fundamentais: a busca de sua essência.....	150

Capítulo 3. A dinâmica da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.....	157
3.1. O controle de constitucionalidade e sua finalidade: uma visão doutrinária tradicional.....	158
3.2. O Poder Judiciário, o povo e o controle de constitucionalidade: uma via para democratização e concretização da cidadania.....	163
3.3. As manifestações do Supremo Tribunal Federal (STF) em sede de Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental.....	190
3.4. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: propostas de reformulação para maior garantia da Constituição, dos preceitos fundamentais, da cidadania e da dignidade da pessoa humana.....	205
Conclusão.....	219
Bibliografia.....	223
Livros e Capítulos de Livros.....	223
Artigos de Revistas.....	231
Internet.....	239
Outros (Diário Oficial, Escritos não publicados).....	242
Anexo – Lei nº 9.882/99.....	244

ABREVIATURAS E SIGLAS ADOTADAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADIN	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AGU	Advocacia Geral da União
art.	artigo
arts.	artigos
CF	Constituição Federal
CF/88	Constituição Federal de 1988
cf.	conforme
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
DF	Distrito Federal
DJ	Diário da Justiça
EC	Emenda Constitucional
ed.	edição
LC	Lei Complementar
nº	número
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
org.	organizador
orgs.	organizadores
PEC	Proposta de Emenda Constitucional
pp.	página a página
QO	Questão de Ordem
rel.	relator
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TFC	Tribunal Federal Constitucional
trad.	tradutor
vol.	volume

INTRODUÇÃO

Através da presente Dissertação de Mestrado, objetiva-se estabelecer os limites e as finalidades da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, instituto do Direito Constitucional Brasileiro previsto atualmente no parágrafo 1º, do art. 102, da Constituição Federal de 1988, regulamentado pela Lei Ordinária Federal nº 9.882/99.

Recente no direito pátrio e ainda pouco utilizada,¹ a referida Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no Brasil é um instituto que vem provocando vários questionamentos e perplexidades perante os estudiosos dispostos a analisá-la, gerando debates das mais variadas matizes, desde as perspectivas constitucional, processual, passando até mesmo por discussões nos planos sociológicos, filosóficos e políticos sobre seus efeitos na ordem jurídico-constitucional pátria, como restará destacado ao longo desta Dissertação.²

Diante desta insegurança, nos diversos âmbitos acima referidos, acerca da correta compreensão das finalidades, limites e aplicações da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, é necessária a feitura do presente estudo teórico (Dissertação) para delinear a adequada teleologia e o papel da referida Arguição

¹ Registre-se que, após mais de 03 (três) anos da vigência da Lei nº 9.882/99, regulamentadora da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no Brasil, somente foram propostas perante o Supremo Tribunal Federal (STF) cerca de 41 (quarenta e uma) Arguições constitucionais, tendo, em apenas 2 (duas) delas, havido a concessão de liminar, quais sejam: a ADPF nº 10 e a ADPF nº 33. A maioria das Arguições foram indeferidas ou tiveram negados seus seguimentos perante o Pretório Excelso, atestando-se assim a ainda parca utilização do referido instituto. Para maiores detalhamentos a respeito destes aspectos, ver os itens 3.3. e 3.4. desta Dissertação.

² Quando nos referirmos às perplexidades, questionamentos e discussões relacionadas à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, estaremos destacando as principais polêmicas doutrinárias e jurisprudenciais relacionadas à aplicação, à delimitação e à funcionalidade do referido instituto no Direito Constitucional Pátrio. A apresentação destas principais perplexidades, discussões e questionamentos acerca da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, bem como de sua legislação reguladora (Lei nº 9.882/99), são destacados principalmente nos itens 1.1., 3.3. e 3.4. da presente Dissertação de Mestrado.

no cenário jurídico pátrio com base em uma hermenêutica constitucional emancipadora.³

Importante atentar que, mesmo destacando em alguns trechos da presente Dissertação aspectos processuais da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, o presente trabalho (Dissertação) não tem um viés processual. Na realidade, o que se almeja observar no presente estudo são os parâmetros do referido instituto no Direito Constitucional Pátrio para fins de delimitação de sua correta finalidade e utilização.

Para tanto, a presente Dissertação está dividida em 3 (três) grandes capítulos: 1-) O contexto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental; 2-) Os elementos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental; 3-) A dinâmica da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, propostas para sua adequação e reformulação.

No primeiro capítulo, procura-se mostrar o contexto no qual se insere a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental em sede da Carta Magna de 1988, na Lei nº 9.882/99 e diante de congêneres institutos do direito estrangeiro.

Prefacialmente, são destacadas as principais características da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, detalhando ainda os aspectos e as polêmicas mais relevantes relacionadas ao referido instituto constitucional, regulado atualmente pela Lei nº 9.882/99.

³ A expressão “hermenêutica constitucional emancipadora” tem lastro nas modernas técnicas de interpretação constitucional, nas quais resta ressaltada a importância dos princípios constitucionais, da máxima eficácia das normas constitucionais, da supremacia material da Constituição, da análise problematizante dos conflitos de interesse, da proporcionalidade e razoabilidade, da promoção da cidadania, da proteção da dignidade da pessoa humana. Enfim, a interpretação constitucional é feita lastreando-se nos valores fundamentais da ordem jurídica, tendo como principal elemento da relação o próprio ser humano. Vários autores desenvolvem tal linha hermenêutica com as suas peculiaridades, exemplificativamente: BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1ª edição, 1996, *passim*; BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa (Por um Direito Constitucional de luta e resistência - Por uma Nova Hermenêutica – Por uma repolitização da legitimidade)*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2001, *passim*; CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2ª edição, 1998, *passim* e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, *passim*.

Também, é comparada a Arguição de Descumprimento com outros institutos congêneres do direito estrangeiro, como o *Writ of Certiorari* Norte-Americano, o Recurso Constitucional Alemão e o Recurso de Amparo Espanhol.

Em síntese, neste primeiro capítulo, são destacados os caracteres e os aspectos constitucionais relevantes da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, objetivando compreender a importância do instituto na ordem jurídico-constitucional pátria.

No segundo capítulo, é estudada a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental através da análise dos principais elementos intrínsecos do instituto, quais sejam: o “descumprimento” e o “preceito fundamental”, caracterizando-se para tanto com detalhes os limites, alcances, significados e extensões destes termos jurídicos.

Portanto, visando demonstrar a utilização da Arguição constitucional para evitar ou sanar ocorrências de “descumprimentos” de “preceitos fundamentais”, defende-se que, somente com a correta interpretação destas expressões jurídicas, viabilizar-se-á uma adequada aplicação do novel instituto.

Frise-se, assim, que a delimitação conceitual dos termos “descumprimento” e “preceito fundamental” servirá para melhor compreensão das finalidades e dos limites imanentes da referida Arguição constitucional.

Já, no terceiro capítulo, é enfocada a dinâmica da Arguição de Descumprimento, destacando sua conexão com o sistema de controle de constitucionalidade, bem como estabelecendo ser o referido instituto um importante instrumento de defesa e construção da cidadania.

Então, inicialmente, é apresentada uma visão teórica tradicional sobre o controle de constitucionalidade e sua importância nos ordenamentos jurídicos da modernidade, principalmente como meio de defesa da supremacia formal da Constituição.

Dentro desta visão teórica clássica, são detalhados os principais pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal - STF ao apreciar e julgar Arguições de Descumprimento de Preceitos Fundamentais no Brasil, lastreados em regra por uma ótica interpretativa restritiva da importância e das potencialidades do novel instituto.

Em contraponto à perspectiva doutrinária clássica e jurisprudencial do STF, resta destacada a necessidade de visualizar os sistemas de controle de constitucionalidade como instrumentos de concretização dos direitos fundamentais e de promoção dos valores fundamentais da cidadania, resguardados nas Cartas Magnas.

Reforça-se, então, a necessidade de colocação da Arguição de Descumprimento dentro desta nova visão de proteção dos valores e preceitos constitucionais fundamentais, a fim de dar uma maior garantia à cidadania e à dignidade humana.

Com lastro neste novel entendimento, são elencadas sugestões de modificações na legislação e na interpretação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Feito este fechamento, a presente Dissertação é concluída, delineando como finalidade básica da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental a garantia última da dignidade humana, na proteção aos preceitos fundamentais quando estes forem ou estiverem na iminência de serem agredidos.

A importância técnica da temática da presente Dissertação está na necessidade de uma análise detalhada no âmbito constitucional da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, a fim de atestar mais claramente os limites e as finalidades constitucionais específicas do novel instituto, muito criticado e até hoje de tão poucos resultados dentro do ordenamento jurídico pátrio.⁴

⁴ Em consulta ao *site* do STF <<http://www.stf.gov.br>>, percebe-se que somente foram propostas no Brasil cerca de 41 (quarenta e um) Arguições de Descumprimento de Preceitos Fundamentais, das quais somente em 2 (duas) houve a concessão de liminares (ADPF nº 10 e ADPF nº 33). A respeito, ver o item 3.3. da presente Dissertação de Mestrado.

Além desta importância técnica, lastreada na hermenêutica constitucional e na principiologia da Carta Magna de 1988, quer-se imprimir para Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental a finalidade clara de ser um instrumento fundamental de defesa e promoção da cidadania dentro de uma Jurisdição Constitucional das Liberdades,⁵ residindo aí também a relevância do presente tema e da Dissertação não somente para os operadores do direito, mas também para todo o povo brasileiro.

Nesta ótica emancipadora, a ideologia constitucional⁶ impregnada no presente trabalho busca dar o máximo de efetividade possível à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, extraindo desta os melhores resultados rumo a uma proteção maior da cidadania e da ordem jurídico-constitucional pátria em sua integralidade.

Quanto à metodologia utilizada para feitura da presente Dissertação, objetivando analisar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, esta apoiou-se: primeiro, em um estudo doutrinário-teorético do Direito Constitucional Pátrio e Estrangeiro; segundo, em uma coleta e análise de documentos legislativos; e, terceiro, na pesquisa das decisões e julgamentos do STF relacionados ao referido instituto constitucional.

Assim, foram coletados artigos, livros, compêndios e trabalhos científicos em geral relacionados à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, aos institutos congêneres e ao controle de constitucionalidade, com fins de relacionar referências, coligando argumentos com fins de comparação e teorização acerca dos tópicos da presente Dissertação.

⁵ Sobre a caracterização da Jurisdição Constitucional das Liberdades, ver CAPPELLETTI, Mauro (trad. Aroldo Plínio Gonçalves). *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2ª edição, 1992, *passim*. Sobre a Jurisdição Constitucional das Liberdades, ver também os itens 3.2. e 3.4. da presente Dissertação de Mestrado.

⁶ Sobre a significação da expressão “ideologia constitucional”, ver DANTAS, Ivo. *O Valor da Constituição: Do controle de constitucionalidade como garantia da supralegalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2ª edição revista e aumentada, 2001 e BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 4ª edição, 1993.

Além disto, foi feito um levantamento documental-legislativo, procurando obter materiais, tais como: projeto-de-lei, substitutivo e vetos que ensejaram a aprovação da Lei nº 9.882/99, regulamentadora da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental no Brasil.

Ainda, foram pesquisados julgamentos e decisões exaradas em sede do Supremo Tribunal Federal – STF que implicassem a apreciação, aplicação e manejo da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental no Brasil da atualidade.

Em suma, procurou-se conciliar e agregar o estudo teórico-doutrinário (doutrina nacional e estrangeira), documental-legislativo (projeto-de-lei, substitutivo e vetos que ensejaram a aprovação da Lei nº 9.883/99) e jurisprudencial (decisões do STF sobre o tema), almejando bem situar os multifacetados aspectos da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental para caracterização de seus limites e finalidades constitucionais, objeto central da presente Dissertação nos termos acima deveras explicitados.

Por ser relevante à temática desta Dissertação, como anexo ao presente trabalho, foi acrescida ao final a íntegra da Lei nº 9.882/99, regulamentadora da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental no Brasil.

Por último, é necessário esclarecer que o texto da presente Dissertação foi construído preferindo em regra indicar de forma literal as idéias específicas dos autores pesquisados, a fim de garantir a fidedignidade das lições transmitidas, realizando, ao longo de todo o estudo, análises dos diversos argumentos colacionados de forma crítica e cientificamente delineada dentro dos objetivos acima traçados.

Restando destacada a temática, os contornos, a delimitação, a importância e a metodologia do estudo proposto, almeja-se, ao final da presente Dissertação, bem demonstrar e caracterizar os limites e finalidades da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, colaborando em consequência para o aprimoramento deste instituto no Direito Constitucional Pátrio.

Capítulo 1. O contexto da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental

Neste primeiro capítulo, para compreender a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, é necessário estabelecer as principais características e os questionamentos relacionados à legislação e à doutrina pátria aplicáveis ao novel instituto.

Também, a compreensão das finalidades e dos limites da referida Argüição de Descumprimento restará um pouco mais delimitada a partir de sua análise comparativa com semelhantes institutos jurídicos estrangeiros.

Portanto, neste capítulo primeiro, propõe-se apresentar os delineamentos gerais, os questionamentos e o histórico da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental no Brasil, estabelecendo ainda a comparação do referido instituto com congêneres no direito estrangeiro, a fim de começar a situar dentro de uma perspectiva inicialmente jurídico-positiva as características básicas, as finalidades, os limites e as potencialidades do referido instituto constitucional, objetivo central da presente Dissertação.

1.1. A Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental na Constituição Federal de 1988 e na Lei nº 9.882/99

A Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental é um instituto do Direito Constitucional Positivo Brasileiro que veio inserido de forma inovadora na redação originária do parágrafo único, do art. 102, da Carta Magna de 1988.

Com a Emenda constitucional nº 03 de 1993, a referida Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental passou a ser enquadrada no parágrafo 1º, do mesmo art. 102, da Constituição Federal de 1988, não sofrendo, entretanto, modificação no seu texto original que foi mantido em idênticos termos, quais sejam: “Art. 102.

Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: *omissis*. Parágrafo 1º. A argüição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos da lei”.

Como se percebe do referido dispositivo constitucional, trata-se de um novo instituto, afeto ao sistema de controle de constitucionalidade pátrio, para proteção específica perante o Supremo Tribunal Federal dos preceitos fundamentais decorrentes da Constituição Federal de 1988.

Preambularmente, o Supremo Tribunal Federal – STF decidiu ser o referido parágrafo 1º, do art. 102, da CF/88 uma norma de eficácia limitada; necessitando, portanto, o referido dispositivo constitucional de uma lei específica regulamentadora para que pudesse produzir seus amplos efeitos no âmbito material e processual.⁷

Somente em dezembro de 1999, ingressou no ordenamento jurídico a Lei nº 9.882/99, regulamentando o instituto constitucional da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Numa primeira análise da Lei nº 9.882/99, a finalidade básica da Argüição de Descumprimento aparenta ser a provocação jurídica imediata do Supremo Tribunal Federal – STF, objetivando uma proteção dos preceitos fundamentais em caso de agressões perpetradas, ou na iminência de sê-los, por atos do poder público em geral. Bem evidente o *caput*, do art. 1º, da Lei nº 9.882/99: “Art. 1º A argüição prevista no parágrafo 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”.

⁷ Neste sentido, podem ser destacados os julgamentos proferidos pelo STF na Pet 1365 QO/DF - DISTRITO FEDERAL - QUESTÃO DE ORDEM NA PETIÇÃO - Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Publicação: DJ DATA-23-03-01 PP-00086 EMENT VOL-02024-01 PP-00180, Julgamento: 03/12/1997 - Tribunal Pleno e na Pet 1140 AgR / TO - TOCANTINS - AG.REG.NA PETIÇÃO - Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES - Publicação: DJ DATA-31-05-96 PP-18803 EMENT VOL-01830-01 PP-00001, Julgamento: 02/05/1996 - Tribunal Pleno.

Além disto, nos termos do art. 2º c/c parágrafo 1º, do art. 4º, da Lei nº 9.882/99, somente poderão propor a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental perante o STF as pessoas legitimadas a interpor a Ação Direta de Inconstitucionalidade, devendo o Requerente demonstrar no momento do ajuizamento ser a Arguição de Descumprimento o único meio processual hábil a restabelecer a ordem jurídico-constitucional, quando certa lei, norma, decisão judicial, ato do poder público em geral estiverem afrontando um preceito fundamental decorrente da Carta Magna.⁸

Note-se, ainda, que, com fundamento no parágrafo 3º, do art. 5º, da Lei nº 9.882/99, ao ser distribuída a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, os Ministros do STF no plenário podem decidir suspender liminarmente todos os processos judiciais em curso no país com idêntico objeto ao da Arguição de Descumprimento proposta, especialmente quando vislumbrarem em caráter provisional a existência de grave lesão a preceitos fundamentais na ordem constitucional pátria.

Também, nos termos do *caput*, e parágrafo 3º, do art. 10, do art. 11 e do art. 12, todos da Lei nº 9.882/99, a decisão de mérito que julgue a Arguição de Descumprimento poderá ser modulada com efeitos *ex nunc* ou *pro futuro*, tendo eficácia contra todos e efeitos vinculantes em relação ao Poder Público, não sendo cabível da decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido da Arguição a interposição de qualquer recurso ou de Ação Rescisória.⁹

⁸ Por cautela, atente-se que, nos termos do parágrafo 1º, do art. 2º, da Lei nº 9.882/99, o cidadão em geral pode pleitear junto ao Procurador-Geral da República seja interposta Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental num caso concreto, mas a decisão acerca da interposição ou não da medida é de discricionariedade do representante maior do *Parquet Federal*.

⁹ Mesmo fugindo à temática central do presente trabalho, interessante destacar haver questionamentos acerca da caracterização da coisa julgada inconstitucional em sede da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ver para tanto: TESHEINER, José Maria. “Notas sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental”. In: *Revista Jurídica*, ano: 49, nº 283, maio, 2001, pp. 17/21 e SALAIB FILHO, Nagib. “Arguição de descumprimento de preceito fundamental”, *mime.*, 2002. Ainda, para uma visão simplificada do procedimento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, merecem destaque os trabalhos de BERNARDES, Juliano Taveira. “Arguição de descumprimento de preceito fundamental”. In: *Revista Jurídica Virtual da Subchefia para Assuntos Jurídicos da Presidência da República*, nº 08, http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/revista/Rev_08/arg_descump_Juliano.htm, janeiro de 2000, MORAES, Humberto Peña de. “Arguição de descumprimento de preceito fundamental”. In: *Revista da EMERJ*, vol. 4, nº 13, 2001, pp. 135/148 e MANDELLI JÚNIOR, Roberto Mendes. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: instrumento de proteção dos direitos fundamentais e da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 147/183.

Interessante observar que, nos termos do *caput* e do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.982/99, a referida Arguição de Descumprimento tem um caráter bivalente. Ou seja, numa primeira visão, a Arguição referida cabe tanto como uma ação autônoma (Ação de Controle de Constitucionalidade Concentrado) ou um recurso (Incidente de Inconstitucionalidade), nominadas respectivamente no plano doutrinário de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Autônoma e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Incidental.¹⁰

Além de servir à proteção dos preceitos fundamentais, a Arguição de Descumprimento pode ser também utilizada para efetuar um controle de constitucionalidade concentrado no STF em relação a controvérsias constitucionais relevantes decorrentes da aplicação de leis ou atos normativos federais, estaduais, municipais e inclusive do direito pré-constitucional, com fundamento no parágrafo único, do art. 1º, da Lei nº 9.882/99. O referido dispositivo legal é claro neste sentido: “Art. 1º *omissis*. Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental: I – quando for relevante o fundamento de controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”.

Ainda, nos devidos termos do parágrafo 1º, do art. 4º, da citada Lei nº 9.882/99, como instrumento de controle de constitucionalidade concentrado, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental somente será admitida quando não houver nenhum outro meio eficaz para evitar, sanar a lesividade aos preceitos fundamentais ou suplantar as “controvérsias constitucionais relevantes”. Tal restrição caracteriza o chamado Princípio da Subsidiariedade, resguardando o caráter excepcional do instituto da Arguição dentro da ordem jurídica pátria.

Dentro de uma análise estrita da sistemática da legislação pátria referida, com todas as suas peculiaridades e vicissitudes, tenciona-se que o Pretório Excelso

¹⁰ Em relação à classificação dos tipos de Arguições de Descumprimento de Preceitos Fundamentais, ver TAVARES, André Ramos. *Tratado de Arguição de Preceito Fundamental: (Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99)*. São Paulo: Saraiva, 2001 e BERNARDES, Juliano Taveira. "Arguição de descumprimento de preceito fundamental". In: *Revista Jurídica Virtual da Subchefia para Assuntos Jurídicos da Presidência da República*, nº 08, http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/revista/Rev_08/arg_descump_Juliano.htm, janeiro de 2000.

(STF), através do manejo do novo instituto da Arguição constitucional, dê soluções rápidas contra as agressões efetivas ou iminentes dos preceitos fundamentais, bem como atue de forma enérgica no saneamento das “controvérsias constitucionais relevantes”, evitando, por exemplo, decisões judiciais colidentes e instáveis em relação a temas jurídicos que afetem a segurança jurídica e a ordem constitucional.

Como todo novel instituto, inserido na sistemática do controle de constitucionalidade das leis, tem a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental seus defensores e opositores, gerando polêmicas e controvérsias múltiplas. A seguir, perfilam-se argumentos de defesa e de crítica à regulamentação legal dada ao novel instituto constitucional pela Lei nº 9.882/99.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental traz ínsito um aprofundamento do sistema de controle de constitucionalidade concentrado, acompanhando uma tendência existente de maior centralização de poderes perante o Supremo Tribunal Federal – STF, conforme se percebe especialmente a partir da instituição da Ação Declaratória de Constitucionalidade pela Emenda Constitucional nº 03 de 1993, e atualmente pelas modificações promovidas nas Ações Constitucionais (ADIN e ADC) nos termos da Lei nº 9.868/99.

Os defensores¹¹ da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, regulada pela Lei nº 9.882/99, afirmam que a Arguição de Descumprimento de Preceito

¹¹ Apenas a título exemplificativo, citam-se alguns autores e trabalhos defendendo a regulamentação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental feita pela Lei nº 9.882/99, ver: BASTOS, Celso Ribeiro Bastos e TAVARES, André Ramos. "Refêns da desinformação". In: *Revista Jurídica Virtual da Subchefia para Assuntos Jurídicos da Presidência da República*, nº 11, http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/revista/Rev_11/desinformação.htm, abril de 2000; BASTOS, Celso Ribeiro & VARGAS, Alexis Galiás de Souza. "Arguição de descumprimento de preceito fundamental". In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano: 8, nº 30, jan/mar, 2000, pp. 69/77; BERNARDES, Juliano Taveira. "Arguição de descumprimento de preceito fundamental". In: *Revista Jurídica Virtual da Subchefia para Assuntos Jurídicos da Presidência da República*, nº 08, http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/revista/Rev_08/arg_descump_Juliano.htm, janeiro de 2000; MENDES, Gilmar Ferreira "Origem e Perspectivas da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental". In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (org). *Direito Contemporâneo – Estudos em Homenagem a Oscar Dias Corrêa*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, pp. 134/144; MENDES, Gilmar Ferreira. "Vítimas do Ócio (ou: Da importância da leitura do Diário Oficial)". In: *Revista Jurídica Virtual da Subchefia para Assuntos Jurídicos da Presidência da República*, nº 11, http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/revista/Rev_11/ocio.htm, abril de 2000; TAVARES, André Ramos. *Tratado de Arguição de Preceito Fundamental: (Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99)*. São Paulo: Saraiva, 2001; WALD, Arnaldo. "O incidente de constitucionalidade, instrumento de uma justiça rápida e eficiente". In: *Revista Jurídica Virtual da Subchefia para Assuntos Jurídicos da Presidência da República*, nº 07, http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/revista/Rev_07/just_rapida.htm, dezembro de 1999.

Fundamental vem dar maior agilidade à prestação jurisdicional, garantindo uma efetiva segurança jurídica ao permitir o conhecimento com brevidade por parte do STF das agressões a preceitos fundamentais, e das controvertidas de alta relevância a afetar a ordem jurídico-constitucional pátria.

A respeito do aumento da segurança jurídica e da maior proteção à ordem constitucional provocada pela regulamentação e manejo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, clara é a lição de Celso Ribeiro Bastos e Aléxis Galiás de Souza Vargas: “Com isso (diga-se: com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), permite-se antecipar o deslinde de uma questão jurídica que percorreria a *via crucis* do sistema difuso até chegar ao Supremo Tribunal Federal, para então, após decisão definitiva, ser comunicado o Senado Federal, que poderá suspender a eficácia da lei impugnada, podendo sanar definitivamente a inconstitucionalidade. Porém, a novel ação serve somente aos preceitos fundamentais, e nesse caso não se admite controvérsia ou demora. Há que se decidir univocamente sobre o tema magno, sob pena de ser atropelada a segurança jurídica e o Estado de Direito, que ficam seriamente prejudicados diante do dissenso acerca dos seus pilares de sustentação, que são os preceitos fundamentais da Lei Maior”.¹²

Os defensores da Arguição de Descumprimento afirmam que a finalidade básica do novel instituto constitucional é evitar o aumento do número de processos nas instâncias inferiores, pacificando perante o STF, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, polêmicas acerca de leis e atitudes governamentais dos três níveis – governo federal, estaduais e municipais – que sejam de alta relevância e afrontem preceitos fundamentais da Constituição.

Procurando destacar as potencialidades e vicissitudes do referido instituto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, Gilmar Ferreira Mendes tece de maneira clara e objetiva considerações sobre a Lei nº 9.882/99. Veja-se: “O novo instituto, sem dúvida, introduz profundas alterações no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. Em primeiro lugar, porque permite a antecipação de decisões sobre controvérsias constitucionais relevantes, evitando que elas venham a ter um desfecho

¹² BASTOS, Celso Ribeiro & VARGAS, Alexis Galiás de Souza. “Arguição de descumprimento de preceito fundamental” In: *Revista Consulex*, ano: IV, nº 44, 31 de agosto de 2000, p. 37.

definitivo após longos anos, quando muitas situações já se consolidaram ao arripio da ‘interpretação autêntica’ do Supremo Tribunal Federal. Em segundo lugar, porque poderá ser utilizado para - de forma definitiva e com eficácia geral - solver controvérsia relevante sobre a legitimidade do direito ordinário pré-constitucional em face da nova Constituição que, até o momento, somente poderia ser veiculada mediante a utilização do recurso extraordinário. Em terceiro, porque as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nesses processos, haja vista a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante, fornecerão a diretriz segura para o juízo sobre a legitimidade ou a ilegitimidade de atos de teor idêntico, editados pelas diversas entidades municipais. A solução oferecida pela nova lei é superior a uma outra alternativa oferecida, que consistiria no reconhecimento da competência dos Tribunais de Justiça para apreciar, em ação direta de inconstitucionalidade, a legitimidade de leis ou atos normativos municipais em face da Constituição Federal. Além de ensejar múltiplas e variadas interpretações, essa solução acabaria por agravar a crise do Supremo Tribunal Federal, com a multiplicação de recursos extraordinários interpostos contra as decisões proferidas pelas diferentes Cortes estaduais”¹³.

Ainda, argumenta-se que o papel da Lei nº 9.882/99 foi de regulamentar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, adotando critérios já consolidados jurisprudencialmente pelo STF, adaptando a sistemática do controle de constitucionalidade aos avanços sócio-normativos.

Neste sentido, a Arguição de Descumprimento possibilita uma resposta rápida do Judiciário para proteção dos preceitos fundamentais e da ordem jurídico-constitucional, adequando-se o Sistema Judiciário ao ritmo acelerado de vida existente que não pode esperar por definições judiciais 05, 10 ou 15 anos depois da propositura de convencionais ações judiciais. Bem inserido neste contexto, são as palavras de Arnaldo Wald: “A idéia é engenhosa e se justifica a fim de evitar que perdurem, por longo tempo, dúvidas quanto à constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinadas disposições legais. Trata-se, no fundo, de uma espécie de tutela antecipada de caráter constitucional, em virtude da qual ocorre, no processo, uma cisão entre a questão constitucional e as demais suscitadas pelas partes. Quando a primeira é relevante, pode

¹³ MENDES, Gilmar Ferreira. "Arguição de descumprimento de preceito fundamental". In: *Revista Jurídica Consulex*, ano: IV, vol. I, junho de 2000, p. 27.

desde logo ser levada à Corte Suprema, evitando-se que somente longos anos depois venha a matéria, já totalmente resolvida quanto aos seus aspectos infraconstitucionais, a ser reexaminada e a solução modificada por se considerar que as disposições aplicadas não se coadunam com a Magna Carta”.¹⁴

Quanto à extensão dos efeitos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, inclusive com a possibilidade de suspensão no Brasil inteiro pelo STF do curso de todos os processos afetos a idêntica matéria relacionada à Arguição concreta proposta, é defendido por alguns que o referido instituto serve neste ponto como meio maior de proteção pelo Pretório Excelso dos preceitos fundamentais.¹⁵

Portanto, os efeitos cautelares e de mérito das decisões nas Arguições de Descumprimento devem ter grande extensão para proteção do sistema constitucional pátrio por parte do seu guardião maior, o STF. Neste sentido, a lição de Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho é conclusiva: “Dessa forma, incrementando o controle concentrado de constitucionalidade, ao contrário do que afirma o autor, o artigo 5º, parágrafo 3º, da lei atacada não constitui afronta, mas reforço ao Estado Democrático de Direito e ao pluralismo, na medida em que traz maiores subsídios para assegurar a eficácia dos preceitos constitucionais fundamentais, evitando que os Tribunais, muitas vezes, continuem a aplicar normas declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição”.¹⁶

¹⁴ WALD, Arnaldo. "O incidente de constitucionalidade, instrumento de uma justiça rápida e eficiente". In: *Revista Jurídica Virtual da Subchefia para Assuntos Jurídicos da Presidência da República*, nº 07, http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/revista/Rev_07/just_rapida.htm, dezembro de 1999. Também, sobre a necessidade de decisões seguras e rápidas em sede de controle de constitucionalidade, cf. VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2ª edição, 2000, p. 301. Também, no mesmo sentido, ver MENDES, Gilmar Ferreira. "Incidente de Inconstitucionalidade: Uma proposta de alteração substancial do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade". In: *Revista Jurídica Virtual da Subchefia para Assuntos Jurídicos da Presidência da República*, nº 02, http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/revista/Rev_02/incid_inconst.htm, junho de 1999 e ROSAS, Roberto. *Direito processual constitucional: princípios constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª edição, 1999, pp. 33/34.

¹⁵ Neste sentido, defendendo as hipóteses de manejo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e a extensão dos seus efeitos, ver também: MENDES, Gilmar Ferreira. "Objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental I". In: *Repertório IOB de Jurisprudência – Tributário, Constitucional e Administrativo (Caderno 1)*, nº 11, 1ª quinzena de junho, 2001, pp. 304/309 e MENDES, Gilmar Ferreira. "Objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental II". In: *Repertório IOB de Jurisprudência – Tributário, Constitucional e Administrativo (Caderno 1)*, nº 12, 2ª quinzena de junho, 2001, pp. 333/336.

¹⁶ SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. "Arguição de descumprimento de preceito fundamental". In: *Repertório IOB de Jurisprudência – Tributário, Constitucional e Administrativo (Caderno 1)*, nº 17, 1ª quinzena de março, 2000, p. 445.

Também, diante do suposto caráter objetivo da Arguição de Descumprimento, entende Francisco Wildo Lacerda Dantas ser possível o manejo dos efeitos do novel instituto com caráter extensivo e vinculante, sem que isto signifique a caracterização de uma Avocatória ou a quebra do Princípio do Juiz Natural. Veja-se a lição: “Diversamente do que se alardeia – principalmente dos que não examinaram com a atenção devida o novo instituto -, a medida não representa a avocatória com nova roupagem: o STF somente aprecia a questão se provocado pelos entes legitimados no art. 103 da CF/88 (embora se admita que qualquer interessado possa representar ao Procurador-Geral da República nesse sentido), na forma do art. 2º, par. ún. da Lei 9.882/99, e o juiz não é afastado da causa (uma vez decidida a questão prejudicial de constitucionalidade, os autos lhe são devolvidos para retomar a instrução e julgamento a partir daí, já com o ponto prejudicial)”.¹⁷

Prosseguindo, entendem os defensores da Arguição de Descumprimento que o Princípio da Subsidiariedade deve ser interpretado de forma objetiva, significando não ser necessário esgotar todos os meios processuais cabíveis para interpor o instituto constitucional na proteção dos preceitos fundamentais.

Isto porque, o que se deve buscar de forma objetiva, é sempre a melhor e mais eficaz medida judicial para sanar ou evitar lesões aos preceitos fundamentais; sendo, portanto, a Arguição constitucional o mais adequado instrumento judicial na defesa e garantia destes referidos preceitos decorrentes da Carta Magna de 1988,

¹⁷ DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. “Jurisdição constitucional: ação e processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental”. In: *Revista dos Tribunais*, ano: 90, vol. 783, janeiro, 2001, p. 133. No mesmo sentido, Renato Castro de Lima assevera: “o controle concentrado da constitucionalidade admitido pela arguição de descumprimento de preceito fundamental não enseja alegação de violação do acesso ao judiciário garantido constitucionalmente, haja vista que a arguição de descumprimento de preceito fundamental propicia um controle concentrado da constitucionalidade que instaura um processo objetivo sem partes e interesses contrapostos, razão da inaplicabilidade de garantias constitucionais que resguardam defesas concretas deduzidas em processos subjetivos”. (CASTRO, Renato de Lima. “Conteúdo e extensão de preceito fundamental na arguição de descumprimento”. In: *Revista Forense*, ano: 98, vol. 362, jul/ago, 2002, p. 153). Em relação à Avocatória no Regime Constitucional Anterior de 1967/69, cf. FLORES, Carlos Eduardo Thompson. “A avocação de causas pelo STF: A avocatória”. In: *Revista de Informação Legislativa*, ano: 23, nº 89, jan/mar, 1986, pp. 219/234. Trabalhos mais recentes sobre a Avocatória, cf. OLIVEIRA, Régis Fernandes de. “Avocação”. In: *Revista dos Tribunais*, ano: 80, vol. 663, jan, 1991, pp. 21/28 e REIS, Carlos David S. Aarão. “A avocação de causas pelo STF”. In: *Revista de Processo*, ano: 16, nº 62, abr/jun, 1991, pp. 278/282.

acabando-se por afastar, neste ponto, o manejo de qualquer outra ação/recurso ordinário ou constitucional para proteção do núcleo sensível da Constituição.¹⁸

Neste sentido, quanto ao cabimento da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental na Lei nº 9.882/99 e à questão do Princípio da Subsidiariedade, interessante é a lição de André Ramos Tavares, ao destacar a Argüição constitucional como instrumento principal e mais eficaz de garantia dos preceitos fundamentais. Veja-se: "verificar-se-á que a argüição é cabível sempre, e absolutamente sempre, que se observar a violação de preceito constitucional de natureza fundamental. E não oferece maior resistência o argumento de que em muitos casos já haveria uma ação própria, que é a ação direta de inconstitucionalidade (por ação, por omissão e mesmo a interventiva), com o que se teria uma superposição desnecessária de dois institutos com finalidades idênticas. (...) A possibilidade de utilização de duas ações diversas que pretendem alcançar uma mesma finalidade, dentro da chamada jurisdição constitucional, de há muito já existe no Direito pátrio. Assim, a duplicidade não seria argumento com força a obstar a compreensão aqui propugnada para o novel instituto. (...) Não obstante admitir-se a possibilidade de que mais de uma ação preste-se ao mesmo objetivo, a verdade é que, com a introdução da argüição, para ela desviam-se todos os descumprimentos de preceitos fundamentais da Constituição. (...) Assim, no que respeita aos preceitos constitucionais fundamentais, o objeto da ação genérica foi totalmente absorvido pela argüição, e isto pelos motivos doravante abordados. (...) A argüição, portanto, não é instituto com caráter 'residual' em relação à ação direta de inconstitucionalidade (genérica ou omissiva. Trata-se, na realidade, de instrumento próprio para resguardo de determinada categoria de preceitos (os fundamentais), e é essa a razão de sua existência. Daí o não se poder admitir o cabimento de qualquer outra ação para a tutela direta desta parcela de preceitos, já que, em tais hipóteses, foi vontade da Constituição o indicar, expressamente, que a argüição será a modalidade cabível, o que exclui as demais ações".¹⁹

¹⁸ Sobre a ótica objetiva da Argüição de Descumprimento para fins de interpretação do Princípio da Subsidiariedade, destacam-se os escritos de MENDES, Gilmar Ferreira. "Argüição de descumprimento de preceito fundamental: Demonstração de inexistência de outro meio eficaz". In: *Jus Navigandi*, ano: 4, nº 43, <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=236>, agosto de 2001 e STRECK, Lênio Luiz. "Os meios de acesso do cidadão à jurisdição constitucional, a argüição de descumprimento de preceito fundamental e a crise de efetividade da constituição". In: *Revista da Esmape*, vol. 6, nº 13, jan/jun, 2001, pp. 257/290.

¹⁹ TAVARES, André Ramos. *Tratado de Argüição de Preceito Fundamental: (Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99)*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 43 e 45.

Ainda, defendendo a constitucionalidade da Lei nº 9.882/99, estabelece-se a possibilidade de utilização da Arguição de Descumprimento perante o STF também para sanar “controvérsias constitucionais relevantes”. Neste sentido, cabível a observação de Renato Castro de Lima: “Observe, a propósito, que o legislador ordinário, através da L. 9.882/99, não estendeu a competência do STF, haja vista que competirá a esta Corte Constitucional, no exercício da apreciação da arguição de descumprimento de preceito fundamental de forma incidental, apreciar matéria de índole absolutamente constitucional. (...) O legislador constituinte, ao estabelecer genericamente os contornos jurídicos da arguição de descumprimento de preceito fundamental, conferiu ao legislador ordinário o poder-dever de estabelecer a forma, requisitos e critérios que o preceito fundamental decorrente da CF seria resguardado, sem que incorresse em qualquer inconstitucionalidade”.²⁰

Enfim, como ressaltado, os defensores da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental regida pela Lei nº 9.882/99, centram o objetivo do novo instituto como meio jurisdicional de antecipar decisões do STF sobre relevantes questões constitucionais, mantendo a segurança jurídica na proteção dos preceitos e valores básicos da ordem jurídico-constitucional pátria.²¹

Por outro lado, alguns doutrinadores²² são bem mais críticos, listando uma série de vícios que supostamente implicam várias inconstitucionalidades na sistemática

²⁰ CASTRO, Renato de Lima. “Conteúdo e extensão de preceito fundamental na arguição de descumprimento”. In: *Revista Forense*, ano: 98, vol. 362, jul/ago, 2002, p. 152.

²¹ No mesmo sentido, segundo Gilmar Ferreira Mendes, “A arguição de descumprimento de preceito fundamental da Constituição está na linha do notável florescimento da jurisdição constitucional, fortalecendo o controle de constitucionalidade concentrado. O Supremo Tribunal Federal deverá construir a sua doutrina. Intérprete maior e soberano da Constituição, haverá de fazer doutrina que torne eficaz a medida, como forma de proteger e garantir a Constituição”. (MENDES, Gilmar Ferreira. “Origem e Perspectivas da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental”. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (org). *Direito Contemporâneo – Estudos em Homenagem a Oscar Dias Corrêa*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 144). Também, cf. CARVALHO, Isabel Freitas de. “Arguição de descumprimento de Preceito fundamental”. In: *Informativo Jurídico Consulex*, vol: 15, nº 42, 15 de outubro, 2001, pp. 05/09.

²² Apenas a título exemplificativo, citam-se alguns autores e trabalhos tecendo variadas críticas em relação à regulação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental pela Lei nº 9.882/99, vejam-se: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. “A arguição de descumprimento de preceito fundamental e sua regulamentação pela Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Incidente de inconstitucionalidade?”. In: *Jus Navigandi*, ano: 4, nº 40, <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=238>, 06 de abril de 2000; MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 7ª edição, 2000 e SCHÄFER, Gilberto. “Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF)”. In: *Revista da Ajuris – Doutrina e Jurisprudência*, ano: XXVII, nº 83, tomo I, setembro, 2001, pp. 201/205.

da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, regulada pela Lei nº 9.882/99, conforme a seguir delineado.

Uma das críticas centrais à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, regulada pela Lei nº 9.882/99, cinge-se ao fato de que esta teria supostamente fragilizado e pulverizado o sistema de controle difuso de constitucionalidade com agressão ao Princípio do Juiz Natural, tudo isto em latente afronta à Carta Magna de 1988.

Isto porque, nos termos do art. 11 c/c parágrafo 3º, do art. 5º, da Lei nº 9.882/99, o Supremo Tribunal Federal (STF) pode determinar a suspensão de todos os processos em curso de idêntica temática a uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental proposta, não tendo os Juízes Singulares e dos Tribunais como se insurgirem ou se manifestarem acerca daquele tema litigioso.

Segundo alguns defendem, tal fato retira a autonomia dos Magistrados em geral, infringindo o Princípio do Juiz Natural, quando estes Julgadores não podem discutir nem decidir processos sob suas jurisdições, diante da concessão de liminar em sede da Arguição de Descumprimento pelo STF sobre tema litigioso correlato.²³

Neste sentido, Gilberto Schäfer leciona ser imensa a extensão dos efeitos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental regulada pela Lei nº 9.882/99, implicando no cerceamento da liberdade de julgamento dos Juízes das instâncias inferiores. Veja-se a lição do autor: “Aqui (diga-se: no parágrafo 3º, do art. 5º, da Lei nº 9.882/99), a lei revela novamente a intenção de tolher os juízes, permitindo uma decisão genérica, afetando a idéia do juiz natural e de independência na jurisdição. O fato de

²³ Comentando sobre a afronta constitucional na instituição de um incidente de inconstitucionalidade no Brasil, semelhante à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, tem-se a lição de Antônio de Souza Prudente: “Como se vê, o prefalado incidente exuma os cadáveres normativos da ditadura militar, sob a rubrica, agora, da arguição de relevância da questão constitucional (o que era, na ordem jurídica anterior à Constituição de 1988, arguição de relevância da questão federal) e da insolente Avocatória, determinando-se a paralisação dos processos nas instâncias de origem, até que o Supremo Tribunal Federal decida, com efeito vinculante, a "relevante" matéria constitucional. (...) O incidente de inconstitucionalidade, preconizado pela Assessoria Jurídica da Presidência da República, tem colorido nazista, aniquilador da independência do Juiz natural, na solução dos conflitos, onde a exegese constitucional, por imperativos da Justiça, há de ser rápida, sábia e eficaz, sem os entraves maquinadores do jogo político, na formação de oligarquias dos Poderes e conseqüente destruição da soberania popular”. (PRUDENTE, Antônio Souza. "Incidente de inconstitucionalidade e desvario de poder". In: *Jus Navigandi*, ano: 2, nº 24, <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=234>, abril de 2000).

uma medida judicial 'ter relação' com a matéria objeto da argüição não pode ser fonte de paralisação. O conceito de relação é genérico, e a Constituição exige 'descumprimento' do preceito fundamental e não simples relação com o objeto de descumprimento de preceito fundamental. Se o juiz está julgando a matéria, ela, sim, pode ter relação com a matéria objeto da argüição, mas não estar descumprindo o preceito".²⁴

De forma também deveras contundente, não aceitam Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira e Rodrigo Pieroni Fernandes os extensos efeitos adotados nas decisões tomadas em sede das Argüições de Descumprimento de Preceitos Fundamentais. Atente-se à posição contundente destes autores: "O princípio do juiz natural foi violado, eis que foi subtraída da competência dos juízes e Tribunais o exercício do controle difuso de constitucionalidade das leis e atos normativos, cuja compatibilidade já foi apreciada pelo Pretório Excelso em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Mister se faz ressaltar que há violação ao princípio do juiz natural, pois a própria Constituição prevê a competência dos julgadores exercerem o controle difuso de constitucionalidade, sem qualquer restrição feita pelo poder constituinte originário.(...) A independência dos magistrados restou violada com a previsão do efeito vinculante da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Todos os juízes e Tribunais estarão compelidos, em face do citado efeito, 'a emprestar, com automaticidade imprópria ao ofício judicante, ou seja, sem a realização de um julgamento livre e, portanto, norteado pela prova dos autos e convencimento formado, solução idêntica às lides' (...) Somente o poder constituinte originário é que poderia prever o efeito vinculante no controle concentrado, já que há incompatibilidade com as cláusulas pétreas, inclusive com a garantia do controle concentrado de constitucionalidade, verdadeira garantia individual. (...) Entendemos que o efeito

²⁴ SCHÄFER, Gilberto. "Argüição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF)". In: *Revista da Ajuris – Doutrina e Jurisprudência*, ano: XXVII, nº 83, tomo I, setembro, 2001, p. 204. Em sentido semelhante, tem-se a manifestação de Thomas da Rosa Bustamante: "A empreitada da Lei 9.882/99 nada mais pretendeu do que, por via oblíqua, por termo final ao controle difuso de constitucionalidade, com a brutal redução da competência dos Juízes de primeira instância e dos Tribunais Regionais, aos quais foi constitucionalmente confiada, na via incidental, a tarefa de fiscalização da constitucionalidade". (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. "A argüição de descumprimento de preceito fundamental e sua regulamentação pela Lei nº 9.8882, de 3 de dezembro de 1999. Incidente de inconstitucionalidade ?" In: *Jus Navigandi*, ano: 4, nº 40, <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=238>, 06 de abril de 2000).

vinculante restringe demasiadamente a liberdade do operador do direito ao eliminar a possibilidade de interpretação da norma jurídica".²⁵

Além disto, em sede da Lei nº 9.868/99, nem mesmo as Ações Diretas de Inconstitucionalidade e as Ações Declaratórias de Constitucionalidade têm uma tão grande extensão de efeitos especialmente no âmbito liminar/cautelar, como está previsto para Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, o que demonstra, segundo Clèmerson Merlin Clève e Cibele Fernandes Dias, uma certa inconsistência na Lei nº 9.882/99, retora da Arguição de Descumprimento. Veja-se a lição dos autores: “Cruzando as duas leis (Lei nº 9.868/99 e Lei nº 9.882/99), tem-se uma situação, no mínimo, curiosa: um Ministro pode suspender o julgamento dos processos do Brasil inteiro que envolvam a questão constitucional debatida em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental, enquanto, para atingir este mesmo efeito em ação declaratória de constitucionalidade, será necessária uma decisão colegiada. Mas curioso ainda é que a Lei nº 9.868/99 não conferiu efeito vinculante à decisão cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. Se concedida, não tem o condão de suspender os processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo impugnados”.²⁶

Segundo a crítica doutrinária, a referida agressão ao Princípio do Juiz Natural também aparece diante do caráter vinculante da decisão de mérito prolatada em sede da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Esta decisão do STF teria eficácia *erga omnes*, efeitos modulados *ex nunc* ou *pro futuro*, não podendo nem o julgado, nem mesmo a matéria correlata serem posteriormente reapreciados em sede de outro Recurso ou de Ação Rescisória (*caput* e parágrafo 3º, do art. 10 c/c art. 12 da Lei nº 9.882/99).

Para alguns, tais constatações acima relatadas atestam o caráter antidemocrático desse tipo de controle, fazendo ressurgir no Brasil uma esdrúxula figura jurídica semelhante à avocatória. Neste sentido, clara e objetiva a observação de Manoel

²⁵ FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves & FERNANDS, Rodrigo Pieroni. “A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e a manipulação dos efeitos de sua decisão”. In: *Revista Forense*, ano: 98, vol: 363, set/out, 2002, pp. 132/134.

²⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin & DIAS, Cibele Fernandes. “Arguição de descumprimento de preceito fundamental”. In: *Revista de Direito*, http://www.pge.go.gov.br/revista/21/doutrina/02_clemerson_merlin.pdf, março de 2002.

Gonçalves Ferreira Filho: “Entretanto, seu objetivo real (diga-se: da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, regulada pela Lei nº 9.882/99), disfarçado embora, é introduzir uma forma de advocatória, concentrando nas mãos do Supremo Tribunal Federal questões de inconstitucionalidade, suscitadas incidentalmente perante outras instâncias”.²⁷

No mesmo sentido, Oscar Vilhena Vieira destaca que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental aproxima-se de uma advocatória ao concentrar de forma supostamente excessiva poderes no STF, nos termos da Lei nº 9.882/99. Veja-se a lição do autor: “Outro aspecto negativo refere-se ao fato de que a lei introduz um forte mecanismo de controle das instâncias inferiores, que se aproxima da possibilidade de avocação de processos; instrumento de regimes autoritários, voltado a violar o princípio do juiz natural, concentrando poderes nas mãos da cúpula do judiciário. De acordo com o art. 5º, parágrafo 3º, ‘a liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento do processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrente de coisa julgada.’ Concedeu-se, assim, um enorme poder ao Supremo para interferir com a prestação jurisdicional das instâncias inferiores, ainda quando as questões *sub judice* guardem apenas ‘relação’ com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental”.²⁸

²⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. “O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade (Leis nº 9.868, de 10 de novembro e nº 9.982, de 3 de dezembro de 1999)”. In: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 220, abr/jun, 2000, p. 14. No mesmo sentido, Lênio Streck estabelece: “Observe-se que pelo disposto no art. 5º, o Supremo Tribunal pode conceder medida cautelar em sede de ADPF. Logo adiante, no parágrafo terceiro desse dispositivo, parece estar embutida uma advocatória disfarçada. Com efeito, consta ali que a liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processos ou os efeitos de decisões judiciais ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição. Está-se, assim, diante de norma de discutível constitucionalidade, porque violadora do devido processo legal e do acesso à justiça”. (STRECK, Lênio Luiz. “Os meios de acesso do cidadão à jurisdição constitucional, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e a crise de efetividade da constituição”. In: *Revista da Esmape*, vol. 6, nº 13, jan/jun, 2001, pp. 275). Ver também SANTOS, Marcos André Couto. “A arguição de descumprimento de preceito fundamental (Lei 9.882/99) e o princípio do juiz natural à luz da Teoria Geral do Processo”, *mime.*, 2000. Reitere-se que, em relação à Advocatória no Regime Constitucional Anterior de 1967/69, cf. FLORES, Carlos Eduardo Thompson. “A avocação de causas pelo STF: A advocatória”. In: *Revista de Informação Legislativa*, ano: 23, nº 89, jan/mar, 1986, pp. 219/234. Já, trabalhos mais recentes sobre a Advocatória, cf. OLIVEIRA, Régis Fernandes de. “Avocação”. In: *Revista dos Tribunais*, ano: 80, vol. 663, jan, 1991, pp. 21/28 e REIS, Carlos David S. Aarão. “A avocação de causas pelo STF”. In: *Revista de Processo*, ano: 16, nº 62, abr/jun, 1991, pp. 278/282.

²⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal – Jurisprudência Política*. São Paulo: Malheiros Editores, 2ª edição, 2002, pp. 133/134.

Ainda, são estabelecidas críticas ao teor do parágrafo único, do art. 1º, da Lei nº 9.882/99, que permitiu a utilização da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no Brasil para sanar “controvérsias constitucionais relevantes” relativas à aplicação de direito federal, estadual e municipal, inclusive quanto a conflitos de direito pré-constitucional (Regime Constitucional Anterior). Isto porque, nos moldes da legislação referida, entende-se ser a Arguição de Descumprimento para “solução de controvérsias” um anômalo “incidente de inconstitucionalidade” que não tem lastro constitucional na Carta Magna de 1988, indo inclusive contra orientação do Pretório Excelso que não admite controle de constitucionalidade concentrado de legislação e atos municipais e do direito anterior à Constituição em vigor.

Bem clara, neste sentido, é a lição de Sérgio Resende de Barros, não aceitando a forma de regulação da Arguição de Descumprimento para saneamento de supostas controvérsias constitucionais relevantes, veja-se: “É louvável a intenção de resolver de pronto e de pleno – com eficácia que vincule a toda a sociedade, bem como aos poderes públicos – as querelas ou as incertezas que proliferem, *quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição*. Inegavelmente, é inconstitucional atribuir mediante lei ordinária uma tal competência ao Supremo Tribunal Federal, pois é evidente no sistema de controle constituído em 1988 – e já fartissimamente apontada pela doutrina e pela jurisprudência constitucionais – a recusa a de controlar leis ou atos normativos municipais, bem como leis ou atos normativos anteriores, em relação à Constituição Federal vigente. Trata-se de indisfarçável ampliação de competência, levada a efeito inconstitucionalmente, como parte do objeto (parágrafo único do art. 1º) atribuído à arguição de descumprimento pela Lei nº 9.882/99”.²⁹

²⁹ BARROS, Sérgio Resende de. “O nó górdio do sistema misto”. 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, p. 194. Criticando a suposta instituição de um incidente de inconstitucionalidade por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, cf. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 7ª edição, 2000, p. 37 e BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. “A arguição de descumprimento de preceito fundamental e sua regulamentação pela Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Incidente de inconstitucionalidade ?” In: *Jus Navigandi*, ano: 4, nº 40, <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=238>, 06 de abril de 2000. Sobre a questão da utilização da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental como “incidente de inconstitucionalidade”, ver especialmente os itens 3.3. 3.4. da presente Dissertação de Mestrado.

Outro argumento utilizado para atacar o referido instituto constitucional reside na crítica direcionada ao Princípio da Subsidiariedade, através do qual há a previsão de esgotamento de todas as vias processuais existentes para viabilizar a utilização da Argüição de Descumprimento (parágrafo 1º, do art. 4º, da Lei nº 9.882/99).

Estabelecem os críticos que a interpretação restritiva do Princípio da Subsidiariedade pode conduzir à inutilização da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, porque, em tese, sempre haverá um instrumento processual hábil para reverter uma situação agressiva aos preceitos fundamentais.

Portanto, em relação a este Princípio da Subsidiariedade, questiona-se na doutrina como seria então a conciliação entre esta restrição com a utilização processual do instituto constitucional, destacando uma possível falta de operacionalidade da referida Argüição. Bem destaca tal fato Luiz Henrique Sousa de Carvalho, ressaltando a necessidade de uma adequada interpretação do referido Princípio da Subsidiariedade para evitar o descrédito e parco manejo da Argüição constitucional: “Parece-nos recomendável, para a sobrevivência da ação de argüição de descumprimento de preceito fundamental no sistema de controle de constitucionalidade, que ao firmar sua jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal não interprete de forma literal o § 1º do art. 4º da Lei 9.882/99, pois, caso contrário, sempre existirá outras ações aptas a questionarem a violação de um direito, ficando a ADPF como letra morta”.³⁰

Foram, ainda, formulados ataques ao fato da expressão “preceito fundamental” (art. 1º, *caput*, da Lei 9882/99) não ter sido definida na legislação pertinente por nenhum critério objetivo, deixando vaga a suposta proteção decorrente da Argüição constitucional. Neste sentido, quais seriam estes preceitos fundamentais: art. 5º, art. 60, art. 170, toda a Constituição Federal?³¹

³⁰ Cf. CARVALHO, Luiz Henrique Sousa de. “Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”. In: *Jus Navigandi*, ano: 6, nº 57, <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2948>, maio de 2003. Sobre o Princípio da Subsidiariedade relacionado à Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ver também os itens 1.2., 3.3. e 3.4. da presente Dissertação de Mestrado.

³¹ A busca da significação jurídica dos “preceitos fundamentais” será objeto de detida análise no item 2.2. da presente Dissertação de Mestrado.

Ainda, é fonte de questionamentos o fato de não se ter estendido pela via legal a possibilidade de utilização da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental por parte de todos os cidadãos na defesa especialmente dos direitos fundamentais, perquerindo-se então qual seria a real finalidade e utilidade do referido instituto constitucional.³²

Neste sentido, Daniel Sarmiento, de forma deveras incisiva, estabelece que, nos moldes da Lei nº 9.882/99, a finalidade da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental não é a defesa das prerrogativas dos cidadãos, mas sim a proteção de certos interesses governamentais muitas vezes distantes da população em geral. Veja-se a lição do autor: “Por outro lado, é bom que se diga com clareza que a nova lei teve como principal motivação o combate à decantada ‘indústria das liminares’. Ela está em perfeita sintonia com a filosofia que inspira várias outras reformas legislativas que vêm sendo empreendidas durante o governo do atual Presidente da República, e que têm por objetivo, explícito ou velado, reduzir os poderes dos juízes e tribunais inferiores, reforçando a competência do Supremo Tribunal Federal, considerado mais ‘confiável’ pela forma política da investidura dos seus membros. Portanto, apesar dos esforços retóricos dos seus defensores em demonstrar o contrário, é cristalino que a nova ação não foi instituída para constituir instrumento de promoção da cidadania. A expectativa nutrida por José Afonso da Silva, de que o novo instituto pudesse vir a ser ‘fértil como fonte de alargamento da jurisdição constitucional da liberdade a ser exercida pelo Pretório Excelso’ não nos parece que foi atendida, pois é nítido que o objetivo central da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), nos moldes em que disciplinada pela Lei nº 9.882/99, traduz-se na defesa da governabilidade e não dos direitos do cidadão”.³³

Também, Roberto Mendes Mandelli Júnior adverte que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, regulada pela Lei nº 9.882/99, deve servir como instrumento de defesa da cidadania e da democracia no Brasil, não podendo ser restringida a sua utilização apenas para defesa de interesses governamentais muitas

³² Cf. DIAS, Eduardo Rocha. “Alterações no Processo de Controle Abstrato de Constitucionalidade e Extensão do Efeito Vinculante à Ação Direta de Inconstitucionalidade e à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental”. In: *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 55, abril, 2000, pp. 50/70.

³³ SARMENTO, Daniel. “Apontamentos sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental”. In: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 224, abr/jun, 2001, p. 96.

vezes distantes da realidade do povo brasileiro. Vale transcrever as palavras do doutrinador: “Pretender transformar o Supremo Tribunal Federal em instância única, e não última, de fiscalização e confirmação dos atos do Poder Público seria transformá-lo em um órgão autoritário e ilegítimo de poder, hipótese esta contrária ao princípio democrático que norteou constituinte de 1988. (...) Afora os interesses que estiverem presentes durante a elaboração da lei nº 9882/99, o compromisso constitucional a que está submetido o Supremo Tribunal Federal é a guarda da Constituição, traduzido na proteção dos direitos fundamentais e não na defesa da governabilidade. Estas considerações devem nortear a interpretação da arguição de descumprimento bem como delimitar todos os efeitos das decisões nela proferidas, as quais são produzidos apenas com a declaração de descumprimento do preceito fundamental”.³⁴

Tais perplexidades, críticas e questionamentos acerca da Lei nº 9.882/99, reguladora da Arguição de Descumprimento referida, geraram inclusive a interposição por parte da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) nº 2.231-DF, objetivando ver declarada a inconstitucionalidade de vários artigos da citada lei.³⁵

Como se observa e será mais detalhado ao longo da presente Dissertação, acalorados debates surgiram com a análise pontual da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental na Lei nº 9.882/99, trazendo à baila inúmeras novidades para o sistema de controle de constitucionalidade pátrio, na suposta tentativa de ampliar a segurança jurídica, dando maior garantia aos preceitos fundamentais decorrentes da Carta Magna de 1988.

Para atestar a procedência ou não das críticas e da defesa da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, importante destacar inicialmente as razões

³⁴ Cf. MANDELLI JÚNIOR, Roberto Mendes. “Arguição de descumprimento de preceito fundamental: em defesa do Estado Social Democrático de Direito”. In: <http://www.pge.sp.gov.br/Teses/mandelli.htm>, maio de 2003.

³⁵ Sobre a ADIN nº 2.231-DF e suas nuances, ver o item 3.3. da presente Dissertação de Mestrado que trata das decisões prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de Arguições de Descumprimento de Preceitos Fundamentais concretas. Contra-argumentando a tese esposada na referida ADIN proposta pela OAB contra dispositivos da Lei nº 9.882/99, ver a defesa oferecida pela Advocacia Geral da União (AGU) através do trabalho de SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. “Arguição de descumprimento de preceito fundamental”. In: *Repertório IOB de Jurisprudência - Tributário, Constitucional e Administrativo (Caderno 1)*, nº 17, 1ª quinzena de março, 2000, pp. 443/449.

que conduziram à inclusão do novel instituto na Carta Magna de 1988, bem como os atos ensejadores da elaboração e aprovação da Lei nº 9.882/99.

Com a criação no altiplano constitucional da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental em 1988, muitos doutrinadores³⁶ defenderam que esta se tratava de um novo instrumento para proteção da liberdade e para defesa dos valores fundantes da ordem jurídico-constitucional. Atualmente, muito coerente a observação de Roberto Mendes Mandelli: “A interpretação dada à argüição de descumprimento de preceito fundamental, instituto criado pela Constituição (art. 102, § 1.º), bem como sua respectiva regulamentação (lei n.º 9882/99) está condicionada aos fundamentos democráticos e constitucionais que ensejaram a criação do Estado brasileiro e aos direitos fundamentais por ele estabelecidos”.³⁷

Com certeza, este deve ter sido o espírito do Constituinte ao estabelecer um novo instrumento de controle de constitucionalidade como a Argüição de Descumprimento, objetivando dar uma maior proteção aos preceitos fundamentais sustentadores do sistema constitucional pátrio.

Conforme já noticiado, a regulamentação do instituto da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, prevista atualmente no parágrafo 1º, do art. 103, da CF/88, só veio mais de 10 (dez) anos após a promulgação da Carta Magna através da Lei nº 9.882/99.

Para regulamentar a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, a gênese da referida Lei nº 9.882/99 teve sua tramitação inicial em 1997

³⁶ Neste sentido, por exemplo, José Afonso da Silva se manifesta sobre as potencialidades do instituto da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, previsto na Constituição Federal de 1988, nos seguintes termos: “aquele dispositivo poderá ser fértil como fonte de alargamento da jurisdição constitucional da liberdade a ser exercida pelo nosso Pretório Excelso”. (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 16ª edição, 1999, p. 488). Também, Vicente Greco Filho destaca a Argüição de Descumprimento da seguinte forma: “Nossa Constituição prevê as duas figuras o mandado de injunção no art. 5º, LXXI, a inconstitucionalidade por omissão no art. 103, parágrafo 2º, e uma terceira medida, a argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente da Constituição, no parágrafo único do art. 102, as quais deverão ser compatibilizadas pelo legislador e pelo intérprete”. (GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 181)

³⁷ MANDELLI JÚNIOR, Roberto Mendes. “Argüição de descumprimento de preceito fundamental: em defesa do Estado Social Democrático de Direito”. In: <http://www.pge.sp.gov.br/Teses/mandelli.htm>, maio de 2003.

como Projeto-de-Lei nº 2.872 proposto pela Deputada Sandra Starling, tendo recebido o Substitutivo do Deputado Prisco Viana. O Projeto e seu Substitutivo acabaram sendo influenciados pelos estudos de Comissão formada pelos Juristas Celso Ribeiro Bastos, Arnaldo Wald, Oscar Dias Correia e Gilmar Ferreira Mendes.³⁸

A análise da proposta da referida Comissão e dos demais precedentes são fundamentais para perceber a intenção inicial dos seus idealizadores, bem como o que efetivamente veio a ser aprovado e sancionado, constituindo o conteúdo da Lei nº 9.882/99.

A intenção da visualização destes documentos e projetos pretéritos apóia-se na necessidade de compreender a *mens legislatoris* que conduziu à aprovação e à entrada em vigor da referida Lei nº 9.882/99, reguladora da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.³⁹

Gilmar Ferreira Mendes bem estabelece a forma como se deu a tramitação legislativa que culminou na aprovação da Lei nº 9.882/99. Veja-se a descrição do citado autor: “O processo legislativo que resultou na referida Lei iniciou-se na Câmara dos Deputados, em março de 1997, pela apresentação do projeto de lei n.º 2.872/97, pela Deputada Federal Sandra Starling. O projeto objetivava disciplinar o instituto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, sob a denominação de ‘reclamação’. O projeto foi encaminhado à Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, onde foi designado como relator o deputado Prisco Viana. Em 13.8.1997, o relator apresentou seu parecer favorável ao projeto com substitutivo. Entretanto, o

³⁸ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. "Vítimas do Ócio (ou: Da importância da leitura do Diário Oficial)". In: *Revista Jurídica Virtual da Subchefia para Assuntos Jurídicos da Presidência da República*, nº 11, http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/revista/Rev_11/ocio.htm, abril de 2000. Sobre Projetos-de-Lei anteriores objetivando a regulamentação da Arguição de Descumprimento, ver ROCHA, João Batista de Oliveira. "O controle da constitucionalidade das leis na República Federal da Alemanha e no Brasil". In: *Revista de Informação Legislativa*, ano: 17, nº 66, abr/jun, 1980, pp. 75/98.

³⁹ A doutrina atual majoritariamente entende superada a corrente subjetivista que busca na interpretação da *mens legislatoris* (vontade do legislador) uma forma de visualizar o conteúdo, o sentido e o alcance real dos dispositivos de uma lei, estabelecendo-se que o mais importante é estudar a *mens legis* (vontade da lei), principalmente porque a lei adquire autonomia em relação a quem a produziu, perfazendo novas formas e significações no confronto com as demais regras e valores fundamentais dentro de sua evolução histórica, cf. CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2ª edição, 1998, *passim*. Concordamos com esta visão prevalecente, mas entendemos que a análise dos momentos de produção da lei também são relevantes como auxiliar na interpretação da norma estudada.

parecer permaneceu na Comissão, sem apreciação, até 25.3.1998, quando então o relator o retirou para reexaminar a matéria, devolvendo-o, em 4 de maio, com um novo relatório e um segundo substitutivo. Esse segundo substitutivo foi enfim aprovado pela Comissão em 4.11.1998, em sessão à qual compareceu número expressivo de seus integrantes. Em relação a esse segundo substitutivo do Deputado Federal Prisco Viana, tal como aprovado na Câmara, deve-se observar que esse texto ofereceu disciplina que muito se aproximava daquela contida no Anteprojeto elaborado por Comissão do Ministério da Justiça destinada a elaborar estudos e anteprojeto de lei que disciplinasse a arguição de descumprimento. Em Portaria de julho de 1997, foram designados, para sua composição, o Prof. Celso Ribeiro Bastos (Presidente), o autor deste artigo, o Prof. Arnoldo Wald, o Prof. Ives Gandra Martins e o Prof. Oscar Dias Corrêa. Após intenso debate realizado em São Paulo, a comissão chegou ao texto final do anteprojeto, enviado em 20.11.1997 ao Ministro da Justiça. Tendo em vista que o disciplinamento do instituto da arguição afetava as atribuições do STF, resolveu-se colher a opinião do Tribunal. Isto foi feito, em 4.5.1998 (note-se que a data do segundo substitutivo do relator do projeto na Câmara coincide com a do encaminhamento do anteprojeto ao STF), mediante aviso do Ministério da Justiça, que foi respondido pelo Presidente do Tribunal informando ter encaminhado cópias do texto para todos os Ministros do STF. Em junho de 1998, o trabalho realizado pela comissão foi publicado na Revista Consulex nº 18, ano II, vol. I, p. 18/21. Prosseguindo a tramitação legislativa, o projeto de lei teve sua redação final aprovada e encaminhado pela Mesa Diretora da Câmara ao Senado Federal. No Senado, tendo por relator o Senador José Eduardo Dutra, continuou o projeto a suscitar debate e foi aprovado na Comissão de Constituição e Justiça, unanimemente. Em seguida, foi aprovado pelo Plenário do Senado em novembro de 1999 e encaminhado à sanção presidencial. Assim, ressaltando as coincidências do substitutivo do deputado Prisco Viana e do texto elaborado pela Comissão do Ministério da Justiça, o que chama a atenção é justamente a publicidade e a intensidade das discussões, sempre no intuito de agregar contribuições ao debate. Como se vê, esse ponto da impugnação não tem qualquer consistência. A lei em apreço tramitou por três longos anos nas duas Casas do Congresso Nacional, sendo de destacar-se a participação marcante de importantes líderes da oposição e dos grupos independentes na sua feitura”⁴⁰.

⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. "Vítimas do Ócio (ou: Da importância da leitura do Diário Oficial)", http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/revista/Rev_11/ocio.htm, abril de 2000.

De forma crítica, é de notar-se que houve uma grande cisão entre o Projeto-de-Lei nº 2.872/97, apresentado inicialmente pela Deputada Federal Sandra Starling, e o que restou convertido na Lei nº 9.882/99.

A referida Deputada almejava regulamentar o parágrafo 1º, do art. 102, da CF/88, para estabelecer a possibilidade de propositura por parte de parlamentares de uma ação constitucional perante o STF nominada de Reclamação, com a finalidade de defesa e proteção dos preceitos fundamentais transgredidos no curso do processo de elaboração das leis em geral. O Projeto-de-Lei nº 2.872/97 tinha como central dispositivo o seguinte: “Art. 1º Caberá reclamação de parte interessada ao Supremo Tribunal Federal, mediante pedido de um décimo dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, quando ocorrer descumprimento de preceito fundamental do texto constitucional, em face de interpretação ou aplicação dos regimentos internos das respectivas Casas, ou comum, no processo legislativo de elaboração de normas previstas no art. 59 da Constituição”.⁴¹

Nesta esteia, bem clara a intenção da Parlamentar na justificativa do referido Projeto-de-Lei apresentado: “Com efeito, sendo o Supremo Tribunal Federal o guardião-mor da Constituição – art. 102, caput, CF – e dispondo o parágrafo 1º do referido art. 102 que ‘a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei’, a proposta deve ser acatada, porque o respeito ao devido processo de elaboração das normas legislativas (art. 59 e 60 c/c arts. 51, inciso III e art. 52, inciso XII, CF), pressuposto formal da própria garantia basilar do devido processo legal é, com certeza, princípio erigido em preceito fundamental e, enquanto tal, passível do controle judicial a que se refere o art. 102, parágrafo 1º, da Constituição”.⁴²

⁴¹ Projeto de Lei da Câmara nº 17 de 1999 (nº 2.872/97, na Casa de origem) – Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do parágrafo 1º do art. 102 da Constituição Federal. Diário do Senado Federal, 31 de março de 1999, p. 06804.

⁴² Projeto de Lei da Câmara nº 17 de 1999 (nº 2.872/97, na Casa de origem) – Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do parágrafo 1º do art. 102 da Constituição Federal. Diário do Senado Federal, 31 de março de 1999, pp. 06802/06806.

Em maio de 1998, o referido Projeto-de-Lei recebeu Substitutivo da lavra do Deputado Prisco Viana, alterando profundamente a idéia inicial, ampliando o espectro de proteção dos preceitos fundamentais em benefício de todos os cidadãos lesados por ato do Poder Público.

O referido Substitutivo era bastante semelhante ao relatório da Comissão formada pelos Juristas Celso Ribeiro Bastos, Arnaldo Wald, Oscar Dias Correia e Gilmar Ferreira Mendes, criada em 1997, pelo então Ministro da Justiça Íris Resende, para estudar alternativas de regulação infraconstitucional da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Tanto no substitutivo do Deputado Prisco Viana, como no relatório da referida Comissão,⁴³ objetivava-se implantar uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental que desse o mais amplo acesso ao cidadão perante o STF na defesa dos preceitos fundamentais, bem como garantisse um meio eficaz de saneamento das “controvérsias constitucionais relevantes” decorrentes da aplicação de atos e normas estaduais, federais e municipais, inclusive acerca de questionamentos afetos ao direito constitucional pretérito para dar maior segurança jurídica, combatendo as “guerras de liminares” então ressaltadas.⁴⁴

⁴³ A respeito das conclusões da Comissão formada pelos Juristas Celso Ribeiro Bastos, Arnaldo Wald, Oscar Dias Correia e Gilmar Ferreira Mendes, ver MENDES, Gilmar Ferreira *et alii*. "Preceito fundamental: arguição de descumprimento". In: *Revista Jurídica Consulex*, nº 18, 1998.

⁴⁴ Sobre a questão da instabilidade jurídica brasileira e das denominadas “guerras de liminares”, tem-se a lição de Celso Ribeiro Bastos e Alexis Galiás de Souza Vargas a seguir transcrita: “No entanto, o instituto em comento tem, também, a finalidade de uniformizar e harmonizar a atividade jurisdicional, como já demandavam a lógica e o bom senso. Não se pode mais admitir que o sistema judicial se preste à atividade obstativa e baderneira dos insatisfeitos, que conseguem operá-lo de modo a causar um caos jurídico de difícil reparação. Um exemplo é impetração de várias demandas em diversos foros do País, com o mesmo objeto, com o fim de usar a Justiça como uma loteria, onde se procura aumentar as chances de sucesso com o aumento dos jogos. Ou mesmo visando o colapso do sistema, pois este estaria beneficiados os interesses privados. (...) Certo é que situações deste tipo são indesejáveis em qualquer regime jurídico ou político que se queira implantar, diante da incoerência e insegurança que lhe é ínsita. Os princípios da dignidade da Justiça, da segurança jurídica e do Estado de Direito não se coadunam com este tipo de celeuma, que deve ser extirpada do sistema, como forma de torná-lo mais lógico e forte, permitindo-lhe cumprir seu papel de ‘boca da lei’”. (BASTOS, Celso Ribeiro & VARGAS, Alexis Galiás de Souza. “Arguição de descumprimento de preceito fundamental”. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano: 8, nº 30, jan/mar, 2000, p. 73). Também, sobre as questões afetas às inovações introduzidas pela Arguição de Descumprimento, ver MENDES, Gilmar Ferreira. "Arguição de descumprimento de preceito fundamental". In: *Revista Jurídica Consulex*, ano: IV, vol. I, junho de 2000, pp. 24/27.

Através da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, a defesa da Constituição, dos preceitos fundamentais e da cidadania apresentava-se como um elemento marcante do Substitutivo apresentado pelo Deputado Prisco Viana, praticamente idêntico ao texto final da Lei nº 9.882/99. Neste sentido, bem evidente o voto do Parlamentar apresentado em maio de 1998 na Câmara dos Deputados para justificar a aprovação do texto apresentado: “entendo que o Projeto não deve restringir o campo de abrangência do preceito constitucional aos atos resultantes de interpretação regimental no âmbito das Casas congressuais, relacionada à elaboração legislativa. Na realidade, o instituto constitucional da argüição de descumprimento deve alcançar quaisquer atos do Poder Público, e sob essa dimensão e ótica dilatadas deve ser disciplinado, em benefício da cidadania, inclusive, para atender situações outras merecedoras do mesmo amparo processual”.⁴⁵

Também, quanto à importância da participação direta do cidadão, inclusive intentado perante o STF a referida Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, é claro o relatório apresentado pelo Senador José Eduardo Dutra em outubro de 1999 para aprovação do referido Substitutivo do Deputado Prisco Viana, *in verbis*: “O objetivo do projeto sub examine, dentro dessa mesma linha, visa aperfeiçoar esses mecanismos de controle, preenchendo adequadamente uma lacuna encontrada na legislação pátria, que não permitia o saneamento apriorístico dos textos legais e, bem assim, democratizar o acesso à prestação jurisdicional com o alargamento dos legitimados para a competente argüição. (...) O escopo prático e a razão finalística do projeto estão plenamente justificados e atendem à desejável tutela que se pretende estabelecer, de resguardo quanto à desobediência dos preceitos constitucionais, cuja ocorrência deve ser evitada em qualquer hipótese e notadamente em relação a um processo legislativo suscetível de estar viciado por eventuais desmandos de cúpulas diretivas despreparadas ou mal-intencionadas. (...) Para atingir esse mister, nota-se, no projeto, um acertado processo evolucionista em relação ao socorro judicial contra os desmandos, consignando-se uma abertura que se mostra receptiva à contribuição de todos os cidadãos na preservação dos comandos constitucionais, e não apenas de alguns,

⁴⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2000, p. 459.

consoante se permitia. A tutela jurisdicional adquire, assim, um sentido geral e isento de restrições”.⁴⁶

Entretanto, mesmo com todo o destaque e trabalho parlamentar, a participação direta dos cidadãos, em sede da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, foi vetada pelo Presidente da República no referido Substitutivo do Projeto-de-Lei submetido à sanção, tendo em vista que a legitimidade direta da população para propor a medida significaria um suposto aumento do volume de processos no STF.⁴⁷

Também, o Presidente da República vetou o parágrafo 4º, do art. 5º, do Substitutivo do Projeto-de-Lei que tratava do controle de constitucionalidade judicial prévio em sede do processo legislativo, sob o argumento de que não poderia o Pretório Excelso se imiscuir em matéria “interna corporis” do Congresso Nacional, sob pena de ocorrer a quebra do princípio da separação dos poderes.⁴⁸

Ao final, com estes e mais alguns vetos presidenciais, foi o Substitutivo ao Projeto-de-Lei sancionado e convertido na referida Lei nº 9.998/99.

Resta concluir desta tramitação legislativa que, aparentemente, a maior intenção parlamentar na regulamentação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental seria garantir o controle de constitucionalidade preventivo do processo legislativo, também dando um acesso amplo do cidadão à Suprema Corte na defesa dos preceitos fundamentais consubstanciados na Carta Magna de 1988.⁴⁹

⁴⁶ Parecer nº 827, de 1999 – Da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, sobre o Projeto de Lei da Câmara nº 17, de 1999, (nº 2.872/97, na Casa de origem), que dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do parágrafo 1º do art. 102 da Constituição Federal. Diário do Senado Federal, 20 de outubro de 1999, pp. 27932/27933.

⁴⁷ MENSAGEM Nº 265, de 2000-CN (nº 1.807/99, na origem). Diário do Congresso Nacional – Sessão conjunta, março de 2000, pp. 04593/04599.

⁴⁸ MENSAGEM Nº 265, de 2000-CN (nº 1.807/99, na origem). Diário do Congresso Nacional – Sessão conjunta, março de 2000, pp. 04593/04599.

⁴⁹ Também, sobre a *mens legislatoris* relacionada à Lei nº 9.882/99, tem-se a lição de Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho ora destacada: “Dessa forma, a *mens legislatoris* foi a de introduzir, a partir da previsão do instituto, nova espécie de controle concentrado de constitucionalidade, com o escopo de atender aos casos em que não seriam cabíveis as demais espécies de controle, oferecendo máxima eficácia aos preceitos constitucionais”. (SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. “Arguição de descumprimento de preceito fundamental”. In: *Repertório IOB de Jurisprudência – Tributário, Constitucional e Administrativo (Caderno 1)*, nº 17, 1ª quinzena de março, 2000, p.446).

Entretanto, ambos os dispositivos contidos no Projeto-de-Lei e no seu Substitutivo relativos a esta matéria foram vetados pelo Presidente da República, estabelecendo-se de forma pragmática apenas uma ampliação deveras questionável das hipóteses de incidência da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental para além da proteção dos preceitos fundamentais, o que – data vênica – não se coaduna com a vontade do Constituinte nem como a intenção aparente do legislador ordinário, plasmado principalmente nas manifestações do Deputado Prisco Viana e do Senador José Eduardo Dutra acima transcritas.

Por fim, para modificação da legislação retora da Argüição constitucional, há algumas propostas de alteração em tramitação no Congresso Nacional⁵⁰ que fogem da análise central da presente Dissertação. Entretanto, em sede da Reforma do Poder Judiciário (atualmente PEC nº 29/2000), é de se destacar que estão sendo discutidos principalmente temas afetos a súmula vinculante, controle externo do Poder Judiciário, extinção da Justiça do Trabalho, Eleitoral e Militar, garantias da magistratura, nada, entretanto, especificamente voltado para Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Como se percebe da análise da legislação, da tramitação legal do processo legislativo e das opiniões doutrinárias colacionadas, há múltiplos questionamentos e perplexidades sobre a regulação da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental pela Lei nº 9.882/99, aparentando inclusive que a referida norma acabou nem protegendo tanto os cidadãos, mas sim significou a instituição de um “Incidente de Inconstitucionalidade” no Brasil, especialmente quando restaram autorizadas discussões em sede da Argüição sobre supostas “controvérsias relevantes” decorrentes da aplicação de atos e leis municipais, federais, estaduais e até do direito pré-constitucional, o que – salvo melhor juízo – desvirtuou a real finalidade do instituto, conforme restará detalhado na presente Dissertação.⁵¹

⁵⁰ A respeito de Projetos-de-Lei em curso no Congresso Nacional, objetivando modificações na legislação retora da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ver TAVARES, André Ramos. *Tratado de Argüição de Preceito Fundamental: (Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99)*. São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 33/34.

⁵¹ Sobre este tema com maiores detalhamentos, ver também itens 3.3. e 3.4. da presente Dissertação. Além disto, é importante destacar que vários pontos da Lei nº 9.882/99, reguladora da ADPF, estão tendo sua constitucionalidade questionada perante o STF através da ADIN nº 2.231-DF proposta pela OAB.

A seguir, ver-se-ão os traços comparativos entre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e outros institutos estrangeiros congêneres, a fim de melhor compreender o contexto e meios de aperfeiçoamento da novel Arguição constitucional no Brasil.

1.2. Semelhanças e diferenças com outros institutos do direito estrangeiro.

Tencionando dar o máximo de efetividade⁵² possível à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, aclarando especialmente seus objetivos e nuances, almeja-se, neste item da Dissertação, fazer uma análise da referida Arguição constitucional pátria em comparação com institutos constitucionais aparentemente semelhantes de outros ordenamentos jurídicos, tais como: o *Writ of Certiorari* Norte-Americano, o Recurso Constitucional Alemão e o Recurso de Amparo Espanhol.

Num primeiro momento, é importante destacar os lineamentos teóricos básicos do Direito Comparado, que serão utilizados na feitura da análise comparativa entre a Arguição de Descumprimento e os referidos institutos constitucionais estrangeiros.

Dentro da doutrina, é bastante questionado o fato do Direito Comparado ser um método ou uma ciência.

Como método, o Direito Comparado apresentar-se-ia apenas como uma técnica, adotada para confrontar ordenamentos jurídicos de sociedades/Estados diferentes.

Já, como ciência, o Direito Comparado teria autonomia, princípios e elementos próprios, que o diferenciaram dos demais ramos da Ciência Jurídica, tendo no

⁵² Sobre os princípios de interpretação constitucional, cf. BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997, e também DANTAS, Ivo. *Princípios Constitucionais e Interpretação Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Ltda, 1995.

ato comparativo sua base científica específica para tratamento e análise dos distintos ordenamentos jurídicos.

As incertezas, quanto ao estabelecimento do Direito Comparado como mero método ou ciência, causam perplexidade e angústia nos doutrinadores. Bem claro neste sentido, é a lição de Leontin-Jean Constantinesco: “A primeira incerteza refere-se, aparentemente, à própria definição do Direito comparado. Ainda que exista uma multiplicidade de enunciados, não há nenhuma que seja, em geral, aceita. Isso já diz muito sobre a solidez científica do terreno no qual se apóia o Direito comparado. Na realidade, a confusão concernente à definição não faz senão exprimir as perplexidades, mais profundas, relativas à natureza e ao seu objeto: é um simples método ou uma disciplina autônoma? Qualquer que seja a posição da grande maioria dos autores que negam a importância do dilema, é justamente estes um dos problemas fundamentais, E, se é significativo examinar o método comparativo, é do mesmo modo importante começar por saber se, além do método, existe também uma disciplina autônoma, ou seja, uma ciência dos Direitos comparados, e em que coisa ela consiste”.⁵³

Acredito que, mesmo utilizando técnicas de comparação, o Direito Comparado não pode ser restringido a um método, apresentando-se na realidade como ciência, tendo sua autonomia e importância específicas.

Neste sentido, o Direito Comparado serve principalmente para aperfeiçoamento dos ordenamentos jurídicos em geral, a partir da comparação entre institutos ou sistemas estrangeiros com a realidade posta de cada Estado/Nação.

De forma bem esclarecedora, Eric Agostini destaca as utilidades básicas do Direito Comparado. Para este autor, o Direito Comparado tem uma “utilidade tripla: - *De lege lata*, os tribunais de ordem judiciária são por vezes obrigados, de harmonia com as regras do direito internacional privado, a fazer a aplicação duma lei estrangeira. Ora, se o Supremo Tribunal de Justiça não controla a interpretação, que os juízes terão dado à lei aplicável, censura-lhe a desnaturação. E é evidente que o respeito pelo direito

⁵³ CONSTANTINESCO, Leontin-Jean (trad. Maria Cristina De Cicco). *Tratado de direito comparado: introdução ao direito comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 264. Cf. DANTAS, Ivo. *Direito constitucional comparado: introdução, teoria e metodologia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, *passim*.

estrangeiro passa pelo seu conhecimento. (...) – *De lege ferenda*, a análise das instituições estrangeiras permite imaginar o aperfeiçoamento das nossas. (...) –E enfim, o estudo do direito comparado tem um último mérito, que, se não é de ordem prática, não é menos fundamental, o de banir dos espíritos o chauvinismo jurídico que vê a perfeição em sua casa e a aproximação fora dela, que vê ‘no direito estrangeiro uma armada de invasão que o jurista patriota tem o dever de pôr em fuga.’ (...) O Direito comparado é, em resumo, um fator essencial de compreensão do direito e do conhecimento das civilizações estrangeiras. Esta última utilidade justifica só por si o seu estudo: o conhecimento chama a simpatia”.⁵⁴

Também, Ivo Dantas defende duas funções básicas para o Direito Comparado, sendo a primeira de cunho mais intelectual para o estudioso no conhecimento de outros ordenamentos jurídicos, e a segunda de cunho mais técnico-jurídico para o aperfeiçoamento dos ordenamentos jurídicos com a universalização de institutos e conceitos. Veja-se a lição esclarecedora neste sentido: “Pelo primeiro, ao qual denominamos de *objetivos pessoais*, visa-se uma maior *satisfação intelectual* daquele que lança mão dos estudos sobre os sistemas jurídicos estrangeiros para verificar a forma como os fatos sociais, econômicos e políticos estão sendo tratados por outros povos. O objetivo, pois, é meramente subjetivo, cultural. (...) O segundo grupo de finalidades – em nosso entender – pode ser denominado de profissional e encontra-se mais ligado à *Técnica e Política Jurídica* ou mesmo *Política Legislativa*, oferecendo os elementos necessários à análise, por parte dos operadores do Direito, para melhor compreensão de institutos jurídicos – sobretudo aqueles que foram recepcionados pelo sistema nacional – existentes em outros ordenamentos, exatamente porque, queiram ou não, assistimos, nos dias atuais, a uma tendência de *universalização dos conceitos* no campo da Ciência Jurídica”.⁵⁵

Ainda, a análise do Direito Comparado pode ser feita no plano da macrocomparação ou microcomparação.

⁵⁴ AGOSTINI, Eric (trad. Fernando Couto). *Direito Comparado*. Porto: RÉ-S-Editora Ltda, pp. 23/24.

⁵⁵ DANTAS, Ivo. *Direito constitucional comparado: introdução, teoria e metodologia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 61/62.

Na macrocomparação, é realizado um estudo confrontando dois ou mais sistemas/famílias jurídicas em sentido amplo. Por exemplo, a comparação entre o Direito Brasileiro (família romanística) e o Direito Inglês (família anglo-saxônica).

Por enquanto que, na microcomparação, restam confrontados e estudados institutos jurídicos específicos e determinadas peculiaridades de realidades normativas diferentes, a fim de estabelecer semelhanças, diferenças e empreender análises para o aperfeiçoamento do direito local em geral.

Deve-se atentar, entretanto, que a microcomparação não é algo apartado da macrocomparação. Ao contrário, só se consegue realizar uma microcomparação detalhada e coerente no estudo comparado entre institutos jurídicos específicos, como no presente caso em relação à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, quando se conhecem razoavelmente bem os sistemas jurídicos estrangeiros como um todo (macrocomparação). Ou seja, a macrocomparação agrega e completa a microcomparação realizada.

Também, registre-se, por cautela, não ser o objetivo do Direito Comparado pura e simplesmente “transplantar”, “importar” institutos e sistemas jurídicos estrangeiros, impondo-os às realidades locais subjacentes.

Ao contrário, o Direito Comparado não se lastreia na idéia de imposição de sistemas e institutos estrangeiros. Na realidade, o objetivo principal do Direito Comparado é dar às sociedades humanas alternativas de leis e de institutos jurídicos, para que estas confrontem as realidades estrangeiras com a local, visando o aperfeiçoamento e a melhoria da ordem normativa como um todo, respeitando as peculiaridades de cada sociedade, de cada cultura, de cada Estado específico.

Ainda, nas análises comparativas, vale frisar ser impossível criar um estudo estritamente jurídico e isolado. Isto porque o Direito Comparado é sistêmico, agregando-se à visão normativa de comparação as perspectivas sociológica, histórica, econômica, política que dêem ao comparativista uma visão integrada dos estudos realizados.

Tal perspectiva assenta-se no fato de que a norma jurídica posta é apenas uma das referências e um dos elementos de comparação para o cientista do Direito. Assim, a análise comparativa é também amparada em elementos políticos, axiológicos, econômicos e sociológicos para atingir a essência dos ordenamentos jurídicos estrangeiros, angariando informações e dados claros para um estudo integrado e sistematicamente ordenado.

Caso se distancie desta perspectiva, o comparativista incorrerá por vários momentos em equívocos de comparação pela ausência de conhecimento claro das realidades sociais, econômicas, culturais e políticas dos sistemas normativos estrangeiros.⁵⁶

Assim, para os fins da presente Dissertação, defende-se a utilização do Direito Comparado como ciência, agregando-se a macrocomparação à microcomparação, a fim de corretamente efetuar as pertinentes comparações de institutos jurídicos específicos, como *in casu* com a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental no Brasil.

Assim, destacadas na presente Dissertação as perspectivas adotadas de análise do Direito Comparado, serão verificadas semelhanças e diferenças existentes entre o *Writ of Certiorari* Norte-Americano, o Recurso Constitucional Alemão e o Recurso de Amparo Espanhol em relação à Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, almejando estabelecer as diretrizes para um melhor entendimento, aplicação e interpretação da referida Argüição no direito constitucional pátrio.

A escolha pela análise do *Writ of Certiorari* Norte-Americano, do Recurso Constitucional Alemão e do Amparo Espanhol em face do instituto brasileiro ocorreu diante da necessidade da realização de um corte epistemológico e principalmente das maiores aproximações entre estes e a referida Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental pátria, conforme bem ressaltado na própria doutrina pátria.⁵⁷

⁵⁶ Cf. DANTAS, Ivo. *Direito constitucional comparado: introdução, teoria e metodologia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 48/52.

⁵⁷ Cf. TAVARES, André Ramos. *Tratado de Argüição de Preceito Fundamental: (Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99)*. São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 35/68

Enfim, a análise comparativa do instituto brasileiro permitirá, sem dúvida, esclarecer melhor o sentido e o alcance da Arguição de Descumprimento no Brasil, permitindo inclusive o seu aperfeiçoamento, bem como viabilizando a compreensão real das finalidades do referido instituto à luz das necessidades nacionais.

1.2.1. *Writ of Certiorari*: conceito e características. Semelhanças e diferenças entre o *Writ of Certiorari* norte-americano e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

O *Writ of Certiorari* existente nos EUA é um instituto constitucional de competência da Suprema Corte Norte-Americana.

Tem o *Writ of Certiorari* a feição de um recurso proposto por qualquer pessoa, objetivando que a Suprema Corte avoque um processo, reformando uma decisão prolatada pelos Tribunais Inferiores Norte-Americanos.

Bem clara a definição do *Writ of Certiorari* no Black's Law Dictionary: "Writ of certiorari. Uma ordem da Corte de Apelação (Suprema Corte) dentro de sua discricionariedade para analisar um apelo contra uma decisão de uma Corte Inferior. Se o certiorari é negado, a Corte de Apelação não recebe o apelo, e, de fato, o julgamento inferior permanece. Se o writ é aceito, então determina-se que a Corte Inferior remeta o processo que será analisado no mérito dentro da discricionariedade da Suprema Corte".⁵⁸

O *Writ of Certiorari* é um dos principais Recursos Constitucionais manejados pelos cidadãos norte-americanos em geral perante a Suprema Corte, especialmente diante das reformas ocorridas na legislação norte-americana em 1988, na

⁵⁸ BLACK. Henry Campbell. *Black's Law Dictionary*. Saint Paul: West Publishing Co., 6ª edição, 1998, p. 1609: "An order by the appellate court which is used by that court when it has discretion on whether or not to hear an appeal from a lower court. If the writ is denied, the court refuses to hear the appeal and, in effect, the judgment below stands unchanged. If the writ is granted, then it has the effect of ordering the lower court to certify the record and send it up to the higher court which has used its discretion to hear the appeal." (original em inglês)

qual restaram reduzidos por demais as hipóteses de manejo de um outro recurso constitucional nominado de *appeal*.⁵⁹

Atente-se ao fato de que não existe uma lei nos EUA que determine as hipóteses de cabimento do *Writ of Certiorari*. Somente à luz da doutrina e dos julgamentos da Suprema Corte, é possível aferir em quais prováveis casos a Corte irá conhecer do *Certiorari* interposto.

Mesmo assim, Gerald Gunther e Kathlenn Sullivan procuram indicar algumas situações em que o *Certiorari* é conhecido (*granted*), quais sejam: a-) quando uma Corte de Apelação Inferior nos EUA proferir uma decisão em conflito com outra Corte de Apelação; b-) quando uma Corte decidir uma importante questão federal em conflito com outra Corte; c-) quando uma Corte adotar procedimentos em total afronta à legislação aplicável; d-) quando uma Corte decidir uma questão em conflito com a decisão de outra Corte sobre relevante matéria federal; e-) quando houver uma decisão judicial em conflito com a orientação da Suprema Corte.⁶⁰

Deve-se atentar, entretanto, que a Suprema Corte Norte-Americana, mesmo nos casos acima estabelecidos, não tem obrigação legal de conhecer do *Writ of Certiorari*, isto porque prevalece uma total discricionariedade da Excelsa Corte para apreciar os *Certiorari* dentro do que dispõe a conhecida *Rule 10*: “Revisão através de

⁵⁹ Bem clara também neste sentido é a lição de Jerome Barron e Thomas Dienes: “In 1988 Congress made a major change in the statutes setting forth the basis for Supreme Court jurisdiction. The old distinction between appeal, technically a matter of right, and certiorari, involving the exercise of discretion, is now largely a matter of history. The principal route now for obtaining Supreme Court review of lower court decisions is by means of certiorari. See 28 U.S.C.A. - 1254 and 1257”. (BARRON, Jerome A & DIENES, C. Thomas. *Constitutional law in a nutshell*. Saint Paul: West Publishing Co., 3ª edição, 1995, pp. 14/15). (original em inglês)

⁶⁰ GUNTHER, Gerald & SULLIVAN, Kathleen. *Constitutional law*. New York: The Foundation Press Inc., 13ª edição, 1997, p. 68: “The following, while neither controlling nor fully measuring the Court’s discretion, indicate the character of reasons the Court considers: (a) a United States court of appeals has entered a decision in conflict with the decision of another United States court of appeals on the same important matter; has decided an important federal question in a way that conflicts with a decision by a state court of last resort; or has so far departed from the accepted and usual course of judicial proceedings, or so far sanctioned such a departure by a lower court, as to call for an exercise of this Court’s supervisory power; (b) a state court of last resort has decided an important federal question in a way that conflicts with the decision of another state court of last resort or of a United States court of appeals. (c) a state court or a United States court of appeals has decided an important question of federal law which has not been, but should be, settled by this Court, or has decided an important federal question in a way that conflicts with relevant decisions of this Court”. (original em inglês)

writ of certiorari não é uma questão de direito, mas de discricção judicial, e será aceita apenas quando houver especiais e importantes razões para isto”.⁶¹

Assim, só decidirá a Suprema Corte os *Certiorari* que entender relevantes com base na sua discricionariiedade, sem nem mesmo necessitar fundamentar a decisão negatória de seguimento do recurso.

Nesta esteia, o *Certiorari* para ser analisado precisa do voto de no mínimo 04 (quatro) Juízes da Suprema Corte como uma condição prévia de admissibilidade, sendo este juízo preambular conhecido como a “Regra dos 4”.⁶²

Dentre os *Certiorari* interpostos, apenas cerca de 1% (um por cento) é conhecido dentro da discricionariiedade que existe na sua apreciação. Tal fato é atestado por Sidnei Agostinho Beneti: “A rotina de serviço e o processo de seleção dos casos, de modo discricionário, tornam possível à Corte vencer a carga de serviço. Recebe ela anualmente cerca de 1.500 casos novos, dos quais julga apenas aproximadamente 150, porque a jurisdição não é obrigatória”.⁶³

Interessante notar também que o fato da Suprema Corte não conhecer (*granted*) um *Certiorari*, entendendo que não deve julgá-lo dentro de sua discricionariiedade, não significa alteração ou análise do mérito da lide conflituosa, como bem ressaltou Laurence H. Tribe, isto “porque o writ é discricionário, e a não aceitação (denial) do certiorari não implica em manifestação da Corte quanto ao mérito do caso que não foi apreciado no seu âmago”.⁶⁴

⁶¹ Rule 10: “In the Supreme Court, a review on writ of certiorari is not a matter of right, but of judicial discretion, and will be granted only when there are special and a important reasons there for.” (original em inglês)

⁶² Sobre a “regra dos 4” na sistemática do *Writ of Certiorari*, ver a lição Alexandre de Moraes a seguir transcrita: “Em virtude do acúmulo de solicitações feitas à Corte, criou-se um procedimento de pré-triagem, de forma que o Presidente da Corte coloca em uma lista denominada lista de exame, os casos de relevância, para que sejam analisados e obtenham sua admissibilidade pelo menos por quatro juízes. Ressalte-se que os casos excluídos pelo Chief Justice da lista de exame poderão, a pedido de qualquer dos demais juízes, ter sua admissibilidade analisada”. (MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da constituição*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 93).

⁶³ BENETI, Sidnei Agostinho. “O processo na Suprema Corte dos Estados Unidos”. In: *Revista dos Tribunais*, ano: 82, vol. 695, set, 1993, p. 272.

⁶⁴ TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. New York: The Fundation Press Inc., 1978, p. 35: “Because the writ is discretionary, a denial of certiorari ordinarily carries with it no implication whatever regarding the Court’s views on the merits of a case which it has declined to review”. (original em inglês)

Também diante do enorme número dos *Certiorari*, a Suprema Corte oferece inclusive formulários para que as pessoas proponham de forma mais exata possível os *Writs*. Nestes formulários, estabelece a Suprema Corte até mesmo uma orientação quanto à limitação do número de folhas, indicando do modo mais claro possível os motivos pelos quais entende serem relevantes os pedidos de reforma das decisões dos Tribunais Inferiores.

Esta discricionariedade de apreciação ou não do *Writ of Certiorari*, sem nem mesmo fundamentar as referidas decisões judiciais, é deveras questionada nos EUA.

Argumentam Gunther e Sullivan que há sugestões de advogados norte-americanos no sentido de que a Suprema Corte divulgue com mais detalhes as hipóteses de cabimento ou não do *Certiorari*, especificando assim o contido genericamente na *Rule 10*, e estabelecendo pelo menos com clareza as hipóteses de não cabimento do instituto constitucional.⁶⁵

Também, John Nowak questiona a utilidade do *Writ of Certiorari*, estabelecendo que a Suprema Corte se enfraquece quando rejeita com base no seu poder discricionário e sem fundamentação o *Certiorari*, não garantindo supostamente a importância que o mesmo possui.⁶⁶

⁶⁵ GUNTHER, Gerald & SULLIVAN, Kathleen. *Constitutional law*. New York: The Foundation Press Inc., 13ª edição, 1997, p. 68: "Over the years, as the number of certiorari petitions has increased and the consequent Court workload has grown, Justices have repeatedly urged lawyers to use greater self-restraint in filing petitions. Some have suggested that the Court could help by providing guidelines more specific than those in Rule 10 or by giving reasons when it denies a certiorari petition". (original em inglês)

⁶⁶ NOWACK, John E. *et alii*. *Constitutional Law*. Saint Paul: West Publish Co., 2ª edição, 1983, pp. 34/35: "The members of the Supreme Court have in recent years, more frequently written lengthy dissents to denials of certiorari. Because denial of certiorari 'simply means that fewer than four members of the Court deemed it desirable to review a decision of the lower court as a matter of sound judicial discretion,' some justices have objected to the frequent filing of written dissents to denials of certiorari as 'totally unnecessary', 'the purest form of dicta', and 'potentially misleading.' Others replied: 'Because no one knows all that a denial means does it mean that it means nothing ? ... It is just one of the facts of life that today every lower court does attach importance to denials and to presence or absence of dissents from denials, as judicial opinions and lawyers 'arguments show.' Individual justices have thus used their dissents to denial of certiorari to express their concern about the facts of the particular case, to reemphasize their earlier dissents, to urge reconsideration of a settled point, or to comment on the Court's workload". (original em inglês)

As críticas são ampliadas quando se atesta que o fato, de aceitar (*granted*) ou negar (*denial*) o julgamento de um *Certiorari* sem fundamentação, residi no mais das vezes nas preferências políticas e pessoais dos Juizes da Suprema Corte como bem destaca Segal e Spaeth: “O elo, que liga os vários fatores a determinar quem tem acesso à Suprema Corte, são as preferências políticas pessoais dos Ministros da Corte. Conferindo-se a liberdade de selecionar para revisão tantos casos quantos os Ministros desejarem, bem como os fatos que governam a seleção e as estratégias que vários Ministros empregam quando votam pela revisão de um caso com base em questões de orientação individual”.⁶⁷

Enfim, o *Writ of Certiorari* apresenta-se como um instrumento constitucional norte-americano, manejado contra decisões dos Tribunais Inferiores, no qual o cidadão pede à Suprema Corte Norte-Americana que avoque um processo, reformando a decisão prolatada pelo Tribunal (Corte) Inferior. A Suprema Corte, neste caso, tem amplo poder discricionário para analisar o *Certiorari* dentro do que estabelece a *Rule 10*, apreciando faticamente apenas um número ínfimo de casos a ela submetidos.

Agora, são evidenciados certos elementos de aproximação e distanciamento entre a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental e o *Writ of Certiorari*.

A Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, como recurso constitucional, visa a preservação e proteção de preceitos fundamentais da Constituição Brasileira de 1988. Tais preceitos fundamentais não vêm detalhados na Carta Magna de 1988 nem tampouco na Lei nº 9.882/99, reguladora da Argüição de Descumprimento brasileira.⁶⁸

⁶⁷ SEGAL, Jeffrey A., SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and Attitudinal Model*. Cambridge: Cambridge University Press, 1993, p. 206, *Apud* TAVARES, André Ramos. *Tratado de Argüição de Preceito Fundamental: (Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99)*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 39. Ainda, deve-se registrar haver estudos que buscam aferir o significado, os motivos e as inferências que levam os Juizes da Suprema Corte Norte-Americana a aceitarem ou não o julgamento de um *Certiorari* com base na discricionariedade, para tanto ver: BRENNER, Saul. “Granting Certiorari by United States Supreme Court: An Overview of the Social Science Studies”. In: <http://www.aallnet.org/products/2000-17.pdf>, 24 de junho de 2002.

⁶⁸ Sobre os valores e princípios constitucionais, DANTAS, Ivo. *Princípios constitucionais e interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Ltda, 1995 e DANTAS, Ivo. *O Valor da Constituição: Do controle de constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2ª edição revista e aumentada, 2001.

Neste aspecto, aproxima-se a Arguição de Descumprimento do *Writ of Certiorari*, isto porque o *Writ of Certiorari* também não prevê de forma explícita que preceitos este instituto irá salvaguardar em sede constitucional.

Atente-se ao fato de que o *Writ of Certiorari* doutrinariamente, como a Arguição de Descumprimento brasileira, visa a proteger a ordem jurídico-constitucional, garantindo especialmente os seus valores e princípios básicos.

Outro aspecto de semelhança, entre o instituto brasileiro e o *Writ of Certiorari*, diz respeito ao grau de discricionariedade existente em suas apreciações.

Em sede da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, no parágrafo 1º, art. 5º, da Lei nº 9.882/99, existe a possibilidade de concessão de liminar por parte do Ministro Relator em caso de vislumbrar-se, de forma até certo ponto genérica, a extrema urgência ou perigo de lesão na agressão potencial ou imediata a preceito fundamental.

No *Writ of Certiorari*, a discricionariedade, quanto ao seu conhecimento ou não e aos efeitos do seu julgamento, também é grande, não tendo a exigência nem mesmo fundamentação da decisão judicial negativa de seguimento do recurso, conforme já destacado.

Não obstante as semelhanças, as diferenças entre o *Writ of Certiorari* e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental são inúmeras.

Em sede da Arguição de Descumprimento, a liminar acima referida pode ser concedida para suspender o andamento dos processos, ou os efeitos de decisões judiciais que versem sobre o mesmo objeto da Arguição constitucional (parágrafo 3º, do art. 5º, da Lei nº 9.882/99).⁶⁹

⁶⁹ Tal dispositivo da Lei nº 9.882/99 (parágrafo 3º, do art. 5º) restou suspenso cautelarmente em sede da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.231-DF com base em decisão do Ministro Néri da Silveira. Sobre a ADIN nº 2.231-DF e suas nuances, ver o item 3.3. da presente Dissertação.

Já, quanto ao *Writ of Certiorari*, através deste, não se objetiva reformar de forma tão radical as decisões dos Juízes e Tribunais Inferiores. Ao contrário, apenas 1% (um por cento) dos *Certiorari* propostos são conhecidos, e nem todos restam julgados para reformar as decisões das Cortes Inferiores.

Diante de tal fato, nos EUA, busca-se prestigiar as decisões judiciais inferiores, em respeito ao fato dos Juízes estarem mais próximos dos conflitos e da realidade dos casos postos aos seus conhecimentos.

Assim, a Suprema Corte Americana – como Corte Revisora - só de forma excepcional, em sua discricionariedade, aceita o *Writ of Certiorari* para reformar uma decisão/julgamento advindo da instância judicial inferior.

É a cultura norte-americana do respeito às decisões judiciais e aos julgamentos advindos das Cortes Locais, apenas modificando-as através do *Certiorari* em casos excepcionais.

Por enquanto, no Brasil, a Argüição de Descumprimento foi elaborada para servir declaradamente no combate à suposta “guerra de liminares”,⁷⁰ suspendendo e revogando decisões em tese legítimas e coerentes de Juízes Brasileiros das instâncias de base do Poder Judiciário Nacional.

Outra diferença entre o instituto brasileiro e o *Writ of Certiorari* diz respeito à amplitude/cabimento dos mesmos.

Percebe-se que a Argüição de Descumprimento pode ser manejada quando houver agressão a preceito fundamental decorrente de ato do poder público, e também quando for relevante a controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal,

⁷⁰ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. “Origem e Perspectivas da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental”. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (org). *Direito Contemporâneo – Estudos em Homenagem a Oscar Dias Corrêa*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001 pp. 134/144. Também, sobre a “guerra de liminares”, ver BASTOS, Celso Ribeiro & VARGAS, Alexis Galiás de Souza. “Argüição de descumprimento de preceito fundamental”. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano: 8, nº 30, jan/mar, 2000, pp. 69/77.

estadual ou municipal, inclusive anterior à Constituição (art. 1º, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 9.882/99).

Tal fato torna, sem dúvida, o instituto brasileiro muito mais do que uma simples ação constitucional de proteção a preceitos fundamentais, transformando-a em uma verdadeira via recursal para questionar em tese qualquer tipo de controvérsia constitucional. Esta característica, decorrente da regulamentação da Arguição de Descumprimento pela Lei nº 9.882/99, vem sendo inclusive impugnada perante o STF por meio de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade.⁷¹

Já, o *Writ of Certiorari* não funciona como um recurso tão abrangente, sendo a finalidade central do referido *Writ* preservar a ordem jurídico-constitucional norte-americana, não tendo um âmbito de cabimento igual ao da Arguição de Descumprimento brasileira. Ao contrário, a Suprema Corte Norte-Americana apenas admite o *Certiorari* em poucos casos de forma discricionária, preservando com isto em regra as decisões e julgamentos das Cortes Inferiores.

Para o aperfeiçoamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, a principal contribuição do *Writ of Certiorari* apóia-se no fato deste ser um recurso excepcional que não visa à reforma pura e simples de decisões judiciais, mas sim, em casos específicos, objetivando a preservação da ordem jurídico-constitucional específica.

Enfim, como influência da análise do *Writ of Certiorari*, deve-se direcionar a interpretação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental não para conter supostas “guerras de liminares”, mas sim para preservar a ordem constitucional na proteção aos preceitos fundamentais, prestigiando e fortalecendo o Poder Judiciário na construção de um sentimento constitucional perante os Juízes Singulares das Instâncias Inferiores.

⁷¹ Em sede da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.231-DF, com base na decisão do Ministro Néri da Silveira, o inciso I, do parágrafo único, do art. 1º, da Lei nº 9.882/99 restou interpretado conforme a constituição no sentido de adequar-se ao Sistema Jurídico Pátrio. Sobre a ADIN nº 2.231-DF e suas nuances, ver o item 3.3. da presente Dissertação.

1.2.2. Recurso Constitucional Alemão: conceito e características. Semelhanças e diferenças entre o Recurso Constitucional Alemão e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

O Recurso Constitucional Alemão tem previsão no art. 93, alínea I, nº 4 da Lei Fundamental de Boon, sendo um recurso proposto perante o Tribunal Constitucional Federal Alemão por qualquer pessoa que tenha sido lesada pelo poder público em seus direitos fundamentais, considerados estes os previstos no art. 20, nº 4, bem como nos arts. 33, 38, 101, 103 e 104 da referida Lei Fundamental.

Luís Afonso Heck bem define o que seja o Recurso Constitucional Alemão como “o pedido de uma pessoa, natural ou jurídica, relativo a uma violação sustentada de um direito constitucional do promovente por um titular do poder público, a um tribunal constitucional para ser decidido”.⁷²

Juan José González Rivas, também, estabeleceu ser o Recurso Constitucional Alemão uma forma de proteção do cidadão contra agressões perpetradas pelo poder público em relação a direitos fundamentais. Veja-se: “Especial consideración merece el recurso constitucional, previsto em el ordenamiento alemán para la defensa de los derechos ciudadanos. (...) Según el artículo 90 de la Ley reguladora del Tribunal Constitucional Federal, todo aquel que considere que há sufrido una lesión en sus derechos fundamentales producida por el poder público – Poder Legislativo, Judicial, Administración Pública – puede presentar un recurso ante el Tribunal Constitucional Federal”.⁷³

⁷² HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais – Contributo para uma compreensão da Jurisdição Constitucional Federal Alemã*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 138.

⁷³ RIVAS, Juan Jose Gonzalez. *La Justicia Constitucional: Derecho Comparado y Español*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1985, p. 67. Também, acrescenta o autor: “Uno de los aspectos más importantes de la Justicia Constitucional es el relativo a la defensa de los derechos fundamentales. La problemática utilización del amparo mejicado y del recurso de amparo constitucional español atestiguan esta afirmación. (...) La protección específica de los derechos fundamentales nos lleva a destacar la importancia del recurso constitucional alemán, institución que consideramos esencial en la perspectiva de la jurisdicción constitucional de la libertad, encaminada a la protección de los derechos humanos”. (RIVAS, Juan Jose Gonzalez. *La Justicia Constitucional: Derecho Comparado y Español*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1985, pp. 224/225).

A nota característica do Recurso Constitucional Alemão reside na proteção dos referidos direitos fundamentais enumerados na Lei Fundamental de Boon, constituindo-se neste aspecto o Tribunal Constitucional em um verdadeiro Tribunal Cidadão. Alexandre de Moraes é claro neste sentido: “Assim, a principal competência do Tribunal Constitucional Federal corresponde ao recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*), previsto no art. 93, item 1.4.a da Lei Fundamental. No exercício dessa competência, o Tribunal Constitucional converte-se em um Tribunal Cidadão, já que o acesso é garantido a todos, gratuita e independentemente de advogados, desde que o poder público tenha prejudicado os direitos fundamentais do cidadão ou os denominados *direitos assemelhados aos fundamentais*, previstos nos arts. 20, item 4; 33; 38; 101; 103 e 104”.⁷⁴

Também, Luiz Afonso Heck estabelece que o Recurso Constitucional Alemão desempenha um papel fundamental na proteção dos direitos fundamentais e na promoção da cidadania, aumentando a popularidade e prestígio do Tribunal Constitucional perante o povo. Anote-se a lição do autor: “Não só para a autocompreensão do Tribunal Constitucional Federal, mas também para o seu grau de popularidade e para o seu prestígio na população, o recurso constitucional desempenha um papel relevante; ao Tribunal Constitucional Federal é muito importante não ser guarda da Constituição unicamente no sentido de uma avença entre os órgãos constitucionais sobre divergência de opiniões ou entre (a relação) Federação-estados, mas contribuir decisivamente para que os direitos fundamentais, como parte essencial da Constituição, sejam protegidos contra cada prejuízo causado por ações do Poder Estatal. Essa opinião releva, assim, pode-se dizer, o Tribunal Constitucional Federal como popular, não sendo, então, apenas uma instituição para o Estado”.⁷⁵

Um dos principais efeitos do Recurso Constitucional Alemão na proteção ao cidadão é o educador, especialmente para a população em geral e para os detentores do poder estatal na garantia dos direitos fundamentais. Atente-se para esta observação de Heck: “Uma perquirição referente à Jurisdição Constitucional alemã revela que o

⁷⁴ MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da constituição*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 162.

⁷⁵ HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais – Contributo para uma compreensão da Jurisdição Constitucional Federal Alemã*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 140.

recurso constitucional não é apenas um dos seus elementos essenciais, mas, simultaneamente, a sua própria medula, que vitaliza os direitos fundamentais, os quais têm, no mencionado recurso, a sua expressão jurídica. Por meio dele constitui-se não somente um instrumento processual que possibilita a qualquer pessoa figurar como guarda da Lei Fundamental, como, ainda, formulou-se um instituto jurídico do qual dimana um efeito educativo aos titulares do poder estatal, levando-os a agir dentro dos lindes normativos. O recurso constitucional apresenta-se, assim, como o coroamento da idéia do Estado de Direito. Além disso, ele proporciona oportunidades ao Tribunal Constitucional Federal para pronunciar-se sobre magnas questões constitucionais relativas à interpretação dos direitos fundamentais, potencializando, ao mesmo tempo, a atualização da Lei Fundamental em sua aplicação por meio dos detentores do poder estatal⁷⁶.

Assim, a proteção dos direitos fundamentais tem no Recurso Constitucional um dos seus instrumentos jurídicos mais importantes na ordem jurídica alemã.

A função básica do Tribunal Constitucional Federal Alemão, ao apreciar os Recursos Constitucionais, não é analisar o acerto ou erro, por exemplo, das decisões judiciais inferiores ou de atitudes do Poder Público, mas sim se tais atitudes do Poder Público (Legislativo, Executivo e Judiciário) estão ou não afetando direitos fundamentais esculpidos na Lei Fundamental de Boon.⁷⁷

Considerando tais fatos, e especialmente diante do aumento do número de Recursos Constitucionais, o Tribunal Constitucional Federal Alemão tornou-se deveras rígido na admissibilidade de tal recurso, exigindo três requisitos específicos para seu conhecimento: 1-) a clareza na exposição da suposta agressão aos direitos fundamentais; 2-) a esgotabilidade dos recursos ordinários para sanar a suposta agressão ao direito

⁷⁶ HECK, Luís Afonso. "O recurso constitucional na sistemática jurisdicional-constitucional alemã". In: *Revista de Informação Legislativa*, ano: 31, nº 124, out/dez, 1994, p. 116.

⁷⁷ Também sobre este tema, é correta a lição de João Batista de Oliveira Rocha: "No recurso constitucional, o Tribunal Federal Constitucional só pode examinar se o tribunal ordinário lesou ou não direitos fundamentais do recorrente. Sua tarefa não é controlar as decisões de outros tribunais, em qualquer aspecto atinente à justiça da sentença prolatada, ou à interpretação da lei, ou à aplicação do direito ao caso concreto. A apreciação se circunscreve tão-somente ao elemento constitucional. Por isso mesmo é que 99 por cento dos recursos, como nos informa Heyde, são julgados improcedentes ou sequer são conhecidos, por lhes faltar a fundamentação de inconstitucionalidade". (ROCHA, João Batista de Oliveira. "O controle da constitucionalidade das leis na República Federal da Alemanha e no Brasil". in *Revista de Informação Legislativa*, ano: 17, nº 66, abr/jun, 1980, p. 116).

fundamental; 3-) a importância para o interesse público no seu conhecimento ou à demonstração de cabal prejuízo ao cidadão.⁷⁸

A análise acerca da admissibilidade do Recurso Constitucional Alemão é feita por uma Comissão de 03 (três) Juizes do Tribunal Constitucional Federal, conforme bem ressaltado por Helmut Steinberger: “A importância dos recursos constitucionais na atividade do Tribunal é mais de natureza quantitativa. Até meados de 1981 foram decididos cerca de 46.000 processos. Destes, apenas, 1,16% tiveram êxito. Como já se mencionou, mais de 90% dos recursos constitucionais são resolvidos pelas Comissões de exame preliminar das Turmas. É que o recurso precisa ser aceito pelo TCF. Diversamente do que ocorre na Suprema Corte dos Estados Unidos, essa aceitação não está submetida à discricção do Tribunal. Antes: um recurso constitucional só pode ser rejeitado ou por não ser admissível ou porque, por outros motivos jurídicos, ele não tenha suficientes perspectivas de êxito. Os recursos constitucionais são submetidos a um exame preliminar por uma Comissão encarregada desse exame, composta de três Juizes. Cada Turma formou diversas dessas Comissões. A Comissão pode, por decisão unânime, rejeitar a admissão do recurso constitucional pelos motivos acima expostos. Quando a Comissão não nega a admissão, decide então a Turma toda sobre a admissão. A Turma deverá admitir o recurso constitucional quando pelo menos dois Juizes forem da opinião de que se pode esperar, da decisão, o esclarecimento de uma questão constitucional ou de que, com a recusa em decidir o caso, ocorrerá grave e inevitável prejuízo para o recorrente”.⁷⁹

Também, quanto à necessidade de demonstração clara da agressão a direitos fundamentais por ato do Poder Público, especialmente quando se recorre de decisões judiciais, tem-se como objetivo evitar que o Tribunal Constitucional Federal Alemão seja considerado uma mera instância ordinária de Revisão.

Assim, o julgamento e a admissibilidade do recurso vão depender da clareza com que o recorrente destaca as agressões aos direitos fundamentais, valorizando a

⁷⁸ Caso não fossem adotadas tais exigências formais, sem dúvida os Recursos Constitucionais iriam aumentar ainda mais, transformando-se em um verdadeiro recurso ordinário.

⁷⁹ STEINBERGE, Helmut. “A Jurisdição e o Poder Político da Suprema Corte Constitucional da República Federal da Alemanha”. In: *Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Distrito Federal*, ano: 28, n° 28, dez, 1981, p. 50.

posição do Tribunal Constitucional que não analisa o direito ordinário, mas sim o grau de agressão e necessidade de reforma de decisões judiciais para proteção dos direitos fundamentais. Bem claro neste sentido, Lênio Luiz Streck: “O Tribunal Constitucional também não verifica se essas decisões são corretas do ponto de vistas do direito ordinário. A fundamentação da sentença, por exemplo, não se presta ao exame por meio do *Verfassungsbeschwerde*, ou seja, o controle feito pelo Tribunal Constitucional limita-se a não-observância dos direitos fundamentais, é dizer, à verificação sobre se os tribunais violaram, na interpretação e aplicação do assim chamado direito ordinário, o Direito Constitucional e, especialmente, se desprezaram a proibição de arbitrariedade (art. 3º, I, da Lei Fundamental)”.⁸⁰

Quanto ao segundo requisito, exige-se para conhecimento do Recurso Constitucional Alemão que a agressão ao direito fundamental cause evidente prejuízo ao cidadão, ou tenha uma importância e relevância pública muito forte na sua resolução.

Tal requisito demonstra o caráter ambivalente do Recurso Constitucional Alemão que tem uma feição subjetiva (proteção de um direito fundamental específico de um cidadão), e uma feição objetiva (proteção da ordem jurídico-constitucional na garantia e promoção dos direitos fundamentais).⁸¹

Atesta Juan José Gonzalez Rivas dever ser feito o manejo do Recurso Constitucional Alemão de forma excepcional para evitar graves danos pessoais quando desrespeitados direitos fundamentais (aspecto subjetivo), ou quando envolva questão de interesse geral (aspecto objetivo). Veja-se a lição do autor: "El prazo para interposición dura un mes, computado a partir del momento en que se dicta la decisión judicial del Tribunal de última instancia, interponiéndose cuando el recurrente ha agotado todos los demás recursos jurídicos, y sólo, de forma excepcional, el Tribunal Constitucional

⁸⁰ STRECK, Lênio Luiz. “Os meios de acesso do cidadão à jurisdição constitucional, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e a crise de efetividade da constituição”. In: *Revista da Esmape*, vol. 6, nº 13, jan/jun, 2001, pp. 257/290.

⁸¹ A lição de Luís Afonso Heck é clara sobre a feição subjetiva e objetiva do Recurso Constitucional Alemão: "Ao lado dessa função subjetiva (com efeito cassatório casuístico e efeito educador geral) o recurso constitucional também tem uma função objetiva, i.e., de conservar o Direito Constitucional objetivo e de servir à sua interpretação e desenvolvimento; nessa medida, o recurso constitucional pode ser designado, ao mesmo tempo, como um meio de proteção jurídica específico do Direito Constitucional objetivo". (HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais – Contributo para uma compreensão da Jurisdição Constitucional Federal Alemã*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 141).

Federal puede adoptar una decisión inmediata en aquellos casos en los que el recurrente sufriera una lesión grave e irreparable o cuando el Tribunal considere que la cuestión tiene interés general".⁸²

O último e polêmico requisito para admissibilidade do Recurso Constitucional Alemão é o da subsidiariedade. Ou seja, deve haver o esgotamento das vias ordinárias e recursais para que o cidadão possa propor o Recurso Constitucional.

Tal exigência de esgotamento dos recursos prévios, antes de manejar o recurso constitucional, é uma exigência formal prevista na própria Lei regulamentadora do Tribunal Constitucional Federal Alemão, compreendendo-se que deve ter a parte litigante exaurido todos os meios processuais possíveis para reverter a agressão, e somente após tal esgotamento é que poderia propor o recurso constitucional. Bem claro neste sentido, a lição de Konrad Hesse: "Os pressupostos formais e o procedimento do recurso constitucional regulam o parágrafo 90, alínea 2, 92 e seguintes, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal. Segundo o parágrafo 90, alínea 2, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, deve, antes da interposição de um recurso constitucional, ser esgotada regularmente a via judicial. Essa prescrição contém um cunho do princípio geral da subsidiariedade do recurso constitucional, que na jurisprudência recente, ganha significado crescente. Segundo isso, um recurso constitucional só é admissível se o recorrente não pôde eliminar a violação de direitos fundamentais afirmada por interposição de recursos jurídicos, ou de outra forma, sem recorrer ao Tribunal Constitucional Federal".⁸³

Como se atesta, a exigência da subsidiariedade tem duplo aspecto: 1-) ao estabelecer que o Recurso Constitucional só será conhecido e julgado, se o promovente/cidadão tiver utilizado formalmente todas as possibilidades legais para tentar reverter a agressão aos direitos fundamentais; e 2-) se restar demonstrando que

⁸² RIVAS, Juan Jose Gonzalez. *La Justicia Constitucional: Derecho Comparado y Español*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1985, p. 67.

⁸³ HESSE, Konrad (trad. Luís Afonso Heck). *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 272.

aproveitou todas as possibilidades materiais para obstar a afronta ao direito fundamental.⁸⁴

A justificativa do Princípio da Subsidiariedade, como requisito de admissibilidade para conhecimento de Recurso Constitucional, cinge-se ao fato de que a responsabilidade pela proteção e garantia dos direitos fundamentais não é só do Tribunal Constitucional Federal Alemão, mas também dos Poderes Públicos, dos Tribunais Locais, dos Juízes em geral, bem como de todo o povo na garantia da Constituição, como diria Peter Häberle.⁸⁵

Assim, o Tribunal Constitucional Federal Alemão não é uma instância revisora, nem tampouco o único responsável pela promoção e proteção dos direitos fundamentais. Na Alemanha, é dever de todos a garantia dos direitos fundamentais, tendo o cidadão não apenas o direito, mas também o dever de lutar contra as agressões perpetradas em face dos seus direitos fundamentais.

Nesta esteia, o Tribunal Constitucional Federal seria o último reduto de proteção destes direitos que deveriam ter sido respeitados pelo Poder Público e protegidos inclusive pelos Tribunais inferiores, só chegando tais agressões perpetradas ao conhecimento do Tribunal Constitucional Federal Alemão de forma excepcional e depois de esgotadas todas as tentativas ordinárias de saneamento.⁸⁶

⁸⁴ Em relação a tal exigência formal e material de esgotamento dos meios processuais para fins de propositura excepcional do recurso constitucional (Princípio da Subsidiariedade), deve-se atentar para a lição de Luís Afonso Heck: "O Tribunal Constitucional Federal deduz o princípio da subsidiariedade do recurso constitucional da obrigação do esgotamento da via judicial, prevista no parágrafo 90, alínea 2, frase 1, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal. Isso significa: o promovente deve procurar obter a remoção da ação da autoridade, contra a qual ele reclama por ser contrária aos direitos fundamentais, em primeiro lugar com os outros remédios jurídicos postos à sua disposição pelas leis. Posteriormente o Tribunal Constitucional Federal aguçou essa concepção: o princípio da subsidiariedade pede, entretanto, que o promovente, além da obrigação do esgotamento das vias judiciais em sentido estrito, aproveite as possibilidades exigíveis que lhe estão à disposição para obter uma correção da violação de direitos fundamentais contra a qual ele reclamou". (HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais – Contributo para uma compreensão da Jurisdição Constitucional Federal Alemã*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 146/147).

⁸⁵ Cf. HÄBERLE, Peter (trad. Gilmar Ferreira Mendes). *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

⁸⁶ Destacando a excepcionalidade do Recurso Constitucional Alemão, tem-se a lição de Klaus Schlaich: "el recursos de amparo no es admisible más que tras el agotamiento de todos los recursos legales (artículo 90, apartado 2, L.O.): principio de subsidiariedad. Se parte, por tanto, del principio de que los tribunales deben remediarlo y el recursos ante el T.C.F. debe ser evitado." (SCHLAICH, Klaus. "El Tribunal Constitucional Federal Alemán". In: FOVOREU, Louis (org). *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 172).

Por cautela, deve-se atentar que a própria lei sobre o Tribunal Constitucional em seu parágrafo 90, alínea 2, frase 2, admite, de forma excepcional, a dispensa do esgotamento dos recursos prévios (Princípio da Subsidiariedade) quando a agressão aos direitos fundamentais a ser sanada for de alta relevância coletiva, ou o promovente estiver prestes a sofrer um dano gravíssimo e irreparável.⁸⁷

Neste sentido, Gilmar Ferreira Mendes estabelece que tem a Corte Constitucional Alemã discricionariedade ampla, para dispensar o esgotamento dos recursos prévios, na análise e julgamento do Recurso Constitucional. Veja-se a lição do Autor: "Convém observar que, no direito alemão, a *Verfassungsbeschwerde* (recurso constitucional) está submetida ao dever de exaurimento das instâncias ordinárias. Todavia, a Corte Constitucional pode decidir de imediato um recurso constitucional, se se mostrar que a questão é de interesse geral ou se demonstrar que o requerente poderia sofrer grave lesão caso recorresse à via ordinária (Lei Orgânica do Tribunal, parágrafo 90, II). (...) Como se vê, a ressalva constante da parte final do parágrafo 90, II, da Lei Orgânica da Corte Constitucional alemã confere-lhe uma ampla discricionariedade, tanto para conhecer das questões fundadas no interesse geral (*allgemeine Bedeutung*), quanto daquelas controvérsias baseadas no perigo iminente de grave lesão (*schwerer Nachteil*)".⁸⁸

Data vênua, não assiste completa razão a Gilmar Ferreira Mendes, isto porque somente de forma excepcionalíssima é que se admite o não esgotamento da Instância para fins de propositura do Recurso Constitucional. Bem ressalta neste aspecto Klaus Schlaich: "No obstante, el artículo 90, apartado 2, de la L.O. admite dos excepciones a la mencionada necesidad de agotamiento de recursos legales, para aquellas ocasiones en las que el recurso de amparo plantea una cuestión de interés

⁸⁷ HECK, Luís Afonso. "O recurso constitucional na sistemática jurisdicional-constitucional alemã". In: *Revista de Informação Legislativa*, ano: 31, nº 124, out/dez, 1994, p. 125.

⁸⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. "Origem e Perspectivas da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental". In: *MARTINS, Ives Gandra da Silva (org). Direito Contemporâneo – Estudos em Homenagem a Oscar Dias Corrêa. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001*, pp. 138/139.

general, o bien cuando se puede infringir al recurrente un perjuicio considerable e inevitable en el supuesto de exigir el agotamiento de la via judicial previa".⁸⁹

Assim, não se pode interpretar a exceção como sendo a regra, procurando garantir o Princípio da Subsidiariedade como forma de evitar a equivocada transformação do Tribunal Constitucional Federal Alemão em instância revisora ordinária.

Ainda, importante observar que, dentro da sistemática do Poder Judiciário Alemão⁹⁰, o Tribunal Constitucional Federal ocupa a posição de guardião da Constituição, devendo ter atuação para manutenção da ordem constitucional e garantia da cidadania. Bem acertada a lição de Helmut Steinberger neste sentido que vale a pena ser transcrita: “Talvez a função mais importante do TCF neste sistema político seja a sua função integrativa. O cientista político inglês Walter Bagehot deixou claro que as Repúblicas estão diante do perigo de um déficit em instituições e funções que simbolizem o consenso básico da comunidade política e que possam se corporificar para o povo de modo visível. Na democracia, que se caracteriza pelo constante confronto intelectual e, no campo político, sobretudo pela luta necessária entre os Partidos são imprescindíveis fatores de integração que simbolizem e preservem vivo o conjunto dos valores fundamentais sobre os quais repousa uma democracia. O TCF é um desses fatores e entende o seu papel com este sentido, quando em suas decisões a constante é reconduzir os órgãos políticos a esses compromissos fundamentais, na medida em que eles tenham se incorporado ao Direito Constitucional. O Parlamento, o Governo, os Estados-Membros da República Federal e a opinião pública até agora aceitaram este papel do Tribunal e com isso, ao mesmo tempo, tornaram-no possível e o apoiaram, isto não quer dizer que não tenha havido divergências sobre decisões isoladas. Elas no entanto não foram capazes de diminuir o papel do TCF.”⁹¹

⁸⁹ SCHLAICH, Klaus. “El Tribunal Constitucional Federal Alemán”. In: FOVOREU, Louis (org). *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 173.

⁹⁰ Cf. NERY, Rosa Maria B. B. de Andrade. “Notas sobre a Justiça e o Ministério Público no Direito da Alemanha Ocidental”. In: *Revista de Processo*, ano: 12, nº 47, jul/set, 1987, pp. 168/214.

⁹¹ STEINBERGE, Helmut. “A Jurisdição e o Poder Político da Suprema Corte Constitucional da República Federal da Alemanha”. In: *Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Distrito Federal*, ano: 28, nº 28, dez, 1981, p. 54.

Sendo um dos instrumentos de garantia formal da Lei Fundamental de Boon, o papel deste Recurso Constitucional e suas características apontam-no como o ÚLTIMO instrumento a ser manejado em caso de violação da Constituição, especificamente em relação a agressões aos direitos fundamentais.

Isto porque, conforme já frisado, acredita-se que o compromisso com a ordem constitucional e a proteção dos direitos fundamentais na Alemanha não se restringe apenas ao Tribunal Constitucional Federal Alemão, nem ao manejo do Recurso Constitucional, sendo a busca pela efetividade da Lei Fundamental e dos direitos básicos uma preocupação de todo o povo.

Nesta esteia, dentro do que significa o Recurso Constitucional Alemão e de seus requisitos, este deve ser entendido como um dos instrumentos de proteção dos direitos fundamentais na Alemanha a ser manejado em último caso, quando os poderes constituídos e a própria sociedade não conseguiram sanar as agressões perpetradas aos direitos fundamentais.

A seguir, restam delineadas as semelhanças e as diferenças existentes entre a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental brasileira e o Recurso Constitucional Alemão.

O próprio Supremo Tribunal Federal (STF), em julgamento no AGRMS nº 22.427-5, estabeleceu que a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental guarda semelhança com o Recurso Constitucional Alemão.⁹²

Como já é notório, a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental é manejada para evitar lesões a preceitos fundamentais (art. 1º da Lei nº 9.882/99 e art. 102, parágrafo 1º, da CF/88), servindo também para resolver controvérsias sobre atos e leis federais, estaduais e municipais (art. 1º, parágrafo único, I, da Lei nº 9.882/99).

⁹² Cf. STRECK, Lênio Luiz. “Os meios de acesso do cidadão à jurisdição constitucional, a argüição de descumprimento de preceito fundamental e a crise de efetividade da constituição”. In: *Revista da Esmape*, vol. 6, nº 13, jan/jun, 2001, pp. 257/290.

Por seu turno, o Recurso Constitucional Alemão serve apenas para proteção de direitos fundamentais especificados nos arts. 20, item 4; 33; 38; 101; 103 e 104 da Lei Fundamental de Boon.

Desta forma, o instituto brasileiro é uma ação/recurso que tem cabimento para várias situações, sendo diferente neste ponto em relação ao Recurso Constitucional Alemão que se restringe à proteção dos direitos fundamentais estabelecidos e especificados na Lei Fundamental de Boon.

A limitação escrita dos direitos fundamentais a serem amparados por meio do Recurso Constitucional Alemão é positiva no aspecto de aumentar a proteção dos mesmos, mas pode se vislumbrar negativa no sentido de não permitir uma garantia ampliada de outros direitos também considerados básicos.

Já, a não delimitação expressa do teor da expressão “preceitos fundamentais”, na Argüição de Descumprimento brasileira, é interessante por permitir uma maior abertura para hermenêutica constitucional baseada na proteção mais ampla da Constituição, mas é em sentido inverso prejudicial por restar um certo arbítrio do operador do direito na identificação dos preceitos fundamentais e na sua interpretação.

Em outro aspecto, a legislação da Argüição de Descumprimento ao estabelecer a aplicação do instituto a outras situações que não sejam a proteção dos direitos fundamentais, tal como um “incidente de inconstitucionalidade”, quando serve para sanar controvérsias sobre lei municipal e anteriores ao Regime Constitucional em vigor, acaba assim por tornar a Argüição referida um recurso ordinário de amplo espectro, perdendo sua finalidade de proteção a preceitos fundamentais.

Tal fato não ocorre com o Recurso Constitucional Alemão que é um recurso “excepcional”, servindo apenas de forma concentrada para proteção dos direitos fundamentais.

Alguns autores procuram justificar a aproximação da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental com o Recurso Constitucional Alemão, estabelecendo que ambos seriam recursos voltados à proteção da cidadania dentro da

efetivação dos direitos fundamentais na chamada Jurisdição Constitucional das Liberdades. Neste sentido, temos a lição de Zeno Veloso: “O parágrafo 1º, do art. 102 (...) aponta que aí é que aquele dispositivo poderá ser fértil como fonte de alargamento da jurisdição constitucional da liberdade a ser exercida pelo Pretório Excelso, propondo que a lei prevista bem pode vir a ter a importância da Lei 17.04.1951, da República Federal da Alemanha, que instituiu o *Verfassungsbeschwerde*”.⁹³

Tal aspecto não condiz muito com a realidade posta, especialmente diante da regulação estabelecida pela Lei nº 9.882/99, não prevendo a legitimidade do cidadão para propositura da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.⁹⁴ Diferente do que ocorre com o Recurso Constitucional Alemão que pode ser proposto por qualquer pessoa nos termos do art. 93, alínea I, nº 4 da Lei Fundamental de Bonn.

Quanto à questão da subsidiariedade, os regimes da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e do Recurso Constitucional Alemão apresentam certas distinções.

Na Arguição de Descumprimento, somente será possível o manejo do instituto quando esgotados todos os meios processuais eficazes para proteção dos preceitos fundamentais (art. 4º, parágrafo 1º, da Lei nº 9.882/99).

Também, no Recurso Constitucional Alemão, a Lei do Tribunal Constitucional estabelece que o Recurso Constitucional somente será admitido após o esgotamento de todas as medidas judiciais existentes para evitar agressões aos direitos fundamentais (parágrafo 90, 1, da Lei do Tribunal Constitucional Alemão).

Entretanto, no mesmo dispositivo, há uma flexibilização da aplicação do Princípio da Subsidiariedade ao estabelecer-se que, em situações relevantes de

⁹³ VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2ª edição, 2000, p. 297. Também, cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 16ª edição, 1999.

⁹⁴ Parecer nº 827, de 1999 – Da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, sobre o Projeto de Lei da Câmara nº 17, de 1999, (nº 2.872/97, na Casa de origem), que dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do parágrafo 1º do art. 102 da Constituição Federal. Diário do Senado Federal, 20 de outubro de 1999, p. 27932.

repercussão geral e danos irreversíveis, pode-se até dispensar o esgotamento das vias prévias para propositura do referido Recurso Constitucional Alemão.

Na Legislação Brasileira - Lei nº 9.882/99, não existe este tipo de exceção constante do Direito Tedesco. Mesmo assim, alguns doutrinadores, como Gilmar Ferreira Mendes e Lênio Luiz Streck, têm defendido de forma veemente que a sistemática alemã deveria se aplicar ao Brasil para proteção da “ordem constitucional” de forma objetiva.⁹⁵ Veja-se a lição de Lênio Streck neste sentido: “Outro ponto restritivo consta no parágrafo primeiro do art. 4º, **que exige o esgotamento de todos os meios para o saneamento do ato lesivo**. Com efeito, em face da redação do dispositivo, poder-se-á dizer que a exigência do esgotamento das vias judiciais pode tornar a ADPF desnecessária, uma vez que existe o recurso extraordinário como meio de levar as discussões acerca da violação da Constituição até a instância máxima que é o STF. Aqui, a lição do Direito Alemão poderia – e ainda pode – ser aproveitada, mormente naquilo que diz o parágrafo 90, alínea 2, frase 2, da Lei sobre o *Bundesverfassungsgericht*, **onde se permite desconsiderar a exigência do esgotamento das vias judiciais** na Alemanha a exceção surge quando o recurso constitucional é de significado geral ou suceder ao impetrante um prejuízo grave e irreparável, caso ele seja remetido, inicialmente, à via judicial. Por isso, buscando inspiração no direito alemão e no espanhol, torna-se imperativo que o Supremo Tribunal **faça uma interpretação conforme a Constituição, permitindo que, em determinadas circunstâncias, não se torne exigível o esgotamento das vias judiciais**. Pensar o contrário é esvaziar esse importante instituo, além de estabelecer uma leitura metafísica do mesmo, obstaculizando o aparecer da singularidade. Afinal, hermenêutica é (sempre) aplicação, é (sempre) concretização”.⁹⁶ (grifos no original)

Ora, mesmo na Alemanha, com embasamento legal, é excepcional e raríssima a aceitação da não aplicação do Princípio da Subsidiariedade. Isto porque se deve entender que o Recurso Constitucional Alemão, tanto quanto a Arguição de

⁹⁵ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. “Origem e Perspectivas da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental”. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (org). *Direito Contemporâneo – Estudos em Homenagem a Oscar Dias Corrêa*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, pp. 134/144.

⁹⁶ STRECK, Lênio Luiz. “Os meios de acesso do cidadão à jurisdição constitucional, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e a crise de efetividade da constituição”. In: *Revista da Esmape*, vol. 6, nº 13, jan/jun, 2001, p. 273.

Descumprimento, são medidas judiciais excepcionais, “extraordinárias” a serem manejadas somente em último caso, quando o desrespeito à Carta Fundamental não puder ser saneada de outra forma que não seja pela Corte Suprema de cada país.

Enfim, o Princípio da Subsidiariedade, tanto em sede do Recurso Constitucional Alemão, quanto na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, deve ser interpretado e aplicado, a fim de preservar a dignidade e o valor destes institutos constitucionais, e somente em casos excepcionais devem ser conhecidos tais recursos/ações sem esgotamento das vias prévias.

Para o entendimento e aperfeiçoamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, a principal contribuição obtida a partir do estudo do Recurso Constitucional Alemão é entender-se o instituto brasileiro como um instrumento de proteção da cidadania e como uma medida judicial de excepcional manejo.

Isto porque, conforme restou evidenciado no Regime Tedesco, há uma preocupação coletiva com a realização e efetivação dos direitos fundamentais, sendo o Recurso Constitucional Alemão apenas um meio extremo para garantia de tais direitos, quando estes forem flagrantemente transgredidos, não tendo sucesso outras ações/recursos no combate a tais afrontamentos.

Enfim, à luz das influências do Recurso Constitucional Alemão, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental deveria ser entendida como remédio extremo e excepcional proposto perante a Suprema Corte Brasileira (STF), para proteção e promoção da cidadania, não devendo ser banalizada nem utilizada somente pelos “detentores do poder” para atender a finalidades pessoais e egoísticas.⁹⁷

1.2.3. Recurso de Amparo Espanhol: conceito e características. Semelhanças e diferenças entre o Recurso de Amparo Espanhol e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

⁹⁷ A respeito da relação entre cidadania e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ver itens 3.2. e 3.4. da presente Dissertação de Mestrado.

O Recurso de Amparo Espanhol está previsto no parágrafo 2º, do art. 53, da Constituição Espanhola de 1978, sendo um recurso proposto por qualquer cidadão para proteção dos direitos e liberdades que venham a ser agredidas pelo Poder Público, discriminadas nos arts. 14 a 30 da Constituição.⁹⁸

Deve-se atentar que existe, no Direito Espanhol, o Amparo Ordinário proposto perante os Tribunais Comuns e o Amparo Constitucional, este sendo a última via de proteção das liberdades e direitos fundamentais perante o Tribunal Constitucional Espanhol.⁹⁹

A doutrina espanhola estabelece ser a finalidade precípua do Recurso de Amparo a proteção e garantia dos direitos fundamentais, considerados valores fundamentais dentro do ordenamento jurídico espanhol. Bem esclarecedor, neste sentido, Eduardo García de Enterría: “La justificación de esta competencia ha sido bastante discutida pero está, a mi juicio, clara desde el lugar central que los derechos fundamentales presentan en la construcción constitucional y en su sistema de valores. Los artículos 1º y 10 de la Constitución, como es bien conocido, elevan estos derechos fundamentales y libertades públicas a la condición de ‘valores superiores’ de nuestro Ordenamiento, fundamento mismo del orden político y de la paz social. Esta calificación no es baladí, ni es tampoco un simple prurito estético de los juristas, sino

⁹⁸ O dispositivo legal prevendo o Recurso de Amparo Espanhol: “Art. 53. (...) cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo Segundo antes los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.” (Constituição Espanhola de 1978).

⁹⁹ Sobre o conceito de Recurso de Amparo Constitucional, bem se manifestam a respeito José Luis Cascajo Castro e Vicente Gimeno Sendra: “es preciso indicar que la figura del recurso constitucional encuentra hoy una importante verificación en nuestro recurso de amparo constitucional. Efectivamente, el párrafo segundo del artículo 53 de la Constitución Española de 1978 establece que ‘cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo Segundo antes los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.’ En congruencia con lo cual el precepto 161, 1, b) determina que el Tribunal Constitucional es competente para conocer del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el citado artículo 53,2, en los casos y formas que la ley establezca. Y el artículo 162, I, b) otorga letigimación para interponer el citado recurso a toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal. Esta esquemática regulación en el título III da Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (procedencia e interposición, tramitación y resolución de los recursos y sus efectos”. (CASTRO, José Luis Cascajo & SENDRA, Vicente Gimeno. *El Recurso de Amparo*. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 2ª edição, 1ª reimpressão, 1992, pp. 53/54).

que implica el destacamiento como básica de esta decisión constitucional, en el sentido de C. Schmitt, lo que revela en el plano estrictamente técnico el artículo 168 de la Constitución, que equipara la alteración de estos 'valores superiores' a la interpretación de todas las demás normas constitucionales, y aun la posibilidad, no sólo hipotética, de calificar desde los mismo como inconstitucionales normas constitucionales actuales o futuras, según la tesis bien conocida de Bachof, que ha hecho suya el Tribunal Constitucional alemán. Sólo esto basta a justificar que la Constitución se haya creído obligada a dispensar a los derechos fundamentales una superprotección, como base que son del sistema entero, y a implicar en esa protección reforzada al propio Tribunal Constitucional, porque, en efecto, la eficacia de la Constitución, da la economía interna de la misma que resulta de esas calificaciones, ha pasado a ser en primer término la eficacia de los derechos fundamentales".¹⁰⁰

Também, num primeiro momento, José Cascajo e Vicente Gimeno Sendra bem estabelecem ser exatamente uma das funções do Amparo a proteção especial dos direitos fundamentais e garantia dos cidadãos contra os abusos estatais. Veja-se a lição dos autores: "El significado jurídico inmediato de este recurso constitucional es, sin duda, un medio de superprotección de los derechos fundamentales. Al sistema de recursos jurisdiccionales arbitrado en la organización esencial de todo Estado de Derecho, algunos ordenamientos suman este particular medio de impugnación del ciudadano frente al Estado. Y una de las razones de ser de este nuevo sumando estriba en el valor jurídico del objeto protegido. Acierta por ello García de Enterría cuando, en relación al caso español, hace referencia al lugar central que los derechos fundamentales presentan en la construcción constitucional y en su sistema de valores... La tutela solemne y reforzada del amparo constitucional es, por tanto, una exigencia sistemática del lugar que la libertad supuso en el orden constitucional mismo".¹⁰¹

¹⁰⁰ ENTERRIA, Eduardo Garcia de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 3ª edição, 3ª reimpressão, pp. 142/143.

¹⁰¹ CASTRO, José Luis Cascajo & SENDRA, Vicente Gimeno. *El Recurso de Amparo*. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 2ª edição, 1ª reimpressão, 1992, pp. 56/57. Também, a posição de Rafael Bustos Gisbert: "Es indudable que el recurso de amparo constitucional ha cubierto con creces los objetivos para los que fue creado: ha introducido una interpretación moderna y avanzada de los derechos fundamentales, ha funcionado como instrumento tutelados de los derechos fundamentales y ha permitido una educación de los jueces ordinarios en una cultura de respeto a los derechos. Pero, además, ha creado una fuerte confianza de los ciudadanos en el TC y en su papel de garante de los derechos". (GISBERT, Rafael Bustos. "Está agotado el modelo de recurso de amparo diseñado en la Constitución Española ?" In: *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., nº 4, 2º semestre, 1999, p. 282).

Como se atesta, supervaloriza-se esta função subjetiva do Recurso de Amparo, como protetor dos direitos subjetivos do cidadão afetados pelo Poder Público.

Entretanto, além desta perspectiva subjetiva, que visualiza o Amparo como meio de proteção de direitos subjetivos fundamentais, a doutrina espanhola também ressalta a função objetiva do Recurso de Amparo Espanhol, centrada na proteção da ordem constitucional pelo Tribunal Supremo do país, com a garantia da correta interpretação, aplicação e proteção dos direitos fundamentais considerados valores básicos do sistema jurídico.

Bem esclarecedor, neste sentido, Faustino Condón Moreno, ao lecionar acerca do importante papel objetivo do Amparo Constitucional na proteção dos valores constitucionais espanhóis: “Ahora bien, tampoco esta finalidad es ajena a la función del Tribunal Constitucional en el recurso de amparo, ya que si, a primera vista, destaca en ella la protección de los derechos fundamentales y libertades públicas, no puede desconocerse que, en cuanto aquéllas y éstas aparecen reconocidas en la Constitución, el Tribunal Constitucional, al tutelarlas, protege también el orden jurídico constitucional. ‘La finalidad fundamental del recurso de amparo - dice la STC de 26 de enero de 1981 - es la protección en sede constitucional de los derechos y libertades cuando las vías ordinarias de protección han resultado insatisfechas’. Junto a este designio, proclamado en el artículo 53.2 de la Constitución, aparece también el de la defensa objetiva de la Ley Fundamental, sirviendo de este modo la acción de amparo a un fin que trasciende de lo singular”.¹⁰²

¹⁰² CASTRO, José Luis Cascajo & SENDRA, Vicente Gimeno. *El Recurso de Amparo*. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 2ª edição, 1ª reimpressão, 1992, pp. 58/59. Ainda, após defenderem a finalidade subjetiva do Amparo na proteção de direitos fundamentais concretos, acabam os mesmos autores por destacar também a utilização objetiva do recurso ao possuir um efeito educador na promoção, interpretação e proteção dos direitos e valores fundamentais: “Es precisamente en esta notable función de formación e interpretación del Derecho Constitucional, donde mejor se aprecia lo que algunos autores han llamado el efecto educativo, contenido implícitamente en toda la jurisdicción constitucional. Entre nos otros también se ha indicado este efecto de clarificación y depuración conceptual de las libertades, así como el valor de la ‘difusión en todo el cuerpo social de una serie de valores constitucionalides entre los cuales la mera referencia a la libertad ocupará un puesto primigenio y será causa de una mayor cimentación del régimen democrático”. (SENDRA, Vicente Gimeno. "Funcion del Recurso de Amparo". In: *Revista de Proceso*, ano: 9, nº 36, out/dez, 1984, p. 149).

Na realidade, as duas finalidades do Recurso de Amparo, seja a subjetiva, na garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos que foram agredidos pelo Poder Público, seja a objetiva, na promoção e interpretação dos direitos fundamentais para manutenção da ordem constitucional, não se excluem. Ao contrário, elas se completam na proteção do cidadão e na realização dos valores e direitos fundamentais.

Interessante notar que a proteção via Recurso de Amparo na Espanha só é feita quando o violador dos direitos fundamentais for o Poder Público, não podendo, portanto, o Amparo ser manejado contra atos de particulares. Tal fato é criticado pela Doutrina Espanhola, como bem lembra Peces-Barba, ao ressaltar que as agressões aos direitos fundamentais vêm cada vez mais sendo causada pelos particulares, merecendo estas agressões privadas serem também sanadas pelo Recurso de Amparo.¹⁰³

Mesmo ressaltando tal aspecto, no Sistema Constitucional Espanhol, pode-se propor uma ação contra particulares e, caso a sentença do Juiz Singular mantenha ou promova agressões a direitos fundamentais, pode o interessado propor o Recurso de Amparo para defesa dos seus interesses e da ordem jurídico-constitucional contra a sentença do Juiz, isto porque esta é um ato do Poder Público recorrível via o Amparo constitucional.¹⁰⁴

¹⁰³ Veja-se na íntegra a lição de Peces-Barba: “Como se ve el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional desarrollado por la Ley Orgánica sólo contempla la violación de los derechos y libertades fundamentales por órganos o instituciones públicas, por autoridades y agentes, pero no por los particulares, personas físicas o jurídicas. Se puede por consiguiente hablar de una laguna derivada de una posición no moderna que considera que las violaciones de los derechos fundamentales proceden sólo o principalmente del poder. Esta era la posición liberal. Sin embargo cada vez más hay que tener en cuenta que los atentados frente a derechos y libertades pueden proceder y de hecho proceden de los particulares, de otros ciudadanos y sobre todo de personas jurídicas, empresas, grupos de presión nacionales e multinacionales, etc. Los miembros de la sociedad civil, igual que los poderes públicos pueden violar los derechos fundamentales y dado el contenido de algunos derechos incluso puede ser más frecuente la violación por estos últimos. Así, la no discriminación (art. 14), el derecho a la vida (art. 15), el derecho al honor y a la intimidad (art. 18), el derecho a la educación (art. 27-1) y a intervenir en el control y gestión de los centros (27-7) y sobre todo por lo que se refiere a las empresas el derecho a libre sindicación (art. 28-1) y el derecho de huelga (28-2) son en muchos casos más susceptibles de ser infringidos por particulares que por los poderes públicos”. (PECES-BARBA, Gregório. *La Constitución Española de 1978 - Un estudio de derecho y política*. Valencia: Fernando Torres - Editor S.A., 2ª edición, 1984, p. 247).

¹⁰⁴ Sobre a possibilidade de manejo do Recurso de Amparo contra ato judicial, clara a lição de Vicente Gimeno Sendra: “Por otra parte, sin en ves de una aplicación o interpretación errónea de los preceptos constitucionales, lo que ha habido es una inaplicación absoluta y total de la Constitución en esta materia por parte del Juez Ordinario, el recurrente en amparo podrá invocar como infringido por el órgano judicial el derecho o libertad pública material, en su día vulnerada también por el particular, porque, tal y como establece el art. 44.1 LOTC, las lesiones a los derechos fundamentales realizadas por órganos del Poder Judicial.”. (SENDRA, Vicente Gimeno. "Funcion del Recurso de Amparo". In: *Revista de Proceso*, ano: 9, nº 36, out/dez, 1984, p. 141).

Atente-se que o Recurso de Amparo, tal como o Recurso Constitucional Alemão, não é um Recurso Ordinário, somente podendo ser manejado desde que atendidos certos requisitos exigidos em lei e na jurisprudência.

Os requisitos básicos a merecerem destaque para admissão do Recurso de Amparo são: 1-) a demonstração do legítimo e real interesse em querer reverter a agressão ao direito fundamental; 2-) o esgotamento das vias prévias antes da propositura do Recurso Constitucional (Princípio da Subsidiariedade).

Quanto ao primeiro requisito, é necessário o particular demonstrar que teve violado um direito fundamental seu para admissão do Recurso de Amparo.

Isto porque o Amparo Constitucional não objetiva a correção dos julgamentos das Cortes Inferiores, nem a declaração em tese da inconstitucionalidade de leis ou atos, mas sim a proteção dos direitos fundamentais enquanto valores constitucionais afrontados.

Nestes termos, não adianta atacar via Amparo uma lei em tese sob o argumento puro de inconstitucionalidade, para isto existem os meios processuais próprios no Direito Espanhol, tal como, por exemplo, o Recurso de Inconstitucionalidade.

No manejo do Recurso de Amparo, deve haver a demonstração cabal do prejuízo e do interesse do particular em ver restabelecido e não agredido um direito fundamental. Bem ressalta neste sentido, Vicente Gimeno Sendra: “En consecuencia, por persona ‘afectada’, a los efectos de la legitimación en los procedimientos de los arts. 42 y 45 LOTC, no cabe entender exclusivamente al titular del derecho fundamental (art. 25. 1. ‘a’CEDH), sino a toda persona que tenga un interés legítimo en sua restablecimiento, si bien, la persona que no pueda reputarse ‘víctima’ de la vulneración del derecho fundamental carecerá de legitimación para acudir a los órganos encargados de aplicar el Conenio. Con todo, la interpretación jurisprudencial de tal concepto,

realizada tanto por la Comisión como por el Tribunal Europeo, ha sido muy amplia y, en cierta medida, se aproxima al del 'interés legítimo'".¹⁰⁵

Assim, para recorrer via Recurso de Amparo, por exemplo, de uma sentença judicial que supostamente agrediu um direito fundamental, deve o Recorrente demonstrar que tentou dentro do processo reverter a situação de agressão do Direito Fundamental, e também comprovar de forma clara, direta e objetiva que tipo de desrespeito aos direitos fundamentais foram perpetrados pelo julgamento judicial.

Ressalte-se, apenas por cautela, que o interesse em propor o Recurso de Amparo não é só um interesse individual/pessoal/subjetivo, também há hipóteses em que se propõe um Recurso de Amparo para proteção dos interesses públicos, por meio especialmente do chamado Defensor do Povo (Membro do Ministério Público Espanhol), na defesa objetiva dos valores e direitos fundamentais. Bem estabelece isto José Cascajo: "El concepto 'persona directamente afectada', de conformidad con el art. 162, 1, b de la Constitución, hay que reconducirlo al de 'interés legítimo'. Así, pues, no solamente tiene legitimación activa, para ejercitar el recurso de amparo, los titulares de la relación jurídica material que en él ha de discutirse, sino también los portadores de intereses generales, sociales, colectivos y difusos. Esta es la razón por la que, cuando la acción es ejercitada por los organismos públicos especialmente encargados de custodiarlos, esto es, por el Defensor del Pueblo o el Ministerio Fiscal, el art. 46, 2º LOTC establezca la obligación del Tribunal (laudatio actoris) de llamar a los agraviados e interesados para que puedan acudir a sostener la pretensión".¹⁰⁶

Perceba-se, enfim, que, tanto para proteção individual ou coletiva dos direitos fundamentais na Espanha, através do Recurso de Amparo Constitucional, deve haver a demonstração do interesse legítimo e da intenção de preservação objetiva dos valores fundamentais previsto na Carta Magna, sob pena de não conhecimento do Recurso de Amparo proposto.

¹⁰⁵ SENDRA, Vicente Gimeno. "Funcion del Recurso de Amparo". In: *Revista de Processo*, ano: 9, nº 36, out/dez, 1984, p. 136.

¹⁰⁶ CASTRO, José Luis Cascajo & SENDRA, Vicente Gimeno. *El Recurso de Amparo*. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 2ª edição, 1ª reimpressão, 1992, pp. 114/115.

O outro principal requisito para admissibilidade do Recurso de Amparo é o respeito ao Princípio da Subsidiariedade.

O Princípio da Subsidiariedade significa que não se pode propor o Recurso de Amparo, sem que se tenha esgotado todos os meios judiciais possíveis para sanar a agressão aos direitos fundamentais, perpetrados por ato do Poder Público.

A finalidade desta restrição é evitar que os Recursos de Amparo se avolumem no Tribunal Constitucional Espanhol, servindo para conter as demandas que somente devem chegar ao conhecimento do Tribunal Constitucional em último caso, quando as Instâncias Inferiores do Poder Judiciário não conseguirem sanar o dano e a agressão aos direitos fundamentais.

Também, através do Princípio da Subsidiariedade, procura-se demonstrar a responsabilidade de todos os Tribunais e Juízes com a proteção dos direitos fundamentais, criando um Sistema Judiciário garantidor dos valores constitucionais básicos, no qual o Tribunal Constitucional Espanhol só atuará de forma excepcional para manutenção do equilíbrio e dos direitos básicos, na sua maioria já resguardados perante as Cortes e Juízes Inferiores.

Ivo Dantas, ao estudar o Amparo Espanhol, estabelece que o referido requisito da subsidiariedade não sofre nenhum tipo de restrição ou flexibilidade em seu conceito. Veja-se a lição do autor: “Faça-se de logo uma afirmativa: o caráter subsidiário que marca o amparo espanhol, não está marcado por nenhuma flexibilidade em seu conceito, tal como se pode confirmar pela Lei Orgânica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, bem como por farta doutrina que será trazida à colação. (...) A propósito, este esgotamento das vias judiciais está previsto no art. 43.1 da referida lei e, de forma mais objetiva no art. 44.1.a”.¹⁰⁷

Esta visão de Ivo Dantas – salvo melhor juízo – somente em parte é correta, conforme a seguir restará delineado.

¹⁰⁷ DANTAS, Ivo. *O Valor da Constituição: Do controle de constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2ª edição revista e aumentada, 2001, p. 270.

Realmente, reconhece-se que na legislação espanhola não é possível o manejo do Recurso de Amparo sem o esgotamento das vias prévias.¹⁰⁸ Entretanto, em alguns aspectos, a própria Lei admite a propositura direta do Recurso de Amparo sem esgotamento das demais medidas judiciais, especialmente no concernente a lesões produzidas diretamente pelo Poder Legislativo e pela Administração Militar. Bem claro neste sentido, José Cascajo: “Atendiendo en, un caso, a un criterio meramente subjetivo y, en outro, a un criterio material, la LOTC tan sólo contemplaba dos supuestos de violacion de derechos fundamentales en los que el particular podía directamente ejercitar su derecho de acción ante el T.C., sin necesidad de agotar la vía judicial previa: las lesiones producidas por el Poder Legislativo (art. 42) y las violaciones que la Administración militar puede ocasionar a la objeción de conciencia (art. 45). El art. 45 LOTC fue derogado por la LO 8/1984, de 26 de diciembre, sobre el régimen de recursos en casos de objeción de conciencia y su régimen penal, que permite recurrir en amparo ante el T.C. las resoluciones judiciales recapitadas en los procesos de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en los que se impugnen las decisiones del Consejo Nacional de Objeción de Conciencia, por lo que el T.C. no conoce ya, como antes, en primera y única instancia de la vulneración del derecho reconocido en el art. 30, 2 C.E.”.¹⁰⁹

Também, segundo Faustino Cordón Moreno, o Princípio da Subsidiariedade, mesmo garantido e preservado, vem sofrendo temperamentos em sua aplicação por parte do Tribunal Constitucional Espanhol que passou, em algumas situações, a entender o esgotamento dos recursos para fins de propositura do Amparo como sendo a inexistência de recursos úteis, eficazes e viáveis para garantia dos direitos fundamentais. Veja-se a lição do autor: “Pero el Tribunal Constitucional ha interpretado racionalmente esta exigencia. Con carácter general ha declarado que ‘los recursos que deben utilizarse para agotar la vía judicial son los que sean razonablemente exigibles, con objeto de que los órganos del orden judicial, a los que corresponde la tutela general

¹⁰⁸ Cf. CASTRO, José Luis Cascajo & SENDRA, Vicente Gimeno. *El Recurso de Amparo*. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 2ª edição, 1ª reimpressão, 1992, *passim*.

¹⁰⁹ CASTRO, José Luis Cascajo & SENDRA, Vicente Gimeno. *El Recurso de Amparo*. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 2ª edição, 1ª reimpressão, 1992, p. 161.

de los derechos fundamentales, puedan cumplir su función.' No, por tanto, todos los recursos imaginables, sino sólo 'los que puedan posar utilidad práctica'.¹¹⁰

Defende ainda este autor que o Princípio da Subsidiariedade não pode ser interpretado de um modo formalista e reducionista, restringindo-se o acesso ao Tribunal Constitucional Espanhol através do Recurso de Amparo.

Estabelece, enfim, o doutrinador a necessidade de uma interpretação teleológica e racional do princípio para guiar-se de forma racional rumo a uma maior proteção dos direitos fundamentais, citando para tanto decisão do próprio Tribunal Constitucional Espanhol. Vejam-se as conclusões do referido Faustino Cordón Moreno nesta seara: “En cualquier caso, y también con carácter general, la exigencia legal de agotar los recursos que sean utilizables en la vía judicial no debe ser interpretada de modo que implique ‘un rigorismo formalista, contrario a la jurisprudencia de este Tribunal, a la economía procesal y a la racionalidad exigible en el uso de los medios de impugnación’; porque ‘el requisito del agotamiento de la vía judicial no obliga a utilizar en cada caso todos los medios de impugnación existentes en el ordenamiento, sino aquéllos que razonablemente convengan.’ (...) En fin, en la interpretación de este requisito debe prevalecer el criterio teleológico sobre la mera consideración del mismo como un obstáculo formal que, en todo caso, debe ser superado”.¹¹¹

Mesmo assim, como bem ressaltou Ivo Dantas, não se pode negar a inexistência de restrições legais no ordenamento jurídico espanhol ao Princípio da Subsidiariedade. Entretanto, não se deve manter uma posição radical ao interpretar tal princípio de forma – data vênia – literal, desconsiderando as peculiaridades de cada caso concreto e a situação específica em que o esgotamento de TODOS os recursos, para a utilização do Recurso de Amparo, poderia causar danos irreparáveis ao cidadão e à coletividade em geral.

Daí, a necessidade de temperamento que a doutrina e o Tribunal Constitucional Espanhol vem fazendo da aplicação do Princípio da Subsidiariedade,

¹¹⁰ MORENO, Faustino Cordón. *El proceso de amparo constitucional*. Madrid: La Ley, 2ª edição atualizada, p. 93.

¹¹¹ MORENO, Faustino Cordón. *El proceso de amparo constitucional*. Madrid: La Ley, 2ª edição atualizada, p. 97.

entendendo este não como esgotamento TOTAL dos recursos, mas esgotamento de TODOS os recursos realmente úteis para reverter a agressão aos direitos fundamentais. Até porque o objetivo final do Princípio da Subsidiariedade não é restringir o manejo do Recurso de Amparo na proteção aos direitos e valores fundamentais, mas sim racionalizar a sua utilização por parte de todos os poderes constituídos e dos cidadãos.

Para a manipulação do instituto constitucional, os requisitos acima estatuídos teriam, como uma de suas mais básicas funções, conter o número de Recursos de Amparo propostos perante o Tribunal Constitucional. Entretanto, estas limitações formais não foram suficientes para evitar o congestionamento e o excesso de Amparos em sede do Tribunal Constitucional Espanhol. Bem ressalta tal fato Rafael Bustos Gilbert: “Pese al indudable esfuerzo realizado para evitar los riesgos que le amenazaban, la triste realidad del recurso de amparo constitucional es el fracaso del sistema. El TC se encuentra bloqueado, el número de casos pendientes se acumula pese al gran aumento de las sentencias dictadas por el Tribunal de modo que es el propio Tribunal el que ahora lesiona el derecho a la tutela judicial por los retrasos en dictar sentencia. Igualmente, los roces con el Poder Judicial son, relativamente, frecuentes”.¹¹²

¹¹² Sobre a situação atual do Recurso de Amparo e algumas alternativas para melhoria de sua utilização processual, vale a pena transcrever a lição de Rafael Bustos Gisbert: “A nuestro juicio, la situación en la que se encuentra el recurso de amparo constitucional en la actualidad requiere la realización por todos los agentes interesados (poderes públicos, doctrina científica y partidos políticos) de una reflexión doble. La primera de ellas de índoles general que podría resumirse en preguntarse acerca de cuáles son las funciones que el recurso de amparo constitucional debe cumplir tras 20 años de vigencia de la Constitución. Realizada tal reflexión podremos adentrarnos en cuales sean los instrumentos técnico-jurídicos más adecuados para el cumplimiento de tales funciones. Lo que en ningún caso puede hacerse, es comenzar la casa por el tejado, esto es discutir cuáles sean tales directrices de política legislativa sin, previamente, establecer cuales son los objetivos que deseamos alcanzar. Debemos, por tanto, considerar, en primer lugar, si el recurso de amparo constitucional ha alcanzado totalmente los objetivos par los que fue creado. En especial, debemos decidir si el Poder Judicial español en la actualidad desarrolla una labor de protección de los derechos fundamentales plenamente adecuada a las previsiones constitucionales. Si esta afirmación es correcta (López Pietsch), podremos defender la objetivación del recurso de amparo constitucional en el sentido apuntado por parte de la doctrina científica u por la reforma alemana de 1993 (completada por las consideraciones de la Comisión BENDA) puesto que no serán necesarias las otras dos funciones realizadas en su origen por este recurso: la ‘educación’ del Poder Judicial en la tutela de derechos y la corrección de las lesiones individuales, es decir la llamada función subjetiva del recurso de amparo constitucional. Si, por el contrario, se mantiene la desconfianza hacia el orden jurisdiccional ordinario en su labor de protección de los derechos no podremos objetivar el recurso de amparo en el sentido apuntado y nos tendremos que limitar a una reordenación procesal que permita aliviar la carga de trabajo del TC”. (GISBERT, Rafael Bustos. "Está agotado el modelo de recurso de amparo diseñado en la Constitución Española ?" In: *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., nº 4, 2º semestre, 1999, p. 278).

As principais críticas feitas ao Recurso de Amparo se dirigem à extensão dos seus requisitos de admissibilidade, efeitos e aplicação, quais sejam: 1-) ampliação jurisprudencial para entender como cabíveis o Recurso de Amparo contra ato de particulares; 2-) a ampliação jurisprudencial dos direitos fundamentais a serem protegidos; 3-) a excessiva proteção aos direitos fundamentais processuais; 4-) a utilização do Amparo como um recurso supostamente ordinário, criando-se uma superinstância na qual não se discutem agressões a direitos fundamentais; 5-) a inexistência de punições processuais para quem atua de má-fé ao manejar o Recurso de Amparo.

Surgiram várias propostas para melhorar e dar dinamicidade nos julgamentos dos Recursos de Amparo que vem sendo apreciadas na Espanha, objetivando estabelecer o comprometimento de todos com a realização dos direitos fundamentais, retornando o Recurso de Amparo a ser um instrumento excepcional que somente deve ser manejado em última hipótese.¹¹³

Não obstante as críticas e as reflexões sobre o futuro do Recurso de Amparo na Espanha, este é sem dúvida alguma um dos principais meios processuais para defesa dos direitos fundamentais dentro do Sistema Jurídico Espanhol, servindo tanto para proteção dos cidadãos como para garantia da ordem jurídico-constitucional em seus valores fundamentais.

Assim, o Recurso de Amparo Constitucional Espanhol deve ser visto como uma salvaguarda última dos direitos e valores constitucionais espanhóis, que devem ser garantidos e respeitados por todos e não apenas preservado pelo Tribunal Constitucional.

A seguir, demonstrar-se-ão as principais semelhanças e diferenças que existem entre os institutos constitucionais da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental brasileira e do Recurso de Amparo espanhol.

¹¹³ GISBERT, Rafael Bustos. "Está agotado el modelo de recurso de amparo diseñado en la Constitución Española?". In: *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., nº 4, 2º semestre, 1999, p. 285.

Atesta-se, prefacialmente, que o Recurso de Amparo Espanhol recebe forte influência do Recurso Constitucional Alemão, como bem ressaltou Eduardo Garcia de Enterría: “En segundo término, el gran bloque de competencias del Tribunal Constitucional lo constituyen los recursos de amparo, esto es, recursos interpuestos por los particulares, tras haber agotado las vías judiciales ordinarias, para proteger sus derechos fundamentales (sólo los calificados a estos os efectos según el artículo 53,2 de la Constitución, esto es, los enunciados en los artículos 14 a 30). Esta competencia procede de la tradición inmediata del Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República, aunque probablemente haya pesado más que esta tradición propia de nuevo el modelo del Tribunal Constitucional Alemán (modelo creado en este punto inicialmente por la Ley – ordinaria – del Tribunal de 1951, pero que se constitucionalizó tras la adición de un parágrafo específico al artículo 93, 14 de la Ley Fundamental en la reforma de ésta de 29 de enero de 1969), y que se distinto en este punto del italiano, por cierto”.¹¹⁴

Neste sentido, as principais análises e comparações entre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental brasileira e o Recurso de Amparo tem forte simetria com o estudo anteriormente feito em relação ao Recurso Constitucional Alemão (ver item 1.2.2. da presente Dissertação de Mestrado).

Primeiro, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental brasileira tem uma dupla utilização, seja com ação ou recurso, para proteger preceitos fundamentais, evitando suas lesões ou reparando agressões do Poder Público perpetradas aos mesmos (art. 1º, *caput* da Lei nº 9.882/99), ou então como “incidente de inconstitucionalidade” para dirimir conflitos em que seja relevante a controvérsia constitucional relacionada à aplicação de atos e leis federais, estaduais ou municipais, inclusive anteriores à Constituição vigente (art. 1º, *caput* e parágrafo único, inciso I, da Lei nº 9.882/99).

Já, o Amparo Espanhol somente é manejado como recurso para obstar as agressões perpetradas aos direitos fundamentais do cidadão por parte do Poder Público (art. 3º da Constituição Espanhola de 1978). Frise-se que, na Espanha, o “incidente de

¹¹⁴ ENTERRIA, Eduardo Garcia de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 3º edição, 3º reimpressão, pp. 141/142.

inconstitucionalidade” é outro tipo de ação constitucional que não se confunde com o Recurso de Amparo.

Nesta esteia, o inciso I, do parágrafo único, do art. 1º, da Lei nº 9.882/99, relativo ao suposto “incidente de inconstitucionalidade” vem sendo questionado perante o STF, destacando os opositores da lei que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental brasileira não poderia ser utilizada como um incidente já que não há previsão constitucional para tanto.¹¹⁵

Sem dúvida, na forma atualmente estabelecida na Lei nº 9.882/99, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental apresenta-se aplicável para resolução de qualquer controvérsia constitucional e não apenas para proteção dos preceitos fundamentais. Tal interpretação acaba por desviar a finalidade do novel instituto constitucional, que não se destaca por um papel de maior proteção ao cidadão.

Assim, a Arguição de Descumprimento serviria mais aos interesses do Poder Público para combater a chamada “guerra de liminares”,¹¹⁶ do que para a proteção dos direitos e preceitos fundamentais na promoção da cidadania.

Tal fato é confirmado quando o cidadão é excluído do rol dos legitimados para propor a Arguição de Descumprimento (art. 2º, II, da Lei nº 9.882/99, vetado pelo Presidente da República), bem como as decisões em sede da Arguição tem efeito vinculante para sustar, até mesmo em sede liminar, qualquer processo e decisão no Brasil que trate de matéria versada no referido instituto constitucional pátrio (parágrafo 3º, art. 5º, da Lei nº 9.882/99).

¹¹⁵ Em sede da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.231-DF, com base em decisão do Ministro Néri da Silveira, o inciso I, do parágrafo único, do art. 1º, da Lei nº 9.882/99 restou interpretado conforme a constituição no sentido de adequar-se ao Sistema Jurídico Brasileiro. Sobre a ADIN nº 2.231-DF e suas nuances, ver o item 3.3. da presente Dissertação.

¹¹⁶ Sobre a instabilidade jurídica e as “guerras de liminares”, ver MENDES, Gilmar Ferreira. "Arguição de descumprimento de preceito fundamental". In: *Revista Jurídica Consulex*, ano: IV, vol. I, junho de 2000, pp. 24/27. Também, sobre o tema ver BASTOS, Celso Ribeiro & VARGAS, Alexis Galiás de Souza. “Arguição de descumprimento de preceito fundamental”. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano: 8, nº 30, jan/mar, 2000, pp. 69/77.

Além disto, a Argüição de Descumprimento não estabeleceu de forma precisa quais os preceitos fundamentais a merecerem proteção especial (Art. 1º, *caput*, da Lei nº 9.882/99).

Já o Amparo Espanhol é diferente, dando legitimidade a qualquer cidadão para propor o Recurso desde que violados os direitos fundamentais esculpidos nos arts. 14 a 30 da Constituição Espanhola de 1978.

Como se vê, o Recurso de Amparo pode ser proposto por qualquer cidadão, objetivando a defesa específica de direitos e liberdades fundamentais disciplinados nos arts. 14 a 30 da Constituição Espanhola, aparecendo o Amparo com uma utilização específica para proteção dos direitos fundamentais num aspecto subjetivo, e para garantia dos valores e da ordem constitucional de uma forma objetiva.

Quanto à subsidiariedade, a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental brasileira aproxima-se do Recurso de Amparo Espanhol. Isto porque, como em relação à Argüição de Descumprimento, somente se admite a utilização do Amparo quando esgotadas na Espanha todos os meios processuais possíveis para obstar as agressões perpetradas aos direitos fundamentais.

Tal excepcionalidade do manejo do Recurso de Amparo justifica-se por ser este um último recurso para proteção do cidadão, dos direitos, das liberdades fundamentais e da ordem jurídica na Espanha por parte do Tribunal Constitucional.

Deve-se atentar que, na Espanha, como na Alemanha e nos EUA, existe o respeito às decisões judiciais inferiores, que só são reformadas por meio do Recurso de Amparo de forma excepcional quando evidente as agressões aos direitos, liberdades e valores fundamentais esculpidos na Carta Magna.

O Princípio da Subsidiariedade, assim, é visto na Espanha como uma forma de não banalizar o manejo do Recurso de Amparo, processualmente extraordinário e um último meio judicial, devendo o Poder Judiciário e a sociedade protegerem as liberdades, os preceitos, os valores e os direitos fundamentais.

No Brasil, o mesmo Princípio da Subsidiariedade restringe a utilização da Arguição de Descumprimento que deverá somente ser manejada quando esgotados todos os recursos constitucionais cabíveis (art. 4º, parágrafo 1º, da Lei nº 9.882/99), o que vem sendo deveras questionado.¹¹⁷

Como visto, alguns doutrinadores, como Gilmar Ferreira Mendes, defendem que o Princípio da Subsidiariedade deve ser interpretado de uma forma supostamente racional, não significando a necessidade de esgotamento de todos os recursos cabíveis para poder-se utilizar a Arguição de Descumprimento, mas apenas exaurir todos os recursos e medidas judiciais úteis para eficaz proteção dos direitos fundamentais.¹¹⁸

Respeita-se tal posição do dileto doutrinador. Entretanto, deve-se lembrar que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental não pode ser considerada como mais um recurso dentro da imensa plêiade processual pátria.

Ao contrário, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental deve ser vista como o Recurso de Amparo, ou seja, um meio excepcional de garantia e proteção dos direitos e liberdades fundamentais.

A desconsideração ou uma interpretação que reduza a aplicação do Princípio da Subsidiariedade pode gerar a banalização do manejo da Arguição de Descumprimento no Brasil, transformando-a em mais um recurso ordinário sem a dignidade e importância devida.

Ainda bem que o STF não tem admitido as Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental quando há outros recursos a serem propostos nas ações judiciais em que se discutem agressões a preceitos fundamentais.¹¹⁹

¹¹⁷ Sobre o Princípio da Subsidiariedade relacionado à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ver também os itens 1.1., 3.3. e 3.4. da presente Dissertação de Mestrado.

¹¹⁸ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. “Origem e Perspectivas da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental”. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (org). *Direito Contemporâneo – Estudos em Homenagem a Oscar Dias Corrêa*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, pp. 134/144.

¹¹⁹ Alguns dos principais julgamentos e decisões do STF em sede de Arguições de Descumprimento vão ser analisados no item 3.3. da presente Dissertação para o qual remetemos o leitor.

Mesmo assim, em casos excepcionais e raros, é necessário que se adeque o Princípio da Subsidiariedade, conhecendo-se de imediato da Arguição de Descumprimento, não para atender a interesses do Poder Público na cassação de decisões judiciais de Instâncias Inferiores, mas sim para proteção urgente dos direitos, liberdades e valores fundamentais, como inclusive ocorre de forma excepcional com o Recurso de Amparo por interpretação do Tribunal Constitucional Espanhol.¹²⁰

Por tudo o acima exposto, resta evidente que o estudo e detalhamento do Recurso de Amparo Espanhol pode servir bastante para o aperfeiçoamento do entendimento, interpretação e aplicação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no Brasil.

Para tanto, deve-se buscar compreender o instituto brasileiro, como se faz em relação ao Recurso de Amparo, no sentido de delinear-lo não como um instrumento de defesa de interesses setoriais, mas sim como um meio judicial de garantia dos direitos e liberdades fundamentais na promoção da cidadania.

Enfim, a conscientização dos operadores do direito em geral, acerca da importância da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, diante da sua real e verdadeira finalidade constitucional de promoção da cidadania e da garantia dos valores e preceitos constitucionais fundamentais, é a principal influência advinda do estudo comparativo da mesma em relação ao Recurso de Amparo Espanhol.

1.2.4. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e a sua comparação com os institutos estrangeiros: análises críticas

Neste item da presente Dissertação, utilizou-se o Direito Comparado¹²¹ para efetuar análises comparativas entre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental em relação a outros institutos semelhantes oriundos de sistemas

¹²⁰ Cf. CASTRO, José Luis Cascajo & SENDRA, Vicente Gimeno. *El Recurso de Amparo*. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 2ª edição, 1ª reimpressão, 1992, *passim*.

¹²¹ Sobre a justificativa de utilização das técnicas e dos métodos do Direito Comparado na presente Dissertação de Mestrado, ver o item 1.2.

constitucionais estrangeiros, obtendo a partir daí referências para auxiliar o operador do direito nacional na interpretação, aplicação e melhor compreensão acerca da referida Argüição de Descumprimento do Direito Constitucional Pátrio.

Para tanto, procedeu-se à análise comparativa da Argüição de Descumprimento em relação ao *Writ of Certiorari* Norte Americano, ao Recurso Constitucional Alemão e ao Amparo Espanhol.

Primeiramente, foi procedido ao detalhamento das características de cada instituto estrangeiro, a fim de visualizar como são interpretados e aplicados nos seus Estados de origem. Após esta análise, restaram comparadas a Argüição de Descumprimento com cada um deles, atestando semelhanças e diferenças existentes.

Por fim, procurou-se relatar quais as contribuições que cada instituto estrangeiro pode dar à Argüição de Descumprimento brasileira, a fim de proporcionar ao novel instituto brasileiro uma caracterização clara no altiplano constitucional pátrio.

A partir da utilização do Direito Comparado no estudo do *Writ of Certiorari* Norte-Americano, do Recurso Constitucional Alemão e do Amparo Espanhol em face da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, infere-se que o instituto brasileiro deve ser visualizado como um dos instrumentos de desenvolvimento da Jurisdição Constitucional das Liberdades, como delinea Cappelletti.¹²²

Ou seja, diante das comparações feitas, chega-se à conclusão de que a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental deve ter no Brasil como finalidade básica a proteção dos preceitos, valores, direitos e liberdades fundamentais.

Nesta esteia, a Argüição constitucional tem de ser manejada, perante o Supremo Tribunal Federal (STF), como um instrumento de garantia da ordem constitucional, preservando os valores básicos, evitando ou reparando agressões aos preceitos fundamentais.

¹²² Cf. CAPPELLETTI, Mauro (trad. Aroldo Plínio Gonçalves). *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2ª edição, 1992. Sobre a relação entre Jurisdição Constitucional e a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ver os itens 3.2. e 3.4. desta Dissertação de Mestrado.

Ainda, pela análise comparativa realizada, a Arguição de Descumprimento não deveria restringir-se a conter abusos perpetrados por entes públicos, mas sim ser ampliada para obstar também as agressões perpetradas por particulares que muitas vezes, neste mundo globalizado, têm maior poder e transgridem de formas até mais graves os direitos e valores fundamentais de uma ordem constitucional.

Também, deveria haver uma ampliação no rol dos legitimados para a utilização da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, autorizando a qualquer do povo o manejo da ação constitucional, como ocorre com o *Writ of Certiorari*, o Recurso Constitucional Alemão e o Amparo Espanhol.

Mesmo dotando de tal relevância a Arguição de Descumprimento, e defendendo sua utilização por qualquer cidadão, à luz das comparações feitas com os institutos congêneres, deve-se caracterizar o novel instituto como EXCEPCIONAL, garantindo-se assim a aplicação do Princípio da Subsidiariedade e evitando o excesso de recursos na Corte Suprema.

Portanto, a Arguição de Descumprimento, numa ordem constitucional democrática, tem de ser considerada como o último instrumento a ser utilizado para conduzir uma contenda à Corte Suprema de Justiça do Brasil – STF.

Não se pode, assim, banalizar o referido instituto constitucional, nem tampouco retirar a força que este possui na proteção subjetiva do cidadão e na garantia da ordem constitucional.

Restou evidente, neste item, que toda a sociedade e os poderes constituídos devem respeitar e garantir os valores, preceitos e direitos fundamentais e só em casos excepcionais e relevantes, – quando houver uma justificativa plausível –, utilizar-se-ão da Arguição de Descumprimento para reverter uma agressão potencial ou iminente a afetar a ordem constitucional sensível e a cidadania.

Mesmo diante do caráter excepcional e extraordinário da Arguição de Descumprimento, não se pode, entretanto, radicalizar a interpretação do referido

Princípio da Subsidiariedade, devendo este ser flexibilizado para conhecer-se da Arguição quando houver uma justificativa de interesse público evidente, bem como a agressão perpetrada puder provocar danos irreparáveis ao indivíduo ou grupo, tomando para tanto como parâmetro a Lei reguladora do Recurso Constitucional Alemão, conforme acima delineado.

Importante, também, seria ter uma delimitação mais clara sobre o que seriam os preceitos fundamentais protegidos pela Arguição de Descumprimento, como ocorre, por exemplo, em sede do Recurso Constitucional Alemão e no Amparo Espanhol. Por cautela, destaque-se que não se quer aqui defender uma lista supostamente exaustiva a delimitar quais seriam os preceitos fundamentais, até porque isto iria de encontro a uma hermenêutica jurídico-constitucional aberta, informadora do direito constitucional.¹²³

Enfim, dentro de uma análise de Direito Comparado,¹²⁴ a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental deve ser vista como um instrumento de garantia da dignidade humana, nos aspectos subjetivo e objetivo, promovendo os sentimentos constitucionais de segurança, paz e justiça em sede de uma Jurisdição Constitucional das Liberdades.

Tendo sido destacados os aspectos relevantes da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental em sua gênese, suas características e comparação com institutos de direito estrangeiro, deve-se agora partir para análise dos elementos a compor o referido instituto dentro da sistemática constitucional pátria.

¹²³ Sobre a caracterização e a delimitação dos “preceitos fundamentais”, como objeto de proteção por meio da Arguição de Descumprimento, ver o item 2.2. desta Dissertação de Mestrado.

¹²⁴ Sobre a justificativa de utilização das técnicas e dos métodos do Direito Comparado na presente Dissertação de Mestrado, ver o item 1.2.

Capítulo 2. Os elementos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

Almejando a correta compreensão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e sua utilidade no sistema jurídico pátrio, resta necessário ainda delimitar os elementos que compõem tal novel instituto.

Neste sentido, o referido instituto constitucional se trata de uma “arguição” proposta perante o Supremo Tribunal Federal (STF) para evitar ou sanar “descumprimentos” de “preceitos fundamentais”.

Torna-se relevante, portanto, estabelecer a significação jurídica dos termos “arguição”, “descumprimento” e “preceito fundamental”, a fim de viabilizar uma melhor compreensão das finalidades e limites do instituto constitucional analisado.

Em relação ao termo “arguição”, não há polêmicas relevantes na sua delimitação conceitual, seja na seara legal ou doutrinária.

No âmbito jurídico, “arguição” significa genericamente qualquer tipo de provocação feita por pessoa, dotada de legitimidade processual e devidamente representado, perante o Poder Judiciário para que este se manifeste acerca da legitimidade, legalidade ou constitucionalidade de fatos e atos jurídicos em geral (públicos ou privados), especialmente relacionados à interpretação e à aplicação de normas jurídicas em sentido amplo para solução de conflitos de interesse.

Assim, em sede de Processos Judiciais dos mais diversos tipos, sempre restam apresentadas “arguições” a provocar o Poder Judiciário para que este conheça de uma situação em regra litigiosa, seja no âmbito da jurisdição concreta ou abstrata.

Além desta conotação ampla, a “arguição” no direito brasileiro assume conotações particulares como na antiga Arguição de Relevância prevista no Regime Constitucional Anterior (Emenda Constitucional nº 7/77), na Arguição de

Inelegibilidade na seara eleitoral (art. 2º, da Lei Complementar nº 64), bem como nas Arguições e Exceções de Suspensão, Impedimento e Falsidade no âmbito do processo civil e penal (art. 312 a 314 do CPC e art. 95 a 111 do CPP).¹²⁵

Ainda, como incidente provocado em sede dos Tribunais (art. 480 a 482 do CPC), tem-se a modalidade da Arguição de Inconstitucionalidade a servir para discussão acerca da incompatibilidade ou não de uma lei em face da Constituição Federal de 1988.

No caso do instituto brasileiro (parágrafo 1º, do art. 102, da Constituição Federal de 1988), objeto da presente Dissertação, a “arguição” não deve ser compreendida no sentido amplo acima delineado, mas sim em sentido estrito, como sendo um instrumento de direito processual constitucional,¹²⁶ utilizado no controle de constitucionalidade concentrado, no qual se “argúi”, “provoca-se” o Poder Judiciário, *in casu*, o Supremo Tribunal Federal (STF), para que este obste especificamente os “descumprimentos” de “preceitos fundamentais”.

Feitas estas ressalvas iniciais, destacado o significado do termo “arguição”, para fins do manejo do instituto constitucional ora estudado, é basilar agora estabelecer a significação dos 02 (dois) mais polêmicos e relevantes termos jurídicos intrínsecos ao novel instituto, quais sejam: o “descumprimento” e o “preceito fundamental”.

Assim, neste segundo capítulo da presente Dissertação, procura-se aprofundar e detalhar a significação destes dois principais elementos da Arguição constitucional (“descumprimento” e o “preceito fundamental”), estabelecendo especialmente os seus limites, extensões e conteúdos, a fim de bem delinear posteriormente a correta aplicação e interpretação a ser dada à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

¹²⁵ Sobre os diversos tipos de Arguições no ordenamento jurídico pátrio e suas caracterizações, ver TAVARES, André Ramos. *Tratado de Arguição de Preceito Fundamental: (Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99)*. São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 226/229.

¹²⁶ Sobre o Direito Processual Constitucional, ver GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2ª edição revista e ampliada, 2001.

2.1. O Descumprimento

Através da análise do parágrafo 1º, do art. 102, da Constituição Federal de 1988, como já delineado, resta evidente que o Constituinte Brasileiro estabeleceu o cabimento da Argüição constitucional quando houver “descumprimento” de “preceito fundamental”.

Interessante notar que não foram utilizadas na Carta Magna outras expressões mais específicas do que “descumprimento”, a fim de destacar a agressão aos preceitos fundamentais como fundamento para interposição da referida Argüição referida.

Dentro da vagueza da expressão “descumprimento”, surgem assim vários questionamentos: 1-) Quais os limites do descumprimento?; 2-) Podem ser descumpridos preceitos fundamentais também por omissão?; 3-) O descumprimento de preceitos fundamentais a justificar a interposição da Argüição deve ser apenas frontal/direto ou pode também ser reflexo/indireto?; 3-) Somente o Poder Público pode descumprir preceitos fundamentais, ou também os entes privados e os cidadãos em geral?

Estas questões são deveras fundamentais para compreensão do significado da expressão “descumprimento”, sendo abordadas nos próximos itens da presente Dissertação, objetivando a caracterização da finalidade constitucional da Argüição referida.

Com a interpretação coerente da expressão “descumprimento”, atestar-se-á a extensão da agressão a preceitos fundamentais, justificadora da utilização do noticiado instituto no Sistema Constitucional Pátrio.

Portanto, nos próximos itens, propõe-se observar como a legislação e a doutrina pátrias delineiam a expressão “descumprimento” para fins de interposição da Argüição constitucional destacada.

2.1.1.O descumprimento: visão do direito positivo

Diante da Lei nº 9.882/99, percebe-se inicialmente ocorrer o “descumprimento”, a justificar a interposição da Arguição referida, quando estiver ocorrendo, ou prestes a acontecer, lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público (*caput*, do art. 1º, da referida Lei).¹²⁷

Assim, a Lei nº 9.882/99 refere-se a “descumprimento”, quando estiver na iminência ou ocorrendo lesão a preceito fundamental provocada por ato do Poder Público. Lesão significa agressão, afrontamento, desrespeito, enfim, o próprio descumprimento relativo a algo que deveria se obedecer ou realizar.

Neste sentido, André Ramos Tavares bem destaca que o “descumprimento” somente ocorre diante da agressão, desrespeito a algo superior que deve ser garantido dentro de um sistema. Bem claras as palavras do autor: “Quando se fala em descumprir algo, isso só é viável na medida em que se está obrigado a obedecer, o que, por sua vez, requer uma ordem advinda de uma posição hierarquicamente superior. (...) O descumprimento pressupõe, portanto, uma obrigação implícita, e não a mera indicação ou sugestão. Esta não se descumpre, apenas pode ou não ser acatada. Descumprir, ou seja, não cumprir, significa exatamente desobedecer, desviando-se daquilo que se prescreve. O descumprimento revela-se pela existência de atos ou fatos desconformes, embora sendo um deles de obediência obrigatória pelo outro (e essa imperatividade é um elemento essencial ao conceito)”.¹²⁸

Também, José Diniz de Moraes defende que o “descumprimento” implica a desobediência, dentro de uma relação de pertinência lógica e complementar, em relação a algo superior. Vejam-se as palavras do autor: “A noção de **descumprimento** de um

¹²⁷ “Art. 1º A arguição prevista no parágrafo 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.” (Lei nº 9.882/99)

¹²⁸ TAVARES, André Ramos. *Tratado de Arguição de Preceito Fundamental: (Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99)*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 165.

preceito fundamental não guarda estreita relação com aquela noção de **dever jurídico** contraposto a um **direito subjetivo**, por um lado, mas de outro, aproxima-se da Teoria Geral do Direito quando exige uma **relação de pertinência** (vincula incluindo) ou **complementar** (vincula excluindo) com o preceito invocado”. (grifos no original)¹²⁹

Como resta evidente, o “descumprimento” significa, para os fins da Arguição constitucional, lesão, afrontamento, agressão, desobediência às regras do sistema (Constituição); sendo, portanto, um conceito relacional.

Diante deste caráter relacional, nos termos do *caput*, do art. 1º, da Lei nº 9.882/99, o “descumprimento”, para viabilizar a utilização da Arguição Constitucional, cinge-se à comprovação de lesões/agressões perpetradas a “preceitos fundamentais”.

Portanto, não é qualquer “descumprimento” da Carta Magna que enseja a propositura da Arguição, mas somente o “descumprimento” de “preceitos fundamentais”.

Por fim, em sede do *caput* do art. 1º c/c art. 2º da mesma Lei nº 9.882/99, destaca-se que este “descumprimento” (lesão, afrontamento, desobediência) só justificaria a propositura da Arguição constitucional se resultasse de ato cometido pelo Poder Público, só tendo legitimidade para interpor o referido instituto aqueles entes e pessoas autorizadas a manejar as Ações Diretas de Inconstitucionalidade, não estabelecendo a legislação maiores detalhamentos a respeito.

Restando clarificado como o “descumprimento” é tratado na legislação retora, vislumbra-se a seguir a necessidade do estudo dos limites objetivos e subjetivos do referido “descumprimento”, para justificar o manejo da Arguição constitucional.

2.1.2. Os limites objetivos do descumprimento

¹²⁹ MORAES, José Diniz de. “Arguição de descumprimento de preceito fundamental e direito do trabalho”. In: *Revista do Ministério Público do Trabalho do Rio Grande do Norte*, nº 03, nov, 2000, p. 106.

Como destacado, no plano objetivo, o “descumprimento”, a justificar a interposição do instituto constitucional em análise, é uma agressão/lesão a ordem jurídico-constitucional sensível, constituída pelos preceitos fundamentais.

Não se deve igualar totalmente os conceitos de “descumprimento” e de “inconstitucionalidade” para fins de utilização da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.¹³⁰

Mesmo fugindo da temática central desta Dissertação, importa frisar que a teoria clássica da inconstitucionalidade¹³¹ centra-se na caracterização da invalidade de uma lei perante a Constituição (Lei Maior), seja no aspecto formal ou material.

Assim, só são inconstitucionais leis em sentido estrito (por exemplo, Leis Ordinárias, Leis Complementares, Medidas Provisórias, Leis Delegadas) que afrontem a Constituição por não seguirem o regular processo legislativo na sua feitura (Inconstitucionalidade Formal), e/ou por agredirem os valores, princípios e normas constitucionais (Inconstitucionalidade Material).

¹³⁰ Em sentido contrário, a lição de Roberto Mendes Mandelli Júnior que defende ser o “descumprimento” uma espécie do gênero “inconstitucionalidade” por entender o autor que o conceito de “inconstitucionalidade” não é exclusivo da inconformidade de leis formais em relação à Constituição. Veja-se a lição do autor: “O descumprimento é uma espécie do gênero inconstitucionalidade, que significa deixar de cumprir, não satisfazer, não realizar; no caso, não satisfazer, não realizar um preceito constitucional fundamental. (...) A inconstitucionalidade não é conceito exclusivo do mundo normativo, podendo estar, também, relacionada a ato de efeito concreto que descumpra a Constituição. Alfredo Buzaid já ensinava que ‘diz-se inconstitucional todo ato que direta ou indiretamente contraria a Constituição. A ofensa resulta da simples inconciliabilidade com a Constituição’. (...) Portanto, inconstitucionalidade designa uma incompatibilidade com a Constituição, comportando variações como o descumprimento (art. 102, § 1.º, CF), a contrariedade (art. 102, III, “a”, CF) e a própria inconstitucionalidade (art. 97; art. 102, I, “a”; e art. 125, § 2.º, CF). Mas, todos estes termos utilizados pelo constituinte apresentam, em comum, um conceito jurídico-negativo, ou seja, apontam para uma inadequação de um objeto impugnado com um preceito ou princípio constitucional, que goza de supremacia no ordenamento jurídico”. (MANDELLI JÚNIOR, Roberto Mendes. “Arguição de descumprimento de preceito fundamental: em defesa do Estado Social Democrático de Direito”. In: <http://www.pge.sp.gov.br/Teses/mandelli.htm>, maio de 2003). Não nos coadunamos com tal entendimento por estar em sentido contrário à Teoria da Inconstitucionalidade amparada nos Pretórios, especialmente em sede do Supremo Tribunal Federal.

¹³¹ Sobre a Teoria da Inconstitucionalidade das Leis, ver: CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2ª edição, 1998 e MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1ª reimpressão, 1996.

Atos jurídicos que não sejam leis formais ficam sujeitos apenas ao controle de legalidade¹³² – exame de compatibilidade destes atos com a legislação pertinente a lhes dar fundamento de validade imediato.

Já, nos estritos limites da Lei nº 9.882/99, o “descumprimento” a preceitos fundamentais, a autorizar o manejo do controle concentrado de constitucionalidade via Arguição, não se relaciona apenas às agressões perpetradas por leis em sentido estrito, como é próprio da teoria da inconstitucionalidade, mas por qualquer ato do Poder Público que implique afronta a preceitos fundamentais.

Neste sentido, bem clara é a lição de Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira e Rodrigo Pieroni Fernandes ao delinearem que a Arguição constitucional serve não apenas como instrumento de controle de constitucionalidade de leis, mas principalmente para controle de atos jurídicos concretos do Poder Público a afetar preceitos fundamentais. Vejam-se as observações dos autores: “De antemão, já salientamos que a inconstitucionalidade não se confunde com o descumprimento de preceito fundamental. ‘O conceito de ‘descumprimento’ ultrapassa o âmbito da mera inconstitucionalidade, podendo açabancar até mesmo fatos do mundo concreto contrários à ‘realidade’ constitucional (realidade normativa, mundo do dever ser)’”.¹³³

Também, destacando a diferença entre “inconstitucionalidade” e “descumprimento” em sede da Arguição constitucional, tem-se a lição de André Ramos Tavares: “O descumprimento, na Carta de 1.988, assemelha-se à noção lata apresentada em nível teórico. Realmente, se com relação à inconstitucionalidade a Constituição refere-se de forma expressa a leis e atos normativos como únicos atos capazes de nela incidir (quando se trata de controle concentrado), o mesmo não ocorreu com o descumprimento, já que quanto a este a Constituição unicamente restringe o parâmetro (há de ser preceito constitucional fundamental), mas não o objeto de controle (com o

¹³² O Supremo Tribunal Federal, de forma excepcional, admite conhecer em sede de controle de constitucionalidade concentrado dos Regulamentos Autônomos, porque na realidade eles têm conteúdo de lei em sentido material. Sobre este assunto, ver MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1ª edição, 1996.

¹³³ FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves & FERNANDES, Rodrigo Pieroni. “A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e a manipulação dos efeitos de sua decisão”. In: *Revista Forense*, ano: 98, vol: 363, set/out, 2002, p. 122.

que a medida restou ampla, a admitir toda forma de descumprimento, dê-se por lei, ato normativo, administrativo ou mesmo material, incluindo-se o de caráter privado)".¹³⁴

Outra diferença marcante entre a "inconstitucionalidade" e o "descumprimento" está em que a "inconstitucionalidade" ocorre quando há agressão a qualquer norma e princípio constitucional, por enquanto que o "descumprimento", para fins da Arguição, restringe-se à ocorrência de violação a parte específica da Carta Magna, qual seja: os preceitos fundamentais.

Portanto, diferente da "inconstitucionalidade", evidencia-se que o "descumprimento" ocorre quando qualquer ato do Poder Público (normativo ou não) agride preceitos fundamentais.

Enfim, se por um lado o "descumprimento" a ensejar a interposição da Arguição é mais amplo do que a "inconstitucionalidade" quanto aos atos jurídicos controlados. Por outro, a referida Arguição se restringi à proteção dos preceitos fundamentais, enquanto que a "inconstitucionalidade" visa garantir qualquer norma e/ou princípio constitucional.

Assim, percebe-se, à luz do parágrafo 1º, do art. 102, da CF/88, que o "descumprimento" deve ser de "preceitos fundamentais" a justificar o manejo da Arguição constitucional.

Logo, como conceito relacional, o "descumprimento" tem seus limites na proteção aos preceitos fundamentais decorrentes da Carta Magna, que serão objeto de detalhamento no item 2.2. desta Dissertação.

Infelizmente, a Lei nº 9.882/99 não restringiu o alcance da Arguição constitucional para o saneamento de "descumprimentos de preceitos fundamentais", estabelecendo-se, na legislação retora, que caberá à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental também em caso de controvérsia constitucional relevante acerca

¹³⁴ TAVARES, André Ramos. *Tratado de Arguição de Preceito Fundamental: (Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99)*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 197.

de leis e atos normativos federais, estaduais ou municipais em face da Constituição, inclusive em relação a direito anterior ao Regime Constitucional em vigor.¹³⁵

Segundo alguns doutrinadores¹³⁶ e Associações de Classe, como a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, tal ampliação das hipóteses de cabimento da Arguição Constitucional, para além do saneamento do “descumprimento” de preceitos fundamentais, significa a instituição de um verdadeiro Incidente de Inconstitucionalidade no Brasil sem lastro na Carta Magna de 1988. Bem claras as palavras do Presidente da OAB, Dr. Reginaldo Oscar de Castro: “Claro que queremos uma Justiça mais rápida. Justiça que tarda é injustiça manifesta, já ensinava Rui Barbosa. O que não podemos admitir é que, em nome de uma suposta celeridade, se prejudique a boa e justa distribuição da justiça. A busca de celeridade a qualquer preço gerou na Inglaterra uma anomalia: a constituição de um órgão para rever sentenças, inclusive as transitadas em julgado. Ai, sim, afeta-se a independência e a credibilidade do Poder Judiciário. (...) A advocatória e os efeitos colaterais que gera não estão sendo questionados apenas por nós, advogados. Vejam o que diz o manifesto da Associação dos Magistrados Brasileiros, assinado por seu presidente, Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho: ‘O incidente de inconstitucionalidade, gerado na linha de engessamento inspirada pela súmula vinculante, representa o culto ao economicismo na prestação de Justiça. Despreza, por isso, o valor do debate para o aprimoramento da jurisprudência e fortalece a concentração de poder na cúpula do sistema judiciário, renegando a própria natureza da jurisdição como instrumento democrático de garantia dos direitos fundamentais e contra a opressão’”.¹³⁷

¹³⁵ “Art. 1º. *omissis*. Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental: I – quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição;” (Lei nº 9.882/99)

¹³⁶ Cf. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. “A arguição de descumprimento de preceito fundamental e sua regulamentação pela Lei nº 9.8882, de 3 de dezembro de 1999. Incidente de inconstitucionalidade ?” In: *Jus Navigandi*, ano: 4, nº 40, <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=238>, 06 de abril de 2000; MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 7ª edição, 2000; SARMENTO, Daniel. “Apontamentos sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental”. In: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 224, abr/jun, 2001, pp. 95/116; SCHÄFER, Gilberto. “Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF)”. In: *Revista da Ajuris – Doutrina e Jurisprudência*, ano: XXVII, nº 83, tomo I, setembro, 2001, pp. 201/205;

¹³⁷ CASTRO, Reginaldo Oscar de. “A Reforma do Judiciário: a passo de caranguejo”. In: *Jus Navigandi*, ano: 4, nº 37, <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=233>, abril de 2000. Além disto, novamente registre-se que vários pontos da Lei nº 9.882/99, regulamentadora da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no Brasil, estão tendo sua constitucionalidade questionada perante o STF através da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.231-DF proposta pela própria Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, tendo como relator originário o Ministro Néri da Silveira.

Nesta esteia, há os que defendem que não há “descumprimento” a preceitos fundamentais na análise de controvérsias constitucionais causadas por leis municipais, leis estaduais ou leis federais em face da Constituição Federal de 1988. Cite-se a lição de Gilberto Schäfer ao destacar os limites da Arguição constitucional referida: “Assim, penso que a Constituição não autoriza a extensão da ação de descumprimento para resolver ‘controvérsias judiciais’, mas apenas para suspender atos lesivos, cuja lesão deve ser concreta ou iminente. A simples controvérsia não é um ato lesivo, embora de decisões judiciais possam resultar atos concretos que possam descumprir preceitos fundamentais. Em outras palavras, existem decisões judiciais que embora sejam controvertidas ainda não geraram efeitos no mundo dos fatos, apenas dentro do processo. Assim, uma sentença de procedência ou improcedência, de per si, não gera efeitos no mundo concreto. Delas cabem os meios impugnatórios normais. Assim, a interpretação, mais conforme a constituição, é de que este instituo apenas possa ser usado para atos lesivos, mas não atos judiciais (embora deles decorrentes), só podendo ser usado depois de vencidas as demais etapas impugnatórias, dado o caráter subsidiário da arguição”.¹³⁸

De forma diversa, Gilmar Ferreira Mendes delinea que as “controvérsias constitucionais relevantes” decorrentes da aplicação da legislação federal, estadual e municipal têm amparo constitucional. Veja-se a lição do autor: “Vê-se, assim, que a arguição de descumprimento poderá ser manejada para solver controvérsias constitucionais sobre a constitucionalidade do direito federal, do direito estadual e também do municipal. (...) De certa forma, a arguição de descumprimento vem completar o sistema de controle de constitucionalidade de perfil relativamente concentrado no Supremo Tribunal Federal, uma vez que as questões que até então não podiam ser apreciadas no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade (ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade), serão objeto de exame no âmbito do novo procedimento”.¹³⁹

¹³⁸ SCHÄFER, Gilberto. “Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF)”. In: *Revista da Ajuris – Doutrina e Jurisprudência*, ano: XXVII, nº 83, tomo I, setembro, 2001, p. 203.

¹³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. “Objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental P”. In: *Repertório IOB de Jurisprudência – Tributário, Constitucional e Administrativo (Caderno 1)*, nº 11, 1ª quinzena de junho, 2001, p. 309.

Na realidade, caso prevalecesse o entendimento de Gilmar Ferreira Mendes, haveria uma imensa ampliação da utilização da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental que poderia servir como substitutivo das Ações Diretas de Inconstitucionalidade e de todos os demais instrumentos de controle de constitucionalidade concentrado no Brasil, o que sem dúvida não foi o objetivo traçado pelo Constituinte de 1988.

Assim, é uma pena ter a Lei nº 9.882/99 estendido literalmente a utilização da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental para solucionar controvérsias constitucionais provocadas por atos e leis municipais, estaduais e federais, o que sem dúvida não se apresenta como o objetivo e finalidade do instituto, ampliando de forma inconstitucional e desarrazoada seu âmbito de incidência como um suposto “incidente de inconstitucionalidade”.

Isto porque a Arguição cuida de “descumprimento” de preceitos fundamentais e não de meras controvérsias, mesmo que relevantes. O “descumprimento” a preceitos fundamentais neste plano deve ser claro, límpido e evidente, bem mais presente do que numa convencional arguição de inconstitucionalidade.

Neste ponto, a Lei nº 9.882/99 está a dizer mais do que a própria Constituição Federal de 1988 que não estatuiu a Arguição de Descumprimento como um “incidente de inconstitucionalidade”, mas sim como instrumento de defesa dos preceitos fundamentais descumpridos de forma direta e frontal ou na iminência de sê-los, seja por atitude comissiva ou omissiva do ente agressor.

Enfim, reitere-se que o “descumprimento” significa lesão, agressão a preceitos fundamentais, sendo intolerável a extensão da utilização do instituto como um “incidente de inconstitucionalidade”, significando isto um verdadeiro extrapolamento dos limites constitucionais, implicando ao contrário de proteção uma agressão sensível à ordem e ao equilíbrio constitucional brasileiro.¹⁴⁰

¹⁴⁰ A respeito da caracterização da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental como um “incidente de inconstitucionalidade”, ver principalmente os itens 1.1., 3.3. e 3.4. da presente Dissertação de Mestrado.

Outra questão importante reside no fato de que a Arguição somente deve ser manejada no caso do “descumprimento” ser direto/frontal, afetando ou tendo possibilidade de afetar de forma grave preceitos fundamentais.

Não se acredita viável a caracterização do “descumprimento” indireto/reflexo para fins de propositura da Arguição constitucional. Isto porque a referida Arguição é instrumento excepcional de jurisdição constitucional concentrada, só podendo ser utilizada de forma extraordinária para defesa da higidez constitucional na proteção dos preceitos fundamentais flagrante e diretamente atingidos, sob pena de assim não agindo banalizar-se o manejo do instituto.¹⁴¹

Bem clara é a lição de José Diniz de Moraes ao estabelecer a necessidade de um “descumprimento” claro, evidente e relevante ao preceito fundamental para a interposição da Arguição constitucional. Veja-se a lição do autor: “Os preceitos fundamentais dirigem-se diretamente à conduta do sujeito obrigado, a conduta que o viola constitui precisamente aquela que forma o **conteúdo material** de um dever jurídico (proibição ou imposição). Este conteúdo pode ser uma simples formalidade de observância necessária imposta constitucionalmente, a exemplo da observância de uma **quorum**, da publicação de um ato, da remessa de expedientes etc. Importa que seu conteúdo esteja determinado implícita ou explicitamente na Constituição e que o ato inquinado de vício seja um ato contrário, contraditório ou disforme ao prescrito, sem recurso a nenhuma outra fonte, senão a Constituição. Reflexamente, o preceito fundamental não pode ser violado. A transitividade não qualifica a relação jurídica criada por um **preceito fundamental típico**. (...) O **desrespeito generalizado aos direitos e deveres individuais e coletivos** enquadra-se no rol das possibilidades. Não importa aqui o número de envolvidos; a relevância se caracteriza pela **natureza da demanda**. Determinados comportamentos do Poder Público aviltam os direitos e garantias fundamentais e a repulsa pode fazer-se por este meio, mas o ato há de ser

¹⁴¹ No mesmo sentido, são utilizados os institutos constitucionais cogêneros do direito estrangeiro, tais como o *Writ of Certiorari*, Recurso Constitucional Alemão e o Recurso de Amparo Espanhol, sobre tal tema ver item 2.2. da presente Dissertação.

extraordinariamente ofensivo ou atingir um número considerável de cidadãos. Um ato isolado ofensivo à Constituição não vale”.¹⁴² (grifos no original)

Em sentido oposto, tem-se a perspectiva de Gilmar Ferreira Mendes, entendendo ser cabível a Arguição de Descumprimento quando, por exemplo, uma decisão judicial fundamentada ou não agredir a ordem jurídica sensível dos preceitos fundamentais. O autor assim defende sua tese: “Pode ocorrer lesão a preceito fundamental fundada em simples interpretação judicial do texto constitucional. Nesses casos, a controvérsia não tem por base a legitimidade ou não de uma lei ou de um ato normativo, mas se assenta simplesmente na legitimidade ou não de uma dada interpretação constitucional. No âmbito do recurso extraordinário, essa situação apresenta-se como um caso de decisão judicial que contraria diretamente a Constituição (art. 102, III, ‘a’). (...) Assim, o ato judicial de interpretação direta de um preceito fundamental poderá conter uma violação da norma constitucional. Nessa hipótese, caberá a propositura da arguição de descumprimento para se evitar a lesão a preceito fundamental resultante desse ato judicial do Poder Público, nos termos do art. 1º da Lei nº 9.882/99.) Problema igualmente relevante coloca-se em relação às decisões de única ou de última instância que, por falta de fundamento legal, acabam por lesar relevantes princípios da ordem constitucional. (...) Uma decisão judicial que, sem fundamento legal, afete situação individual revela-se igualmente contrária à ordem constitucional, pelo menos ao direito subsidiário da liberdade de ação. (...) Se se admite, como expressamente, estabelecido na Constituição, que os direitos fundamentais vinculam todos os poderes e que a decisão judicial deve observar a constituição e a lei, não é difícil compreender que a decisão judicial que se revele desprovida de base legal afronta algum direito individual específico, pelo menos o princípio da legalidade. (...) A Arguição de Descumprimento de preceito fundamental vem libertar o questionamento da decisão judicial concreta dessas amarras”.¹⁴³

¹⁴²MORAES, José Diniz de. “Arguição de descumprimento de preceito fundamental e direito do trabalho”. In: *Revista do Ministério Público do Trabalho do Rio Grande do Norte*, nº 03, nov, 2000, p. 110 e 112).

¹⁴³ MENDES, Gilmar Ferreira. “Objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental II”. In: *Repertório IOB de Jurisprudência – Tributário, Constitucional e Administrativo (Caderno 1)*, nº 12, 2ª quinzena de junho, 2001, pp. 334/335.

Data vênia, não se pode novamente concordar com Gilmar Ferreira Mendes devido à imensa extensão dada pelo mesmo ao “descumprimento”. Isto porque o referido “descumprimento”, a justificar a interposição da referida Argüição, deve ser algo realmente grave e excepcional, a fim de não desvirtuar a finalidade do instituto caracterizado pela subsidiariedade¹⁴⁴ a restringir a sua utilização (parágrafo 1º, do art. 4º, da Lei nº 9.882/99).

Além disto, o “descumprimento” pode ser perpetrado por meio de ato concreto – Ação (por exemplo, Lei, Ato do Poder Executivo), ou por Omissão¹⁴⁵ (por exemplo, quando não efetivada com regularidade as políticas públicas, nem regulamentados os direitos sociais constitucionalmente assegurados).

No aspecto da omissão, a Argüição de Descumprimento até poderia servir como instrumento mais hábil do que o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão na defesa das prerrogativas dos cidadãos, quando estes restarem afrontados em seus direitos constitucionais fundamentais diante especialmente da falta de normas infraconstitucionais reguladoras.

Em idêntica linha argumentativa, tem-se a lição de Walter Claudius Rothenburg ao delinear a importância da Argüição de Descumprimento para suplantar omissões inconstitucionais do Poder Público na regulamentação e garantia dos preceitos fundamentais. Veja-se a lição do autor: “Aliás, talvez seja o insucesso do mandado de injunção, com base na tacanha leitura de suas possibilidades (restritas, às mais das vezes, à censura do órgão estatal omissor, sem que se dê ao mandado de injunção a condição de suprir, ele próprio, a omissão de norma regulamentadora de direito constitucional), que justifique a utilidade da argüição de descumprimento de preceito fundamental em casos de omissão estatal. Não fora esse esvaziamento do mandado de injunção e seria sempre ele a primeira alternativa diante de lesões concretas a direitos constitucionais fundamentais provocadas por omissões do Poder Público, em face do

¹⁴⁴ Sobre o Princípio da Subsidiariedade relacionado à Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ver os itens 1.1., 1.2., 3.3. e 3.4. da presente Dissertação de Mestrado.

¹⁴⁵ Neste sentido, externa Juliano Taveira Bernardes: “A Lei 9.882/99 não especificou qual deva ser a natureza do ato lesivo, motivo pelo qual há de se entender abrangidos também os atos omissivos”. (BERNARDES, Juliano Taveira. “Argüição de descumprimento de preceito fundamental”. In: *Revista Jurídica Virtual da Subchefia para Assuntos Jurídicos da Presidência da República*, nº 08, http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/revista/Rev_08/arg_descump_Juliano.htm, janeiro de 2000).

caráter subsidiário da argüição (art. 4º, parágrafo 1º, da Lei nº 9.882). Contudo, a inocuidade que se tem emprestado ao mandado de injunção tira-lhe a condição de ‘outro meio eficaz de sanar a lesividade’, de modo que ele lamentavelmente não concorre com a argüição de descumprimento de preceito fundamental”.¹⁴⁶

Também, Daniel Sarmiento estabelece semelhante raciocínio ao destacar a importância da Argüição de Descumprimento para superação de omissões inconstitucionais na ordem jurídica pátria. Atente-se para as palavras do autor: “Com efeito, cumpre notar, em primeiro lugar, que a lesão a preceito fundamental da Constituição pode resultar de ato omissivo ou comissivo dos Poderes Públicos. E, dente as omissões que podem traduzir-se em ultraje aos preceitos magnos não há porque excluir-se aquelas imputáveis ao legislador”.¹⁴⁷

O próprio STF já aceitou julgar o mérito de uma Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 04) proposta pelo PDT contra a Medida Provisória nº 2.019/2000, que fixou o valor do salário-mínimo no Brasil. Através de tal Argüição constitucional, tenciona-se estabelecer a ocorrência de omissão do Poder Público no estabelecimento do *quantum* adequado do salário-mínimo, afetando preceito fundamental que garante um patamar salarial mínimo para o

¹⁴⁶ ROTHENBURG, Walter Claudius. “Argüição de descumprimento de preceito fundamental”. In: TAVARES, André Ramos & ROTHENBURG, Walter Claudius (orgs.). *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 216.

¹⁴⁷ SARMENTO, Daniel. “Apontamentos sobre a argüição de descumprimento de preceito fundamental”. In: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 224, abr/jun, 2001, p. 110. Também, Gilmar Ferreira Mendes destaca a importância da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental como instrumento para suplantarem omissões inconstitucionais do Poder Público a afetar preceitos fundamentais: “Dado que no caso de uma omissão parcial há uma conduta positiva, não há como deixar de reconhecer a admissibilidade, em princípio, da aferição da legitimidade do ato defeituoso ou incompleto no processo de controle de normas, ainda que abstrato. (...) Portanto, a principal problemática da omissão do legislador situa-se menos na necessidade da instituição de determinados processos para o controle da omissão legislativa do que no desenvolvimento de fórmulas que permitam superar, de modo satisfatório, o estado de inconstitucionalidade (...) O art. 10 da Lei nº 9.882, ao estatuir que o Supremo fixará as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental vulnerado, abre uma nova perspectiva, não por criar uma nova via processual, mas justamente por fornecer suporte técnico-legal em subsídio ao desenvolvimento de técnicas que permitam superar o estado de inconstitucionalidade decorrente da omissão”. (MENDES, Gilmar Ferreira. “Objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental II”. In: *Repertório IOB de Jurisprudência – Tributário, Constitucional e Administrativo (Caderno 1)*, nº 12, 2ª quinzena de junho, 2001, p. 333). Ver também, TAVARES, André Ramos. *Tratado de Argüição de Preceito Fundamental: (Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99)*. São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 217/200. Por fim, sobre o tema da utilização da Argüição de Descumprimento para suprir omissões inconstitucionais em sede do direito financeiro, ver CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. “A argüição de descumprimento de preceito fundamental – Instrumento de tutela do condicionamento constitucional – Leis financeiras e plano plurianual”. In: *Revista de Direito da UFMG*, nº 41, jan/jun, 2002, pp. 253/270.

atendimento das necessidades básicas do povo brasileiro nos termos do art. 7º, IV, da CF/88.¹⁴⁸

Portanto, o “descumprimento”, a justificar a utilização da Arguição constitucional, poderá ser tanto por ação quanto por omissão, devendo ser potencializada sempre neste aspecto a proteção aos preceitos fundamentais.

Assim, defende-se que a Arguição referida deva ser utilizada para obstar o “descumprimento” dos preceitos fundamentais com temperamento e de forma excepcional, principalmente quando o dano consubstanciado for maior do que o usual, afetando de forma indelével a ordem constitucional, sob pena de desvirtuamento das finalidades do instituto constitucional.

Num âmbito objetivo, uma última questão importante está na discussão acerca do tipo e forma de apresentação da prova processual de existência do “descumprimento” dos preceitos fundamentais.

Esta prova deve ser clara e evidente, demonstrando-se com clareza a agressão aos preceitos fundamentais, a fim de que possa ser admitida e provida a Arguição de Descumprimento interposta.

Bem clara a lição de Baruch Spinoza Pimentel ao delinear a forma de comprovação do “descumprimento” no âmbito processual da Arguição. Veja-se o raciocínio do autor: “Não obstante todo o procedimento para levantar a hipótese de norma inconstitucional ou de flagrante infração direta a comando da própria CF, a prova a ser apresentada deverá conter, sob pena de ilogicidade, ineficácia e conseqüente possível derrota no processo, três aspectos básicos. (...) O primeiro deles se refere ao objeto do material probante. Tem o prejudicado o dever de trazer à baila processual tudo aquilo a servir para demonstrar a efetiva ocorrência do resultado da publicação e da execução do ato administrativo. (...) A segunda característica importante da provadura na ADPF é a sua concreta finalidade, o seu alvo. Depois de explicitado o objeto através

¹⁴⁸ Sobre a admissibilidade da ADPF nº 04 para fins de julgamento perante o STF, ver Informativo do STF nº 264 de 15 a 19 de abril de 2002. In: <http://www.stf.gov.br/>. Sobre esta e outras decisões do Pretório Excelso, em sede de Arguições de Descumprimento de Preceitos Fundamentais, ver item 3.4. da presente Dissertação de Mestrado.

da publicação do ato e sua execução, a finalidade dessa prova é mostrar que a consequência imediata da existência daquele ato foi a lesão do direito ocorrida. (...) O último traço característico do material probatório dentro do procedimento da ADPF é o destinatário desse material. Como o assunto envolvido no processo de ADPF é eminentemente envolvendo direito público, justamente por tratar de ato baixado pela Administração Pública, sugere ser o receptor maior da prova o próprio ente público autor do cogitado ato que deu causa ao gravame, objeto daquela ADPF”.¹⁴⁹

Advirta-se que a não demonstração da relevância do “descumprimento” poderá conduzir, até mesmo, ao indeferimento de plano da petição inicial da Arguição constitucional.¹⁵⁰

Enfim, no aspecto objetivo, como conceito relacional, o “descumprimento”, a justificar a utilização da Arguição constitucional, deveria se restringir à proteção dos preceitos fundamentais relevantemente afrontados ou na iminência de sê-los por atos diretos e frontais, omissivos ou comissivos, sendo o extrapolamento de tais limites uma agressão sensível à ordem constitucional pátria.

2.1.3. Os limites subjetivos do descumprimento

Também, como já delineado na Lei nº 9.882/99, no plano subjetivo, o “descumprimento” de preceitos fundamentais ficou restrito a combater atos perpetrados pelo Poder Público. Além disto, nos termos da lei, somente pode ser proposta a Arguição pelas mesmas pessoas e entes legitimados para intentar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (Art 1º, *caput* c/c art. 2º da referida Lei)

¹⁴⁹ PIMENTEL, Baruch Spinoza. “Da problemática da prova na arguição de descumprimento de preceito fundamental”. In: *Jus Navigandi*, ano: 6, nº 55, <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2727>, maio de 2002.

¹⁵⁰ Com semelhante entendimento, a lição de Érika da Rocha von Sohsten: “Observando a lei 9.882/99 com mais atenção, ver-se-á uma obrigação, tão somente, para apresentação de prova do preceito fundamental constitucional infringido, conforme o art. 3º, inciso III da Lei nº 9.882/99. (...) Diante disso, é importante considerarmos a possibilidade de que, caso o requerente não tenha idéia, o que é possível, daquilo que acredite estar obrigado a provar, sofrerá indeferimento liminar sob a luz do art. 4º da mesma norma”. (SOHSTEN, Érika da Rocha Von. “Arguição de descumprimento de preceito fundamental: um estudo crítico”. In: *Jus Navigandi*, ano: 7, nº 60, <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3370>, março 2003).

Nestes pontos, entende-se que a referida Lei nº 9.9882/99 foi deveras restritiva, merecendo ser criticada.

Primeiramente, nos termos da Lei nº 9.882/99, deve-se compreender qual o Poder Público é causador de afrontas a “preceitos fundamentais”. Seriam apenas os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ou também entes e pessoas privadas no exercício do “*munus publico*” que descumprirem preceitos fundamentais a justificar a interposição da Argüição constitucional?

Entende-se que a expressão “Poder Público” deve ser compreendida em sentido amplo, englobando inclusive os entes privados que desempenham atividades inerentes ao Estado, em benefício da necessidade de maior proteção aos preceitos fundamentais. Neste sentido, bem clara a lição de Walter Claudius Rothenburg: “Uma Interpretação conforme a Constituição (do caput do artigo 1º da Lei nº 9.882/99) impõe-se, para admitir a argüição também na eventualidade de o preceito fundamental ser violado por ato de particular em condições de equiparação a ato do Poder Público”.¹⁵¹

Também, Daniel Sarmento delinea, com precisão, a necessidade de proteção aos preceitos fundamentais em relação a atos agressivos perpetrados por entes privados nas atividades em substituição do Estado. Claras as palavras do autor: “Parece-nos que os atos privados que, pela sua natureza, forem equiparáveis à ação estatal, poderão sujeitar-se também ao controle por via da ADPF, caso inexista outro meio para sanar a lesividade. Num contexto como o atual, em que a tônica constitui a substituição do Estado por atores privados, através de desestatizações, terceirizações, parcerias com a iniciativa privada, e outros mecanismos assemelhados, é assaz importante vincular estes atores ao respeito aos direitos fundamentais e à Constituição, através de todos os meios e remédios disponíveis”.¹⁵²

¹⁵¹ ROTHENBURG, Walter Claudius. “Argüição de descumprimento de preceito fundamental”. In: TAVARES, André Ramos & ROTHENBURG, Walter Claudius (orgs.). *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 217.

¹⁵² SARMENTO, Daniel. “Apontamentos sobre a argüição de descumprimento de preceito fundamental”. In: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 224, abr/jun, 2001, pp. 102.

O limite subjetivo do “descumprimento” deveria ser bem mais amplo do que o acima delineado, englobando qualquer tipo de ato gravoso, seja da lavra do Poder Público, da iniciativa privada ou de qualquer cidadão, quando tais atos afetassem os preceitos fundamentais de forma indelével e sensível.

Neste sentido, é bastante criticada a restrição da utilização da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental apenas contra atos do Poder Público. Clara a lição de Eduardo Rocha Dias neste sentido: “Delimita o objeto da arguição, porém, em ‘evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público’ (artigo 1º). Afasta-se, a princípio, a possibilidade de se alegar descumprimento de preceito fundamental face a entidades privadas, como seria a hipótese de uma política discriminatória de recrutamento de pessoal quanto ao sexo, raça ou orientação sexual adotada por alguma empresa privada. A atitude lesiva deve decorrer, portanto, de ato do poder público, o que por si só constitui uma limitação às virtualidades do instituto”.¹⁵³

De forma idêntica, Daniel Sarmiento assevera que os atos de particulares são tão agressivos aos preceitos fundamentais quanto os atos do Poder Público, não se justificando a restrição da utilização da Arguição de Descumprimento somente contra estes. A perspectiva do autor é evidente neste sentido: “No entanto, a ADPF não é, infelizmente, instrumento hábil para o controle do respeito das normas constitucionais, por entidades não estatais, no exercício de atividades tipicamente privadas. Neste particular, pecou por omissão o legislador, que poderia ter aproveitado o novo instrumento para reforçar a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, criando instituto que permitisse ao Supremo Tribunal Federal, nos casos mais graves e emblemáticos de lesão coletiva, proteger o respeito aos direitos humanos no domínio das relações privadas”.¹⁵⁴

Realmente, de forma deveras questionável, o Legislador Pátrio restringiu a utilização da Arguição de Descumprimento apenas para sanar casos de agressões perpetradas pelo Poder Público, afastando o manejo deste instituto nas situações de

¹⁵³ DIAS, Eduardo Rocha. “Alterações no Processo de Controle Abstrato de Constitucionalidade e Extensão do Efeito Vinculante à Ação Direta de Inconstitucionalidade e à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental”. In: *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 55, abril, 2000, pp. 67/68.

¹⁵⁴ SARMENTO, Daniel. “Apontamentos sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental”. In: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 224, abr/jun, 2001, pp. 102

descumprimentos a preceitos fundamentais cometidos por entes privados, muitos dos quais extremamente danosos em face de seu grande poder de barganha e influência no meio social.

Além disto, no pólo ativo processual, para interposição da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, apenas restaram legitimados aqueles que detêm autorização constitucional para propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade (inciso I, do art. 2º, da Lei nº 9.882/99).

Assim, o cidadão comum não pode manejar a Argüição constitucional, sofrendo, entretanto, no mais das vezes os efeitos dos “descumprimentos” decorrentes de atos, normas do Poder Público, especialmente quando restam agredidos relevantes direitos fundamentais.¹⁵⁵

Para fins de interposição do instituto constitucional, os opositores¹⁵⁶ à ampliação do âmbito do “descumprimento” estabelecem que a extensão a todos os cidadãos da legitimidade para propor a Argüição, bem como a utilização do instituto para obstar os atos privados descumpridores dos preceitos fundamentais, acabaria por inviabilizar os trabalhos em sede do Supremo Tribunal Federal – STF, não auxiliando pragmaticamente em uma maior proteção aos preceitos fundamentais que já teriam inclusive proteção individual ou coletiva através de ações constitucionais específicas (mandado de segurança, *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de injunção, ação civil pública, ação popular, etc...).

Tais teses não convencem. Isto porque, mesmo ampliando as bases subjetivas e materiais de cabimento da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, esta continuaria sendo um instrumento excepcional de utilização somente em situações relevantes, tal como ocorre no plano estrangeiro com o *Writ of Certiorari* Norte-Americano e o Recurso Constitucional Alemão,¹⁵⁷ por exemplo, tendo o Supremo

¹⁵⁵ Sobre a posição do cidadão em geral em sede da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ver principalmente os itens 3.2. e 3.4. da presente Dissertação.

¹⁵⁶ Cf. MENSAGEM Nº 265, de 2000-CN (nº 1.807/99, na origem). Diário do Congresso Nacional – Sessão conjunta, março de 2000, pp. 04593/04599.

¹⁵⁷ A respeito destes institutos de direito constitucional estrangeiro, ver os itens 1.2.2., 1.2.3., 1.2.4. e 3.4. da presente Dissertação de Mestrado.

Tribunal Federal – STF o papel sensível na interpretação razoável a ser dada ao novel instituto.

Na realidade, as restrições subjetivas e materiais impostas à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental pela Lei nº 9.882/99 reduziram bastante o âmbito de utilização do instituto, levando-nos a questionar até mesmo se a novel Arguição constitucional serve mais ao Poder Público em sentido estrito (Governo), para convalidação de seus questionáveis atos e políticas públicas e econômicas perante o Poder Judiciário, do que para proteção efetiva de preceitos fundamentais e da cidadania.¹⁵⁸

Isto porque, efetivamente, os atos cometidos por pessoas e entes em sede privada são muitas vezes mais agressivos ao ser humano e à ordem constitucional do que os atos do Poder Público, especialmente em virtude dos tão discutidos fenômenos da globalização e massificação das relações sociais.

Além disto, a vedação da legitimação processual dos cidadãos, em sede da Arguição constitucional, aparenta ser uma restrição exagerada e antidemocrática do instituto, que deveria ser um baluarte principal de proteção da ordem jurídico-constitucional sensível (preceitos fundamentais) e da cidadania no Brasil.

Enfim, no plano subjetivo, nos termos da Lei nº 9.982/99, o “descumprimento” somente pode ser causado por ato do Poder Público, cometido pelo Estado ou ente privado em substituição, tendo apenas autorização legal para interpor a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental as mesmas pessoas legitimadas à propositura das Ações Diretas de Inconstitucionalidade, sendo estas restrições legais deveras questionáveis no âmbito do instituto referido, conforme acima restou delineado.

2.1.4. O descumprimento: a busca de sua essência

¹⁵⁸ Cf. MANDELLI JÚNIOR, Roberto Mendes. “Arguição de descumprimento de preceito fundamental: em defesa do Estado Social Democrático de Direito”. In: <http://www.pge.sp.gov.br/Teses/mandelli.htm>, maio de 2003.

Por tudo visto, o “descumprimento” tem sua caracterização própria como elemento específico para o cabimento da Argüição ora estudada.

Para além da teoria da inconstitucionalidade, pode ser o “descumprimento” cometido por meio de norma ou ato concreto, via ação ou omissão do ente coator, apresentando-se como uma agressão/lesão direta e frontal a preceitos fundamentais decorrentes da Constituição Federal de 1988.

Importante reforçar que o “descumprimento” deve ser grave, danoso e flagrantemente evidente a justificar a utilização da medida excepcional da Argüição constitucional, objetivando a proteção aos preceitos fundamentais sensíveis da ordem jurídica pátria (Princípio da Subsidiariedade). Até porque não se deve igualar instrumentos constitucionais a meras ações ordinárias convencionais, banalizando institutos excepcionais como a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental analisada.

Entretanto, o respeito à excepcionalidade do instituto constitucional não deverá diminuir o alcance e a utilização da Argüição referida, apenas o “descumprimento” deve ser de tal forma evidente a justificar o manejo e a concessão da proteção pela via constitucional referida.

Atentando-se, ainda, que descumprir/agredir/lesar preceitos fundamentais não é só obra do Poder Público, mas também de particulares que cometem muitas vezes agressões até mais graves aos preceitos fundamentais; merece, neste ponto, ser alterada a Lei nº 9.882/99 para ampliar os atos passíveis de questionamento pela via excepcional da Argüição constitucional ora analisada.¹⁵⁹

Além disto, a vedação subjetiva do manejo da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental por parte dos cidadãos comuns mostra-se no mínimo precipitada, podendo também a Lei nº 9.882/99 ser modificada para admitir a participação do cidadão em geral em sede da Argüição de Descumprimento, balizando

¹⁵⁹ Sobre propostas de modificação legal e interpretativa da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ver detalhamentos no item 3.4. da presente Dissertação.

então o Supremo Tribunal Federal – STF a admissibilidade do instituto constitucional como instrumento jurídico e até educacional de defesa dos preceitos fundamentais e das prerrogativas da cidadania no Brasil.¹⁶⁰

Enfim, vistos acima os limites objetivos e subjetivos, o “descumprimento” deve ser compreendido como a lesão, agressão flagrante a preceitos fundamentais que de forma urgente necessitam da proteção excepcional do Pretório Excelso (STF) por meio do instituto constitucional da Arguição destacada, a fim de evitar ou sanar um dano incalculável aos preceitos fundamentais da ordem jurídico-constitucional e aos direitos fundamentais dos cidadãos.

Como conceito relacional de pertinência, a compreensão integral do “descumprimento” na Arguição constitucional somente se perfaz com a análise detida do objeto descumprido, qual seja: os preceitos fundamentais a seguir destacados.

2.2. Os Preceitos Fundamentais

Ainda mais polêmica do que a caracterização do “descumprimento”, é a delimitação do conteúdo dos “preceitos fundamentais”, expressão estampada no parágrafo 1º, do art. 102, da Constituição Federal Brasileira de 1988, constituindo o objeto de proteção da Arguição constitucional.

Para sua compreensão, resta atestado inicialmente que somente neste dispositivo constitucional (parágrafo 1º, art. 102, da CF/88) a expressão preceitos fundamentais é destacada e protegida por um novo instituto, qual seja: a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, regulamentada no sistema jurídico-constitucional pátrio pela Lei nº 9.882/99.

¹⁶⁰ Sobre a posição do cidadão em face da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e propostas para sua modificação, ver o item 3.2. e 3.4. da presente Dissertação.

Estes “preceitos fundamentais” são de alta relevância para o sistema político-jurídico-constitucional pátrio, até por isto que sua garantia e proteção é o objeto central de proteção da Argüição de Descumprimento.

Mesmo dando o Constituinte tanto relevo e proteção normativa aos preceitos fundamentais, não se delimitou, seja na Carta Magna ou na Lei nº 9.882/99, o conteúdo destes preceitos que são tão fundantes e merecem uma garantia constitucional diferenciada pela própria Corte Suprema Brasileira (STF) em caso do descumprimento.

Neste tópico, as indagações que surgem são: 1-) Qual o conteúdo destes preceitos fundamentais?; 2-) São os preceitos fundamentais: normas, princípios, valores ou outra categoria jurídica?; 3-) Como delimitar o alcance e a influência dos preceitos fundamentais no contexto político-constitucional para fins de proteção via Argüição de Descumprimento?

A tentativa de delimitação do conteúdo dos preceitos fundamentais é o objetivo precípua deste tópico, no qual se delineará dentro de uma perspectiva crítica o alcance, sentido e caráter axiológico destes preceitos para o direito em geral e o direito constitucional brasileiro em particular.

Para obter uma delimitação do teor dos preceitos fundamentais, foi procedida à análise da legislação e doutrina pátrias, bem como das modernas Teorias de Interpretação Constitucional, dando também um enfoque jusfilosófico à temática com a intenção de empreender uma razoável compreensão deste objeto de proteção da Argüição de Descumprimento.

Ao final deste item, perceber-se-á que os preceitos fundamentais de uma ordem normativa não são meras normas ou princípios, mas sim os valores fundantes da mesma, apoiados no direito positivo delineado nas Cartas Magnas dos Estados Modernos, devendo, assim, serem regradados, concretizados, construídos e modificados dentro da contextura da sociedade aberta e global, sempre apoiada na finalidade última do direito de proteção à dignidade da pessoa humana.

2.2.1. Os preceitos fundamentais: visão do direito positivo e da doutrina pátria

Para se fazer uma análise do teor de direito positivo da expressão preceitos fundamentais, contida no parágrafo 1º, do art. 102, da CF/88, vale a pena observar o projeto de lei que regulamentou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, bem como a doutrina constitucional específica.

No Substitutivo do Projeto-de-Lei nº 2.872 de 1997, o relator na Câmara dos Deputados, Deputado Prisco Viana, ressaltou que a proteção aos preceitos fundamentais seria um benefício para cidadania: “Na realidade, o instituto constitucional da arguição de descumprimento deve alcançar atos do Poder Público, e sob essa dimensão e ótica dilatadas deve ser disciplinado, em benefício da cidadania, inclusive, para atender situações outras merecedoras do mesmo amparo processual”.¹⁶¹

Entretanto, ao final, quando o Projeto-de-Lei na forma do seu substitutivo foi sancionado, houve o veto presidencial ao dispositivo que legitimava qualquer cidadão a intentar a Arguição de Descumprimento para proteção de preceitos fundamentais. Vejam-se as razões do veto presidencial: “A disposição insere um mecanismo de acesso direto, irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal sob a alegação de descumprimento de preceito fundamental por ‘qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público.’ A admissão de um acesso individual e irrestrito é incompatível com o controle concentrado de legitimidade dos atos estatais – modalidade em que se insere o instituto regulado pelo projeto de lei sob exame (...) Impõe-se, portanto, seja vetada a disposição em comento”.¹⁶²

Mesmo com o veto, percebe-se que a *mens legislatoris* aponta os preceitos fundamentais como um reduto de proteção dos cidadãos.¹⁶³

¹⁶¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2000, p. 459.

¹⁶² MENSAGEM Nº 265, de 2000-CN (nº 1.807/99, na origem). Diário do Congresso Nacional – Sessão conjunta, março de 2000, p. 04595.

¹⁶³ Sobre a *mens legis* (vontade da lei) e a *mens legislatoris* (vontade do legislador), ver: STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(em) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, e STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica (Uma Nova Crítica do Direito)*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

Entretanto, em nenhum momento, nas discussões para aprovação do Projeto-de-Lei, asseveraram os parlamentares ou o Presidente da República quais seriam estes preceitos fundamentais e em que consistiriam de forma dogmática e positiva seu conteúdo.

Além disto, como já ressaltado, a Carta Magna de 1988 não delimitou expressamente quais seriam os preceitos fundamentais, mencionados no parágrafo 1º, do art. 102, nem tampouco na Lei nº 9.882/99, que regulamentou a argüição de descumprimento, asseverou-se quais seriam estes preceitos fundamentais.

Percebe-se pelos arts. 1º, *caput*, art. 3º, incisos e parágrafo 3º, todos da Lei nº 9.882/99, que existem menções expressas a: 1-) “lesões a preceitos fundamentais” podem ocorrer; 2-) “necessidade de indicação do preceito fundamental” na petição da Argüição de Descumprimento; 3-) “necessidade de prova da violação do preceito fundamental” na petição da Argüição referida. Só que em nenhum momento se delinea o conteúdo destes preceitos.

Isto tudo provoca uma grande perplexidade na doutrina e na jurisprudência pretorianas, questionando-se onde se situam na Constituição Federal os referidos preceitos fundamentais, e se são eles normas/regras, princípios ou uma categoria jurídica diferenciada.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho destaca que não se pode diferenciar dentro da Constituição normas com caráter não fundamental e fundamental. Apresenta, assim, o autor sua indignação quanto à expressão preceitos fundamentais, asseverando que todas as normas constitucionais são cogentes e não existem umas a merecerem maiores proteções do que outras. Veja-se: “A previsão desta argüição, presente desde a redação primitiva da Lei Magna, e, depois da Emenda nº 3/93, art. 102, parágrafo 1º, sempre deixou intrigados os estudiosos. (...) As razões disto são fácies de compreender. Uma é dar a entender que na Constituição há normas fundamentais e normas não fundamentais. Ora, disto se pode extrair a idéia de que há uma diferença entre estas no seu *status*, o

que contraria a doutrina tradicional, pacífica, de que todas as regras constitucionais são igualmente cogentes”.¹⁶⁴

Este autor, então, defende que todos os preceitos e dispositivos da Constituição são preceitos fundamentais, não delineando qualquer diferenciação funcional, material nem valorativa entre os diversos elementos constantes na Carta Magna.

Já, Celso Bastos e Alexis Gálias entendem como preceitos fundamentais, a serem protegidos pela Arguição de Descumprimento, os preceitos maiores da Carta Política que urgem por garantias especiais. Atente-se: “A constituição, ao referir-se a preceitos fundamentais, demonstra o papel que o veículo processual visa cumprir, que é o de proteger a Nação das situações que violentam aquilo que lhe é mais sagrado, e que há de mais valoroso no sistema jurídico. Não é a lesão a qualquer norma formalmente constitucional que poderá ensejar a arguição. Haverão de ser levados em conta os preceitos maiores da Carta Política, que, por não estarem definidos na legislação em comento, demandarão um trabalho doutrinário e jurisprudencial”.¹⁶⁵

Afirmam, portanto, estes autores que os preceitos fundamentais serão delineados em trabalhos doutrinários e jurisprudenciais, não dando conteúdo certo aos mesmos. Mantém-se, assim, Celso Bastos e Aléxis Gálias - *data vênia* - dentro de uma postura formalista sem dar conteúdo à sua teoria.

Se não são meras regras e como tem supostamente o patamar de alta densidade semântica-pragmática, pode-se questionar se os preceitos fundamentais não seriam os princípios constitucionais. Um conceito de princípios na órbita constitucional é bem asseverado por Ivo Dantas, que leciona: “Para nós, PRINCÍPIOS são categoria

¹⁶⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. “O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade (Leis nº 9.868, de 10 de novembro e nº 9.982, de 3 de dezembro de 1999)”. In: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 220, abr/jun, 2000, p. 13. Em sentido contrário, há autores como Luís Roberto Barroso que admitem a hierarquização até mesmo entre princípios constitucionais, ver: BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1ª edição, 1996 e BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidade da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

¹⁶⁵ BASTOS, Celso Ribeiro & VARGAS, Alexis Galiás de Souza. “Arguição de descumprimento de preceito fundamental”. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano: 8, nº 30, jan/mar, 2000, p. 31.

lógica e, tanto quanto possível, universal, muito embora não possamos esquecer que, antes de tudo, quando incorporados a um sistema jurídico-constitucional-positivo, refletem a própria estrutura ideológica do Estado, como tal, representativa dos valores consagrados por uma determinada sociedade”.¹⁶⁶

Entretanto, esta tese principiológica dos preceitos fundamentais não merece acolhida na doutrina, já que os preceitos envolveriam regras e princípios ao mesmo tempo, não se reduzindo a meros programas, já que visam à garantia de toda ordem constitucional. Veja-se a lição de José Afonso da Silva neste sentido: “aquele dispositivo (art. 102, parágrafo 1º, da CF/88) poderá ser fértil como fonte de alargamento da jurisdição da liberdade a ser exercida pelo nosso Pretório Excelso. (A expressão preceitos fundamentais) É mais ampla, abrange a estes e todas as prescrições que dão o sentido básico do regime constitucional, como são, por exemplo, as que apontam para autonomia dos Estados, do Distrito Federal e especialmente as designativas de direitos e garantias fundamentais”.¹⁶⁷

Não obstante tal afirmação, não enuncia José Afonso da Silva quais seriam os preceitos fundamentais de forma clara e precisa, não delineando o seu conteúdo essencial, incorrendo na elaboração de uma teoria igualmente formal.

Já, Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho assevera expressamente que os preceitos fundamentais são os grandes princípios e as regras basilares da Constituição. Registre-se esta perspectiva: “Insta observar que a Constituição da República estabelece, por meio da previsão dessa ação, mais um instrumento de defesa concentrado ou abstrato de constitucionalidade, desta feita dando maior proteção aos seus preceitos fundamentais, ou seja, aos grandes princípios e regras basilares da Constituição. (...) Tendo sido constitucionalmente prevista a referida ação de forma genérica, quis a nossa Carta Magna que a arguição de descumprimento de preceito fundamental fosse amplamente regulamentada por lei ordinária, dentro do espírito

¹⁶⁶ DANTAS, Ivo. *Princípios constitucionais e interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Ltda, 1995, p. 59. Ainda sobre princípios, ver SANTOS, Marcos André Couto. “A Hermenêutica Jurídica e as Diversas Espécies de Interpretação do Direito”. In: *Estudantes – Caderno Acadêmico*, ano: 2, nº 3, jan/jun, 1998, pp. 27/40.

¹⁶⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 16ª edição, 1999, p. 530.

constitucional de se obstar que quaisquer atos comissivos ou omissivos, bem como leis ou atos normativos atinjam esses valores constitucionais basilares”.¹⁶⁸

Mesmo assim, este autor não delimita o conteúdo dos preceitos fundamentais, asseverando apenas que protegem valores constitucionais, incorrendo nos mesmos equívocos formalistas das demais teorias enfocadas.

Tenta, ainda, Thomas da Rosa Bustamante estabelecer uma tipologia de quais seriam os preceitos fundamentais, como um conjunto normativo e extra-normativo que constitui o fundamento do sistema constitucional. Acompanhe esta lição: “a Constituição expressamente utilizou o adjetivo ‘fundamental’, para designar que somente as normas que servem de fundamento ao edifício constitucional merecem a proteção pela referida ação. Não conferiu o constituinte, portanto, a faculdade da lei simplesmente estender a proteção a todos os dispositivos da Constituição Federal. Caberia ao legislador, para respeitar a regra constitucional definidora da competência, buscar na Constituição as normas que constituem o núcleo principiológico essencial do Estado de Direito Brasileiro, devendo necessariamente ser englobados os princípios contidos no Título I, bem como nas garantias do artigo 60 da Carta Política. Impunha-se ao legislador, assim, definir normativamente o que seja ‘preceito fundamental’, ao invés de propositadamente omitir-se como se todas as normas constitucionais fossem de natureza fundamental. (...) Esclareça-se, entretanto, que não se pretende aqui estabelecer uma hierarquia formal entre normas da Lei Maior, mas tão-somente se reconhece que dentro desta há normas definidoras de princípios de categoria axiológica superior. Desse

¹⁶⁸ SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. "Arguição de descumprimento de preceito fundamental". In: *Repertório IOB de Jurisprudência – Tributário, Constitucional e Administrativo (Caderno 1)*, nº 17, 1ª quinzena de março, 2000, p. 448. No mesmo sentido, vale ressaltar a lição de Helder Martinez Del Col: “De nossa parte, preferimos a concepção mais ampla, que conceda ao instituto da arguição de descumprimento de preceito fundamental um espectro de aplicabilidade abrangente, capaz de assegurar um controle efetivo da constitucionalidade, mesmo onde outras medidas, a despeito de previstas, não lograram tal êxito, podendo ser cabível tanto em situações de ameaça ou violação de qualquer preceito fundamental, assim entendidos tanto aqueles de maior conteúdo axiológico, quanto todos os demais previstos no bojo da Constituição e dela decorrentes, aqui incluindo os demais direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais, agasalhados pelo art. 5º, parágrafo 2º”. (COL, Helder Martinez Dal. “O significado da expressão ‘preceito fundamental’ no âmbito da arguição de descumprimento de preceitos fundamentais prevista no art. 102, parágrafo 1º, da CF.” In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano: 10, n. 39, abr/jun, 2002, p. 183).

modo, há sustentação jurídica para a proteção especial de determinados preceitos de conteúdo fundamental”.¹⁶⁹

Ao final, entretanto, assevera que pode haver outros preceitos fundamentais não positivados, cabendo ao STF e aos intérpretes aclará-los para manutenção da ordem constitucional. Assim, conclui o citado autor: “Diante da ausência de definição de quais as normas protegidas pela argüição, deve o julgador preencher a moldura da norma com base na teoria dos conceitos normativos (na nomenclatura de Karl Engisch), remetendo para o destinatário da norma a tarefa de, através de uma valoração própria, dizer o que seja ‘preceito fundamental’ e, portanto, quais matérias poderiam ser questionadas pela via da Argüição de descumprimento de preceito fundamental. Assim, cumpre esclarecer que caberá ao Supremo, ao apreciar *in concreto* as ações, dizer se a matéria invocada goza da proteção deste remédio processual”.¹⁷⁰

De igual forma, Oscar Vilhena Vieira delinea que o STF e os demais intérpretes da Constituição irão estabelecer quais são os preceitos fundamentais a merecer proteção constitucional qualificada, destacando o autor inclusive, de forma inovadora e ampliadora, que os tratados internacionais de direitos humanos seriam também preceitos basilares a merecer amparo através da Argüição de Descumprimento. Veja-se a lição: “Apesar destas críticas, ao intérprete constitucional cumpre extrair o máximo de eficácia dos preceitos constitucionais, ainda mais dos definidores de direitos, que têm aplicabilidade imediata. Neste sentido parece pertinente afirmar que a locução legal, ou melhor, a omissão do legislador em relação ao termo *decorrente*, não pode inviabilizar a devida aplicação dos arts. 5º, parágrafo 2º, e 102, parágrafo 1º; logo, a Lei 9.882/99 não só não inviabiliza o controle dos atos face os direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição, ou presentes em tratados de direitos humanos, como serve para regulamentar esta prática. Pois, independentemente da intenção daqueles que redigiram o projeto de lei, fato é que objetivamente a lei, ao não definir preceito fundamental, delegou ao intérprete esta missão. Neste aspecto não me

¹⁶⁹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. “A argüição de descumprimento de preceito fundamental e sua regulamentação pela Lei nº 9.8882, de 3 de dezembro de 1999. Incidente de inconstitucionalidade ?” In: *Jus Navigandi*, ano: 4, nº 40, <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=238>, 06 de abril de 2000.

¹⁷⁰ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. “A argüição de descumprimento de preceito fundamental e sua regulamentação pela Lei nº 9.8882, de 3 de dezembro de 1999. Incidente de inconstitucionalidade ?” In: *Jus Navigandi*, ano: 4, nº 40, <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=238>, 06 de abril de 2000.

parece haver interpretação mais adequada, pois deriva da Constituição, e não da intenção de reprimir sua vontade normativa. Do que se deve concluir pela possibilidade de se recorrer ao Supremo Tribunal Federal toda vez que houver uma violação de direito decorrente do regime e dos princípios adotados pela Constituição ou de tratado internacional de direitos humanos do qual o Brasil seja parte”.¹⁷¹

Também, ressaltando a dificuldade em determinar se o conteúdo dos preceitos fundamentais seriam normas, princípios, essência da Constituição, bem evidente Maria Garcia em suas indagações. Veja-se: “Caberá perquirir, portanto, quais ‘preceitos fundamentais decorrentes’ da Constituição serão objeto da arguição de descumprimento, ou seja, todos aqueles diretamente vinculados à Constituição naquilo que representa a sua essência, ao espírito da Constituição; na Constituição em seu sentido substancial: ‘conjunto de normas estruturais de uma determinada sociedade política’, no conceito de Celso Bastos ou, conforme Canotilho, ‘uma ordem-quadro moral e racional do discurso político e uma norma fundante e superior do ordenamento jurídico, estruturada com base em regras e princípios identificadores da nossa comunidade jurídica’”.¹⁷²

Acaba por concluir Maria Garcia que aferir o conteúdo prévio e específico dos preceitos fundamentais é difícil e só virá diante de cada caso concreto apreciado. Destaque-se: “E isto, evidentemente, escapa de uma enunciação predeterminada, mas virá a ser verificada caso a caso. O que fica, sim, a priori certo e determinado é a possibilidade da arguição”.¹⁷³

Ora, percebe-se que tanto Maria Garcia, quanto Thomas Rosa de Bustamante e Oscar Vilhena Vieira, deixam grande espaço sem delimitação do teor e conteúdo específico do que seriam os preceitos fundamentais, tornando igualmente inseguras as suas delimitações.

¹⁷¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal – Jurisprudência Política*. São Paulo: Malheiros Editores, 2ª edição, 2002, p. 133.

¹⁷² GARCIA, Maria. “Arguição de descumprimento: direito do cidadão”. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano: 8, nº 32, jul/set, 2000, p. 103.

¹⁷³ GARCIA, Maria. “Arguição de descumprimento: direito do cidadão”. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano: 8, nº 32, jul/set, 2000, p. 103.

Toda esta controvérsia aparece fruto exatamente da inexistência de uma clara delimitação constitucional, legal e doutrinária do conceito dos preceitos fundamentais. A própria Corte Excelsa (STF) ainda não estabeleceu o conteúdo básico da expressão preceito fundamental a merecer proteção especial.

Em outros sistemas jurídicos, como o espanhol, já há doutrina e jurisprudência destacando quais os valores supremos da Constituição merecem amparo especial, destacando-se que o próprio Tribunal Constitucional e o labor hermenêutico delimitaram o sentido e alcance do conteúdo destes valores, permanecendo mesmo assim ainda uma falta de substantividade/contéudo na busca do teor dos preceitos fundamentais naquela ordem jurídico-constitucional.¹⁷⁴

Como resta evidente, em sede doutrinária, não se tem claro o conteúdo dos preceitos fundamentais, nem tampouco a posição destes na seara jurídica, sejam como normas, princípios ou outra categoria jurídica.

Deve-se asseverar, então, a necessidade premente de buscar um conteúdo para estes preceitos para além das regras e princípios constitucionais, como verdadeiros valores a merecer correta delimitação à vista da hermenêutica jurídico-constitucional e da filosofia.

2.2.2. Os preceitos fundamentais diante das novas teorias da hermenêutica

A hermenêutica jurídica e especialmente a hermenêutica constitucional atual vão auxiliar na busca do significado e conteúdo dos preceitos fundamentais, como a seguir restará evidenciado.

¹⁷⁴ Sobre o caso espanhol, ver: FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín Arce y. *Los principios Generales de Derecho y su Formulación Constitucional*. Madria: Civitas, 1ª edição, 1990. Ver também o item 1.2.3. da presente Dissertação de Mestrado

A hermenêutica clássica buscava delinear as técnicas de interpretação das normas com base em métodos tradicionais quiçá conhecidos, tais como: literal, lógico, teleológico, histórico, sistemático.

Percebeu-se, entretanto, a insuficiência destes métodos que procuravam apenas atingir a regra legal, estabelecendo sua interpretação com base no silogismo lógico de subsunção da norma (Premissa Maior) ao fato (Premissa Menor) para atingir-se a decisão (Conclusão).

Tradicionalmente, apenas se atestava o aspecto estático e conservador da atividade interpretativa, quando na realidade a hermenêutica deve ser um meio de modelar e recriar as normas, adequando-as à realidade posta de uma forma produtiva. Esta é a visão acertada de Lenio Luiz Streck: “O processo interpretativo/hermenêutico tem (deveria ter) um caráter produtivo, e não meramente reprodutivo. Essa produção de sentido não pode, pois, ser guardada sob um hermético segredo, como se sua *holding* fosse uma abadia do medievo. Isto porque o que rege o processo de interpretação dos textos legais são as suas condições de produção, as quais, devidamente difusas e ocultad(a)s, aparecem – no âmbito do discurso jurídico-dogmático permeado pelo respectivo *campo jurídico* – como se fossem provenientes de um ‘lugar virtual’, ou de um ‘lugar fundamental’”.¹⁷⁵

Este autor defende acertadamente que a hermenêutica “cria” efetivamente a norma, adequando o texto legal à realidade social subjacente, evidenciando que o direito ao ser interpretado deve se adaptar continuamente, a fim de obter a maior efetividade possível em benefício de todo o grupo.¹⁷⁶

Nesta seara, a hermenêutica constitucional adquire ainda mais uma textura integrativa, adotando métodos e técnicas que procuram dotar as normas e preceitos constitucionais de uma maior efetividade e adequação à realidade posta.

¹⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(em) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, pp. 73/74.

¹⁷⁶ Ver também GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2ª edição, 1998.

Bem aplicável na hermenêutica constitucional é o pensamento tópico/problemático, que tem seu expoente em Theodor Viehweg. O método tópico pensa as questões concretas partindo de princípios lógicos – lugares comuns (*topois*), buscando a solução para os problemas apresentados.

O pensamento problemático é adequado para análise e solução dos chamados “*hard cases*”¹⁷⁷ – casos difíceis, já que parte propriamente da questão posta (problema), e, com a utilização de técnicas de raciocínio e idéias previamente aceitas, atinge a solução mais razoável para o caso concreto.

O pensamento tópico é bem referido por Paulo Bonavides: “A tópica é o tronco de uma grande árvore que se esgalha em distintas direções e que já produziu admiráveis frutos, sobretudo quando reconciliou, mediante fundamentação dialética mais persuasiva, o direito legislado com a realidade positiva e circundante, criando pelas vias retóricas, argumentativas e consensuais, atadas a essa realidade, uma concepção muito mais rica e fecunda, muito mais aderente à práxis e às subjacências sociais do que as próprias direções antecedentes do sociologismo jurídico tradicional. Nesse ponto, já se pode dizer que a tópica ultrapassa, a um tempo, o sociologismo no Direito, o formalismo normativista e o jusnaturalismo, bem como a concepção sistêmica e dedutivista, de cunho meramente formal, com antecedências clássicas no pandectismo e na jurisprudência dos conceitos”.¹⁷⁸

A tópica pode auxiliar na descoberta do conteúdo dos preceitos fundamentais, já que estes podem ser considerados e delimitados como os lugares

¹⁷⁷ “Hard Cases” são literalmente “Casos Difíceis”, implicando geralmente em conflitos entre princípios e valores fundamentais que necessitam de técnicas hermenêuticas específicas para sua resolução e decisão no mundo jurídico. Sobre este tema, ver: ALEXY, Robert. “Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático”. In: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 217, jul/set, 1999, pp. 67/77; ALEXY, Robert. “Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático – Para relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional”. In: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 217, jul/set, 1999, pp. 55/66; BUCHELE, Paulo Arminio Tavares. *O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999; MORAES, Guilherme Braga Peña de. *Direitos fundamentais: conflitos & soluções*. Niterói: Frater et Labor, 2000; STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001; TORRES, Ricardo Lobo (org). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2ª edição, 2001.

¹⁷⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 4ª edição, 1993, pp. 454/456.

comuns (*topois*) a auxiliarem na resolução de problemas constitucionais concretos, preservando a ordem jurídico-constitucional de forma dinâmica e atualizada.

Por seu turno, Konrad Hesse também destaca a necessidade de uma interpretação constitucional renovada. Entende que a Constituição deve ser interpretada no sentido de sua concretização em face dos problemas que surgem no âmbito político-constitucional, merecendo estes problemas soluções claras e conectadas com a realidade posta.

Hesse assevera a importância da Constituição em sentido material, bem como destaca a relevância de assegurar os valores constitucionais, mesmo entendendo que as Cartas Fundamentais não se restringem somente a isto. É lição do autor: “Essa compreensão da Constituição geral, mais pressuposta que fundamentada, deixa ficar claro o essencial. Naturalmente, ela compreende só alguns aspectos e ela, com a idéia de uma ‘ordem de valores’, suscita mais questões do que ela responde. Se o essencial da Constituição se esgota em estabelecimentos de ‘valores’, o que são os ‘valores’ normalizados constitucionalmente, por que e até que ponto eles formam um ‘ordem’ ou até um ‘sistema’, como é de se explicar que a Constituição pode se mudar e quais limites são traçados a tal mutação: tudo isso não deve, para uma consolidação suficiente, ficar aberto”.¹⁷⁹

Segundo o autor, a Constituição deve realizar seus conteúdos, estando de forma contínua ligada à realidade posta. Veja-se a lição: “Ela (a História) está, por um lado, condicionada pela possibilidade de realização dos conteúdos da Constituição. Quanto mais suas normas partem das realidades da situação histórica e procuram conservar e aperfeiçoar aquilo que já está delineado na condição individual da atualidade, tanto mais rápido podem elas desenvolver efeito normalizador. Onde a Constituição ignora o estágio de desenvolvimento espiritual, social, político ou econômico de seu tempo lhe falta o germe indispensável de sua força de vida e ela não é capaz de alcançar que o Estado, que ela, em contradição com esse estágio de desenvolvimento normaliza, realiza-se. Essa força de vida e de efeito assenta sobre isto, que ela seja capaz de unir-se com as forças espontâneas e tendências vivas do tempo,

¹⁷⁹ HESSE, Konrad (trad. Luís Afonso Heck). *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 27.

que ela leve essas forças ao desenvolvimento e as coordene mutuamente, que ela seja, em virtude do objeto, ordem total determinada das condições de vida concretas”.¹⁸⁰

Hesse ainda destaca que a Constituição é influenciada pela conjuntura social, mas também é dotada de uma força normativa que atua modificando e alterando esta mesma realidade.

A essência da Constituição estaria assim em que ela é influenciada pela realidade, mas também a influência com força semelhante. As Constituições, afirma, pertencem àquelas coisas da vida cuja realidade se pode ver, mas cuja origem jamais poderá ser totalmente compreendida e, muito menos, reproduzida ou copiada. Toda Constituição, ainda que considerada como simples construção teórica deve encontrar um germe material de sua força vital no tempo, nas circunstâncias, no caráter nacional, necessitando apenas de desenvolvimento. Afigura-se altamente precário pretender concebê-la com base, exclusivamente, nos princípios da razão e da experiência.¹⁸¹

Para que se opere a concretização constitucional, na doutrina de Hesse, deve haver uma pré-compreensão do intérprete, vinculada a problemas concretos, idéia semelhante a do pensamento tópico-problemático.¹⁸²

O intérprete tem uma pré-compreensão da norma que irá lhe permitir abordar a regra interpretada com base numa visão conjunta da Constituição, quando surgir o problema concreto a merecer solução. Ou, como diria Márcio Augusto Vasconcelos Diniz, analisando o pensamento de Hesse: “Ao falar sobre as condições da

¹⁸⁰ HESSE, Konrad (trad. Luís Afonso Heck). *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 48.

¹⁸¹ Cf. HESSE, Konrad (trad. Gilmar Ferreira Mendes). *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 12.

¹⁸² Esta visão da pré-compreensão em Hesse é bem destacada por Rogério Gesta Leal que sintetiza: “Para operar a concretização da norma constitucional, Hesse considera pressuposta a compreensão do conteúdo normativo, assim como a pré-compreensão do intérprete, vinculada aos problemas concretos operantes em seu entorno, razão pela qual sustenta inexistir um método autônomo de interpretação, dado que o processo de concretização é determinado pelo objeto da própria exegese, no caso a Constituição ou o sistema jurídico no seu todo. É de se notar que esta concretização e esta compreensão só são possíveis em face daquele problema concreto. Além disto, a determinação de sentido da norma e sua aplicação a um caso concreto constituem um processo unitário, ao contrário de outros métodos que fazem da compreensão da norma geral e abstrata e de sua aplicação, dois momentos distintos e separados”. (LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 140).

interpretação, Hesse acrescenta que o intérprete não se volta para a norma com um ponto de vista fora da existência histórica, mas labora a partir de uma pré-compreensão que lhe vai permitir abordar a norma interpretada com uma visão de conjunto e já mais ou menos coerentemente formada. A ‘concretização’ estabelece antecipadamente um ‘entendimento’ do conteúdo da norma concretizada, e não deve ser desvinculada nem do problema concreto que se pretende resolver, nem da pré-compreensão do intérprete, a qual deve ser sempre posta à prova e retificada em cada operação interpretativa. De tal forma que o ‘compreender’ e o ‘concretizar’ só serão possíveis diante de um problema concreto a resolver. O intérprete deve pôr a norma constitucional em relação com esse problema, se deseja determinar de forma imediata e decisiva o seu significado. Dessas afirmações resulta claro que a interpretação constitucional não é possível sem uma prévia teoria da Constituição, pressuposto necessário não só para compreender a norma, mas igualmente a realidade fática na qual ela será concretizada”.¹⁸³

Através do método da interpretação e concretização constitucional de Hesse, pode-se visualizar os preceitos fundamentais como algo que é pré-compreendido pelo intérprete como essencial ao conteúdo constitucional, sendo aplicados e servindo na concretização das demais normas e da Constituição em sua totalidade, plasmando toda a força normativa da Carta Fundamental no sentido da máxima eficácia e aplicação de suas regras, princípios, valores e preceitos em face dos problemas concretos a serem solucionados.

Assim, não há um sentido subjetivo ou objetivo da Constituição, esta tem seus preceitos e seu conteúdo que se realizam e ganham força normativa renovada quando se exige a solução dos problemas constitucionais concretos. Percebe-se claramente que o conteúdo da Constituição não surge de forma evidente, devendo ser determinado e renovado cotidianamente com base na realidade posta. Hesse assevera neste ponto a tarefa da interpretação: “*Tarefa da interpretação é encontrar o resultado constitucionalmente ‘exato’ em um procedimento racional e controlável, fundamentar esse resultado racional e controlável e, deste modo, criar certeza jurídica e previsibilidade – não, por exemplo, somente decidir por causa da decisão*”.¹⁸⁴

¹⁸³ DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. *Constituição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998, p. 261.

¹⁸⁴ HESSE, Konrad (trad. Luís Afonso Heck). *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 55.

Então, defende Hesse que a norma constitucional só adquire conteúdo quando ligada à realidade social, na qual se preenche o âmbito da norma com as necessárias adaptações à mutação sócio-constitucional pertinente.¹⁸⁵

Enfim, tomando como base as lições decorrentes da Teoria da Força Normativa da Constituição de Konrad Hesse, poderiam ser os preceitos fundamentais delineados pela Constituição, mas somente efetivamente amparados e delimitados quando concretizados e realizados perante o plano sócio-político subjacente.

Já, Friedrich Müller defende a aplicação de uma renovada metódica de interpretação que conduzirá a um melhor entendimento da Constituição. Defende que o direito é criado a partir de relações sociais e econômicas de imposição dentro de um ambiente de violência definido e coroado pelo Poder. Veja-se a lição: “Violência constitucional não é apenas a violência política no sentido restrito, fundamentada pela ordem constitucional e pelo ordenamento jurídico e configurada até os seus mínimos detalhes no Estado constitucional burguês, mas nada menos também a violência oriunda da configuração das relações econômicas e sociais. Essa violência não é instituída pela constituição e pelo sistema jurídico, mas em grande parte apenas assumida por eles”.¹⁸⁶

Assevera que a metódica, como forma de delimitação da tarefa interpretativa, esclarece as relações e as formas de organização política, social e econômica, permitindo uma melhor realização e concretização normativa.

¹⁸⁵ A seguir, colaciona-se o posicionamento de Hesse sobre a necessária conexão entre a norma e a realidade social subjacente para a implementação concretização constitucional: “A concretização do conteúdo de uma norma constitucional e sua realização são, por conseguinte, somente possíveis com o emprego das condições da ‘realidade’, que essa norma está determinada a ordenar. As peculiaridades, muitas vezes, já moldadas juridicamente, dessas condições formam o ‘âmbito da norma’ que, da totalidade das realidades, afetadas por uma prescrição, do mundo social, é destacado pela ordem, sobretudo expressada no texto da norma, o ‘programa da norma’, como parte integrante do tipo normativo. Como essas particularidades, e com elas o ‘âmbito da norma’, estão sujeitas às alterações históricas, podem os resultados da concretização da norma modificar-se, embora o texto da norma (e, com isso, no essencial, o ‘programa da norma’) fique idêntico. Disto resulta uma ‘mutação constitucional’ permanente, mais ou menos considerável, que não se deixa compreender facilmente e, por causa disso, raramente fica clara”. (HESSE, Konrad (trad. Luís Afonso Heck). *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, pp. 50/51).

¹⁸⁶ MÜLLER, Friedrich (trad. Peter Naumann). *Direito – Linguagem – Violência. Elementos de uma teoria constitucional*, I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 21. Ver também MÜLLER, Friedrich (trad. Peter Naumann). *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. São Paulo: Max Limonad, 2ª edição, 2000, *passim*.

A grande contribuição de Müller é demonstrar que as normas constitucionais surgem e se aplicam em um ambiente complexo, cheio de relações sociais, econômicas e políticas de imputação. A concretização da norma é feita neste mundo diversificado, preenchendo-se o âmbito da norma com estas significações de poder e violência institucionalmente organizadas. Bem ressalta tal aspecto João Maurício Adeodato: “Também é esta a pretensão de Friedrich Müller, que diante da controvérsia aparentemente excludente entre a possibilidade de uma interpretação objetiva e a resignação diante da subjetividade, defende a tese de que a norma é produzida por um processo complexo que vai muito além daquilo que está escrito na Constituição. O procedimento, através do qual, procura-se adequar normas e fatos, tradicionalmente conhecidos por interpretação. Müller denomina ‘concretização da norma’ (*NormaKonkretisierung*). A concretização normativa constitui-se, por um lado, da interpretação do texto da norma (*Normtextauslegung*), por outro, de elementos que compõem o âmbito da norma (*Normbereichselemente*), isto é, teorias, técnicas hermenêuticas dogmáticas, elementos ideológicos. Assim a doutrina dos juristas, por exemplo, é relevante, é fonte do direito, à medida que informa e influencia a decisão do conflito”.¹⁸⁷

O resultado da interpretação não está assim só na norma, mas no contexto em que a mesma está inserida e no método de trabalho de concretização utilizado.¹⁸⁸

Müller também destaca a necessidade de interpretar a norma, não apenas no aspecto literal, mas no programa subjacente à norma e na chamada área da norma. O programa da norma é determinado através dos elementos auxiliares de interpretação na aplicação da lei e área da norma é criada pelo Direito em seu âmbito empírico. Refere-

¹⁸⁷ ADEODATO, João Maurício. “A ‘concretização constitucional’ de Friedrich Müller”. In: *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco (ESMAPE)*, vol. 2, nº 3, jan/mar, 1996, p. 225.

¹⁸⁸ A respeito da metódica estruturante de Muller, bem clara a lição de Márcio Augusto Vasconcelos Diniz: “Na metódica estruturante, o dualismo norma/realidade é substituído por uma concepção de norma como integrante da própria realidade. Esta tensão deve ser considerada como um fenômeno de ordenação unitária, onde uma norma não é o simples texto escrito (*‘programa normativo’*), usualmente conhecido por regra de direito ou prescrição normativa. A concretização da norma, como um processo complexo, requer tanto a interpretação preliminar do texto da norma (*Normtextauslegung*), como a consideração dos elementos que compõem o âmbito da norma (*Normbereichselemente*)”. (DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. *Constituição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998, pp. 253/254).

se o autor: “Uma norma jurídica é – assim como ela age efetivamente – mais do que o seu teor literal. O teor literal expressa, juntamente com todos os recursos interpretativos auxiliares, o ‘programa da norma’. A área da norma pertence à norma com grau hierárquico igual. Ela é a estrutura básica do segmento da realidade social, que o programa da norma ‘escolheu para si’ como a ‘sua’ área de regulamentação ou que ele, em parte ‘criou’”.¹⁸⁹

Na metódica de Muller, as etapas de concretização evidenciam muitos elementos integrados, permitindo a obtenção de resultados interpretativos específicos. Veja-se o *iter* procedimental da referida concretização na perspectiva do referido autor: “A concretização da norma introduz os seguintes elementos no jogo: a) *elementos metodológicos ‘strictiore sensu’* (interpretações gramatical, histórica, genética, sistemática e ‘teleológica’, bem como princípios isolados da interpretação da constituição); b) *elementos do âmbito da norma*; c) *elementos dogmáticos*; d) *elementos de teoria*; e) *elementos de técnica de solução*; e f) *elementos de política do direito e política constitucional*. (...) Os elementos listados em (a) e (b) bem como uma parte dos listados em (c) são diretamente referidos a normas. O restante dos elementos listados em (c), os elementos listados em (d), (e) e (f) não são diretamente referidos a normas e nessa medida estão restritos a funções auxiliares na concretização. Uma análise mais precisa dos aspectos individuais, especialmente das interpretações gramatical, histórica, genética, sistemática e ‘teleológica’, bem como dos elementos do âmbito da norma, resulta em numerosas compreensões [Einsichten] da estrutura do processo de implementação prática da norma, que vão além do positivismo legalista”.¹⁹⁰

Como se atesta, a utilização de métodos de trabalho para a interpretação constitucional é interessante, já que permite o controle da aplicação das próprias regras, estabelecendo sua área normativa diante da delimitação traçada pelo próprio “programa da norma”.

¹⁸⁹ Cf. MÜLLER, Friedrich (trad. Peter Naumann). *Direito – Linguagem – Violência. Elementos de uma teoria constitucional*, I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, pp. 42/43. MÜLLER, Friedrich (trad. Peter Naumann). *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. São Paulo: Max Limonad, 2ª edição, 2000, *passim*.

¹⁹⁰ MÜLLER, Friedrich (trad. Peter Naumann). *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. São Paulo: Max Limonad, 2ª edição, 2000, pp. 111/112.

Cuida-se, assim, realmente de um método renovado que objetiva a modelação de um novo tipo de jurista, comprometido em compreender a complexidade social subjacente para conseguir delimitar a área da norma, apoiado na visualização dos valores e critérios básicos da Constituição.

A metódica de Müller serve para atestar também que a interpretação concretizadora e real dos preceitos fundamentais só pode se dar quando o jurista estiver consciente do multifacetado ambiente social em que está inserido, diante de um meio de seleção “violenta” de alternativas no Estado de Direito, no qual a compreensão do conteúdo dos preceitos fundamentais numa perspectiva hermenêutico-filosófica somente se dá enquanto parte de uma metódica de análise da realidade estrutural pela interpretação real de acontecimentos, fenômenos dentro de um contexto plural e atual.

Nesta esteia, com base nas lições de Müller, pode-se inferir que o conteúdo dos preceitos fundamentais só aparecem a partir da adoção desta metódica jurídica própria que permita a delimitação da área normativa, com apoio no programa da norma em face da realidade social subjacente. Tudo fora do concreto é apenas uma pré-compreensão que clama por concretização perante o plano fenomênico-social.¹⁹¹

Por seu turno, Peter Häberle estabelece que a sociedade atual é plural, devendo os conflitos serem resolvidos por todos os membros do grupo social. Estabelece que a Constituição para ser compreendida e realizada deve ser interpretada com a participação de todo o grupo humano. São palavras do doutrinador: “Até pouco tempo imperava a idéia de que o processo de interpretação constitucional estava reduzido aos órgãos estatais ou aos participantes diretos do processo. Tinha-se, pois, uma fixação da interpretação constitucional nos ‘órgãos oficiais’, naqueles órgãos que desempenham o complexo jogo jurídico-institucional das funções estatais. Isso não significa que se não reconheça a importância da atividade desenvolvida por esses entes. A interpretação constitucional é, todavia, uma ‘atividade’ que, potencialmente, diz respeito a todos. Os grupos mencionados e o próprio indivíduo podem ser considerados intérpretes constitucionais indiretos ou a longo prazo. A conformação da realidade da

¹⁹¹ MÜLLER, Friedrich (trad. Peter Naumann). *Direito – Linguagem – Violência. Elementos de uma teoria constitucional*, I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 48.

Constituição torna-se também parte da interpretação das normas constitucionais pertinentes a essa realidade”.¹⁹²

A interpretação ampliada objetiva dar legitimidade e conexão da Constituição com a realidade social subjacente, densificando os conteúdos normativos através de uma hermenêutica jurídica dotada de efetiva participação coletiva.¹⁹³

Entende, assim, Häberle que os verdadeiros intérpretes da Constituição são quem a vive, quais sejam: os grupos, cidadãos, imprensa, opinião pública. A interpretação dos enunciados normativos propostos pelo autor é aparentemente simples, significando apenas colocar o texto (enunciado normativo) frente à comunidade, integrando-o com a realidade pública subjacente dentro dos embates ideológicos, políticos. Neste momento, é que surgiria a norma para o autor que seria a norma jurídica interpretada.

Entretanto, Häberle não reduz a Constituição e sua concretização aos fatores reais de poder, defendendo o autor que o povo participa da interpretação da Constituição de uma forma ativa, mas dentro das “regras estabelecidas”.¹⁹⁴

¹⁹² HÄBERLE, Peter (trad. Gilmar Ferreira Mendes). *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 24.

¹⁹³ Sobre a ampliação do âmbito de interpretação, clara a lição de Peter Häberle: “A estrita correspondência entre vinculação (à Constituição) e legitimação para a interpretação perde, todavia, o seu poder de expressão quando se consideram os novos conhecimentos da teoria da interpretação: interpretação é um processo aberto. Não é, pois, um processo de passiva submissão, nem se confunde com a recepção de uma ordem. A interpretação conhece possibilidades e alternativas diversas. A vinculação se converte em liberdade na medida que se reconhece que a nova orientação hermenêutica consegue contrariar a ideologia da subsunção. A ampliação do círculo dos intérpretes aqui sustentada é apenas a consequência da necessidade, por todos defendida, de integração da realidade no processo de interpretação. É que os intérpretes no sentido amplo compõem essa realidade pluralista. Se se reconhece que a norma não é uma decisão prévia, simples e acabada, há de se indagar sobre os participantes do seu desenvolvimento funcional, sobre as forças ativas da *law in public action* (personalização, pluralização da interpretação constitucional!)”. (HÄBERLE, Peter (trad. Gilmar Ferreira Mendes). *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 30).

¹⁹⁴ Em relação à participação popular e suas limitações no plano constitucional, tem-se a perspectiva de Inocêncio Mártires ao interpretar a teoria de Häberle. Perceba-se a lição: “Já o mesmo não ocorreu com Peter Häberle, à luz da experiência acumulada desde Lassale e favorecido pelo ambiente saudável de uma sociedade aberta e pluralista, pode imaginar procedimentos que se mostram aptos a resolver aqueles impasses exatamente porque implicam a assimilação das forças vitais do país no processo de tradução/reformulação da vontade constitucional”. (COELHO, Inocêncio Mártires. “Konrad Hesse/Peter Häberle: um retorno aos fatores reais de poder”. In: *Revista dos Tribunais – Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, ano: 7, nº 26, jan/mar, 1999, p. 125).

A grande contribuição de Häberle foi ter demonstrado que não pode haver a separação cabal entre o direito (Constituição) e a política, devendo a comunidade participar e ter responsabilidade na concretização/interpretação dos conteúdos normativos. Nas palavras do autor: “Portanto, existem muitas formas de legitimação democrática, desde que se liberte de um modo de pensar linear e ‘eruptivo’ a respeito da concepção tradicional de democracia. Alcança-se uma parte significativa da democracia dos cidadãos (*Bürgerdemokratie*) com o desenvolvimento interpretativo das normas constitucionais. A possibilidade e a realidade de uma livre discussão do indivíduo e de grupos ‘sobre’ e ‘sob’ as normas constitucionais e os efeitos pluralistas sobre elas emprestam à atividade de interpretação um caráter multifacetado. (Acentue-se que esse processo livre está sendo submetido a ameaça e que também a nossa ordem liberal-democrática apresenta déficit em relação ao modelo ideal). Teoria de democracia e teoria de interpretação tornam-se conseqüência da teoria da ciência. A sociedade é livre e aberta na medida que se amplia o círculo dos intérpretes da constituição em sentido lato”.¹⁹⁵

A fim de reduzir a complexidade, Häberle defende ainda que os Juizes das Cortes Constitucionais devem atuar de forma a utilizar as informações advindas desta pluralidade de intérpretes da Constituição, aproximando assim a concretização normativa da realidade empírica. Tal fato resta bem destacado na lição do autor a seguir transcrita: “Para a conformação e a aplicação do direito processual resultam conseqüências especiais. Os instrumentos de informação dos juizes constitucionais – não apesar, mas em razão da própria vinculação à lei – devem ser ampliados e aperfeiçoados, especialmente no que se refere às formas gradativas de participação e da própria possibilidade de participação no processo constitucional (especialmente nas audiências e nas ‘intervencões’). Devem ser desenvolvidas novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição. O direito processual constitucional torna-se parte do direito de participação democrática. A interpretação constitucional realizada pelos juizes pode se tornar, correspondentemente, mais elástica e ampliativa sem que se deva ou possa chegar a um identidade de posições com a interpretação do legislador. Igualmente

¹⁹⁵ HÄBERLE, Peter (trad. Gilmar Ferreira Mendes). *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, pp. 39/40.

flexível há de ser a aplicação do direito processual constitucional pela Corte Constitucional, tendo em vista a questão jurídico-material e as partes materialmente afetadas (atingidos). A íntima relação contextual existente entre Constituição material e direito constitucional processual faz-se evidente também aqui”.¹⁹⁶

Em relação ao conteúdo dos preceitos fundamentais, dentro da perspectiva de Häberle, percebe-se que estes seriam criados e efetivamente interpretados pelo conjunto de toda a sociedade.

É a sociedade, vivendo a Constituição e interpretando-a, que acaba por fixar os preceitos basilares que merecem uma proteção jurídica efetiva e plena, para preservação da ordem jurídico-política-constitucional.

Neste sentido, dentro da perspectiva teórica de Peter Häberle, a legitimação dos preceitos fundamentais, com base nesta democratização da interpretação da Constituição, ensejaria uma aproximação dos anseios populares com a realidade constitucional.

Enfim, pelas teorias acima analisadas, percebe-se a busca de soluções na interpretação constitucional para compreensão dos preceitos fundamentais através de diferentes perspectivas: 1-) estabelecendo a importância da análise dos problemas através de *topois*; 2-) a delimitação da pré-compreensão e da força normativa como elementos da interpretação constitucional concretizante; 3-) a tentativa de demonstrar a necessidade de uma metódica jurídica que conecte a área da norma ao seu programa, regulando de forma efetiva a violência institucionalizada em conexão com a realidade social; 4-) a ampliação do rol dos intérpretes da Constituição com a busca da determinação do teor das Cartas Fundamentais.

Mesmo ressaltando tudo isto, ainda se pode questionar a utilidade deste tipo de hermenêutica; para que ela serve e porque buscar tanto a concretização efetiva das normas constitucionais.

¹⁹⁶ HÄBERLE, Peter (trad. Gilmar Ferreira Mendes). *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, pp. 47/48.

Falta, assim, saber do conteúdo das normas interpretadas. Ou seja, o conteúdo dos preceitos fundamentais interpretados e aplicados na casuística, muitas vezes baseados em uma retórica frágil e sem base científica.

Atento a tal crítica, Robert Alexy delinea, em sua obra uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, que o seu objetivo é esclarecer o conteúdo jurídico-positivo dos direitos fundamentais, estabelecendo os seus caracteres de forma integrativa dentro de uma visão substancial com base em três perspectivas: analítica, empírica e normativa.

Ressalta, nestes termos, Willis Santiago a intenção de Alexy em elaborar uma teoria jurídica que leve em consideração as múltiplas perspectivas do direito. Atente-se: “A concepção epistemológica da dogmática jurídica que se defende pode ser denominada de ‘inclusiva’ (...), por propugnar que se leve em conta uma multiplicidade de perspectivas de estudo do direito, quando da elaboração de respostas aos problemas colocados, às quais se possa associar o atributo da cientificidade compatível com o caráter prático desses problemas e, por via de consequência, também da ciência que deles se ocupe”.¹⁹⁷

De forma sistemática, Alexy, dentro de sua teoria, tem a dimensão analítica como servindo para criar um sistema conceitual que permita com clareza o estudo do objeto focado. Também, tem a teoria uma dimensão empírica em que se analisa primeiro o direito positivo, e depois se busca construir a aplicação da argumentação jurídica no plano da ordem normativa real. E, por fim, tem-se a dimensão normativa, fazendo-se alusão a uma crítica do material de direito positivo em que se incluem os discursos do legislador, operadores jurídicos e aplicadores da norma.

Alexy afirma que o estudo das 3 (três) dimensões é essencial para a Ciência do Direito, a fim de se adquirir uma feição de cientificidade à teoria dos direitos fundamentais dentro de um âmbito pluridimensional. Veja-se a síntese do autor: “Frente a las três dimensiones, el carácter de la ciencia del derecho como disciplina práctica

¹⁹⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. “Direitos fundamentais: Teoria e realidade normativa”. In: *Revista dos Tribunais*, ano: 84, vol. 713, mar, 1995, pp. 46/47.

resulta ser un principio unificante si la ciencia del derecho há de cumplir racionalmente su tarea práctica, tiene entonces que vincular recíprocamente las tres dimensiones. Tiene que ser una disciplina integrativa pluridimensional: la vinculación de las tres dimensiones es condición necesaria de la racionalidad de la ciencia del derecho como disciplina práctica”.¹⁹⁸

Dentro da análise que faz dos direitos fundamentais, o autor procura dar cientificidade à sua teoria, destacando os caracteres dos mesmos. Interessante é que Alexy diz que os próprios direitos fundamentais podem adquirir até mesmo um caráter ademocrático, já que de certa forma restringem a liberdade de atuação do homem. Veja-se a observação do doutrinador: “Direitos fundamentais são democráticos, por isso, porque eles, com a garantia dos direitos de liberdade e igualdade asseguram o desenvolvimento e existência de pessoas que, em geral, são capazes de manter o processo democrático na vida e porque eles, com a garantia da liberdade de opinião, imprensa, radiodifusão, reunião e associação, assim como com o direito eleitoral e com outras liberdades políticas asseguram as condições funcionais do processo democrático. Ademocráticos são os direitos fundamentais, pelo contrário, porque eles desconfiam do processo democrático. Com a vinculação do legislador eles subtraem da maioria parlamentarmente legitimada poderes de decisão. Em muitos Estados este jogo deve ser observado: a oposição perde primeiro no processo democrático e ganha, então, diante do tribunal constitucional”.¹⁹⁹

Na sua teoria, Alexy tenta pontualizar de forma crítica a essência destes direitos fundamentais, buscando delimitá-los na procura de respostas a importantes questões afetas à ordem jurídico-constitucional.²⁰⁰

¹⁹⁸ ALEXY, Robert. “Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático – Para relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional”. In: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 217, jul/set, 1999, p. 33.

¹⁹⁹ ALEXY, Robert. “Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático – Para relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional”. In: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 217, jul/set, 1999, p. 65.

²⁰⁰ Vejam-se os questionamentos colacionados: “Em toda a parte onde direitos fundamentais existirem colocam-se os mesmos ou semelhantes problemas. (...) Que diferenças estruturais existem entre direitos de defesa liberais, direitos à proteção, direitos fundamentais sociais e direitos de cooperação política ? Quem é o destinatário, quem é o titular de direitos fundamentais ? Sob quais pressupostos formais e materiais direitos fundamentais podem ser limitados ? Com que intensidade pode um Tribunal Constitucional controlar o legislador sem que sejam violados o princípio democrático e o princípio da separação de poderes ?”. (ALEXY, Robert. “Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático”. In: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 217, jul/set, 1999, p. 67).

O esforço de Alexy, que, no âmbito dos limites desta dissertação não cabe analisar por fugir ao nosso objeto central de estudo, é formar uma teoria de cunho material, multifaceta, objetivando estabelecer a correta dimensão dos direitos fundamentais, conduzindo à sua plena proteção e evitando também o engessamento de certos direitos ditos nominalmente fundamentais, mas que nada têm de realmente essenciais para o homem.²⁰¹

A teorização de Alexy pode também servir para delimitar com base em critérios científicos o conteúdo dos preceitos fundamentais. Ao menos, caso se adote as dimensões analítica, empírica e normativa, pode-se tentar aferir com mais precisão dentro do arcabouço desta rigorosa teoria se um determinado preceito é ou não fundamental para a contextura constitucional de um Estado.

Também, interessante a Teoria do Garantismo Jurídico de Luigi Ferrajoli. Este autor defende que o direito tem de ser informado por conteúdos substanciais, quais sejam: os direitos fundamentais, merecedores de serem amparados e realizados de uma forma efetiva pelo Direito e pelo Estado.

O Direito, assim, só seria realmente vigente e efetivo quando conseguisse realizar e implementar os direitos fundamentais, garantindo-os. Veja-se a tese do autor: “El garantismo, en sentido filosófico-político, consiste esencialmente en esta fundamentación hétero-poyética del derecho, separado de la moral en los diversos significados de esta tesis que se han desarrollado en el apartado 15. Precisamente, consiste, por una parte, en la negación de un valor intrínseco del derecho sólo por estar vigente y del poder sólo por ser efectivo y en la prioridad axiológica respecto a ambos del punto de visto ético-político o externo, virtualmente orientado a sua crítica y transformación; por otra, en la concepción utilitarista e instrumentalista del estado, dirigido unicamente al fin de la satisfacción de expectativas o derechos fundamentales”.²⁰²

²⁰¹ Cf. ALEXY, Robert. *Derecho y Razón Práctica*. México: Distribuciones Fontamar S.A., 2ª edição, 1998, *passim*.

²⁰² Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón – Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 884.

Para o autor, a validade intrínseca do direito, indo além de uma postura formal, estaria vinculada à realização e garantia dos direitos fundamentais num plano de conteúdo material essencial ao Direito.²⁰³

O Estado e os Juizes têm responsabilidades com a garantia dos direitos fundamentais. Assevera neste sentido Ferrajoli: “En esta sujeción del juez a la Constitución, y, en consecuencia, en su papel de garante de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, está el principal fundamento actual de la legitimación de la jurisdicción y de la independencia del poder judicial de los demás poderes, legislativo y ejecutivo, aunque sean – o precisamente porque son – poderes de mayoría. Precisamente porque los derechos fundamentales sobre los que se asienta la democracia sustancial están garantizados a todos y a cada uno de manera incondicionada, incluso contra la mayoría “.²⁰⁴

Assim, percebe-se que o garantismo de Ferrajoli busca acoplar ao direito vínculos substanciais representados pelos direitos fundamentais a merecerem realização e efetivação para todos, realçando a necessidade de implementação destes direitos para amparar os mais frágeis e excluídos, construindo uma democracia substancial e não meramente formal.

Assevera e estabelece ainda o autor que formas e institutos jurídicos claros podem servir para efetivar certos direitos fundamentais de imediato, devendo o Poder Público fazer atuar as regras jurídicas neste sentido: “Pero esto sólo quiere decir que existe una divergencia abismal entre norma y realidad, que debe ser colmada o cuando menos reducida en cuando fuente de legitimación no sólo política sino también jurídica de nuestros ordenamientos. (...) En segundo lugar, la tesis de la no susceptibilidad de tutela judicial de estos derechos resulta desmentida por la experiencia jurídica más

²⁰³ Sobre a construção de uma materialidade para o Direito, interessante notar a observação de Alexandre da Maia: “A tal procedimento de validade, eminentemente formalista, acrescenta um dado que constitui exatamente o elemento substancial do universo político. Neste sentido, a validade traz em si também elementos de conteúdo, materiais, como fundamento da norma. Esses elementos seriam os direitos fundamentais. Essa idéia resgata uma perspectiva de inserir valores materialmente estabelecidos no seio do ordenamento jurídico, fazendo um resgate da ‘ética material dos valores’ de Max Scheler. Ferrajoli afirma que o conceito de validade em Kelsen, por conseguinte, é equivocado, pois uma norma seria válida se não estivesse de acordo com os direitos fundamentais elencados na Constituição”. (MAIA, Alexandre da. *Ontologia jurídica: o problema de sua fixação teórica com relação ao garantismo jurídico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, pp. 96/97).

²⁰⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta, p. 26.

reciente, que por distintas vías (medidas urgentes, acciones reparatorias y similares) há visto ampliarse sus formas de protección jurisdiccional, en particular en lo que se refiere al derecho a la salud, a la seguridad social y a una retribución justa. En tercer lugar, más allá de su jusiciabilidad, estos derechos tienen el valor de principios informadores del sistema jurídico ampliamente utilizados en la solución de las controversias por la jurisprudencia de los Tribunales constitucionales. Sobre todo, en fin, no hay duda de que muy bien podrían elaborarse nuevas técnicas de garantía. Nada impediría, por ejemplo, que constitucionalmente se establecieran cuotas mínimas de presupuesto asignadas a los diversos capítulos de gastos sociales, haciéndose así posible el control de constitucionalidad de las leyes de financiación estatal. Como nada impediría, al menos en una perspectiva técnico-jurídica, la introducción de garantías de derecho internacional, como la publicación de un código penal internacional y la creación de la correspondiente jurisdicción sobre crímenes contra la humanidad”.²⁰⁵

Mesmo destacando tais teses, Ferrajoli não estabelece um conteúdo para os direitos fundamentais, mesmo dentro de sua teoria supostamente democrática que tenciona dar proteção e efetividade a estes direitos através do seu garantismo.

Não obstante falar tanto em democracia substancial, Ferrajoli parece não discriminar os valores fundamentais a serem resguardados e garantidos de forma positiva. Neste sentido, a crítica de Alexandre da Maia: “Em virtude de tal vazio ontológico, cremos que uma teoria comprometida com os ideais democráticos, como a do Prof. Ferrajoli, sem uma fixação de conteúdo, como bem nos colocam Cláudio Souto e João Maurício Adeodato, pode ser manipulada por ideologias totalmente distintas do ideal do autor, haja vista que regimes autoritários podem traçar uma idéia do que, para os seus interesses seria fundamental; logo, quais seriam os direitos fundamentais para a manutenção do status quo contrário a ideais democráticos ? Logo, cada um, a seu bel-prazer, poderia fixar o conteúdo dos direitos fundamentais a partir de vários pontos de partida distintos, e, na maioria das vezes, opostos, muito embora todas as formas – democráticas ou não – de compreender a essência dos direitos fundamentais estariam legitimadas pela teoria de Ferrajoli. (...) Seria muito desagradável ver uma teoria gerada

²⁰⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta, p. 64.

a partir de ideais não-democráticos ser manipulada por ideologias distintas, que se utilizam de uma forma peculiar de inserção do seu discurso no meio social”.²⁰⁶

Deve-se ressaltar, entretanto, que a teoria do garantismo é também importante, podendo servir como base na tentativa de proteger os preceitos fundamentais, mesmo sem determinar de forma objetiva o teor dos dispositivos considerados básicos.

Nesta esteia, o garantismo de Ferrajoli, por ter um teor formalista, não destaca o conteúdo dos direitos fundamentais, servindo neste ponto pouco para estabelecer a essência dos preceitos fundamentais.

Como restou analisado, as teorias hermenêutico-constitucionais asseveradas, seguindo as lições de Häberle; Müller; Hesse e a tópica/retórica trouxeram grandes avanços para interpretação e concretização constitucional em especial para os Estados ditos desenvolvidos.²⁰⁷

Aproximaram estas teorias mais a realidade do conteúdo constitucional, desenvolvendo metodologias de trabalho que vem permitindo uma maior integração norma - fato social complexificado, adequando de um modo mais racional o direito à realidade.

Também, através das teorias de Alexy dos direitos fundamentais e de Ferrajoli do garantismo, tentou-se pela primeira sistematizar com cientificidade caracteres de uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, e pela segunda demonstrar a necessidade da garantia latente destes direitos básicos por meio do Estado e da Sociedade para efetivação de uma democracia substancial.

Mesmo diante de todos os enfoques acima delineados, o máximo que se conseguiu aclarar é a necessidade de apoio do conteúdo dos preceitos fundamentais na

²⁰⁶ MAIA, Alexandre da. *Ontologia jurídica: o problema de sua fixação teórica com relação ao garantismo jurídico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 99.

²⁰⁷ Cf. NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994, *passim*. Também, cf. ADEODATO, João Maurício. “Modernidade e Direito”. In: *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco (ESMAPE)*, vol. 2, nº 6, out/dez, 1997, pp. 255/274.

realidade sócio-política-econômica complexa subjacente, com base em uma tópica concretizante, destacando a força da Constituição e a necessidade de participação de toda a comunidade em sua implantação.

Além disto, também se aproveita a necessidade de delinear uma Teoria Geral nos moldes de Alexy, dando ao Direito um caráter de cientificidade específica na tentativa de destacar o conteúdo destes preceitos fundamentais, conforme acima deveras demonstrado.

Neste sentido, para alcançar um conteúdo para os preceitos fundamentais, já que o direito positivo, a doutrina, a jurisprudência e a hermenêutica constitucional não deram respostas efetivas e cabais, deve-se recorrer à filosofia através da breve análise e estudo dos valores.

2.2.3. Os preceitos fundamentais como valores maiores numa perspectiva filosófica

A questão dos valores – axiologia – como é destacado na filosofia moderna não foi conhecida pelos antigos. Na época de Platão, discutiam-se os valores como problemas da ética de uma filosofia prática.²⁰⁸

A teoria finalista do ser antecedeu à Axiologia. Os economistas foram os primeiros a dar atenção ao problema do valor dentro das doutrinas de Adam Smith e David Ricardo.

Depois, a Ciência Econômica abandonou a idéia de valor por critérios mais objetivos como a estatística e a matemática, passando-se a questionar o valor basicamente para o ser humano em uma dimensão mais axiológica.

²⁰⁸ Cf. AFTALIÓN, Enrique e VILANOVA, José. *Introducción al Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2ª edição, 1994, p. 761.

A questão do valor aparece na Crítica da Razão Prática de Kant, já que o autor diferencia o ser do dever ser, colocando o problema da ética sobre a intuição intelectual do dever ser.²⁰⁹

As teorias versando sobre os valores podem ser englobadas em teorias objetivas e teorias subjetivas. As teorias objetivas dos valores têm apoio na idéia ontológica de que os valores existem por si, independentemente da experiência humana. Os representantes desta teoria são Nicolai Hartmann e Scheler.

Segundo João Maurício Adeodato, Hartmann se baseia num platonismo, idealizando os valores como fora do ser humano, não surgindo estes do resultado de nossos desejos ou de nossas projeções psíquicas. Nesta perspectiva, os valores valem por si mesmos, como entes ideais em si e por si, não tendo origem na história do homem.²¹⁰

Os valores na perspectiva ontológica de Hartmann surgem no seio social, realizando-se independentemente da experiência sensível quando o homem consegue captá-los. Os valores aqui valem pelo que são e o dever ser dos valores para o homem pode ser diferente do ser dos valores no plano ideal. João Maurício Adeodato resume a filosofia de Hartmann: “O platonismo axiológico de Hartmann pode ser, então, resumido em três pontos básicos: 1) os valores são em si mesmos, independem de qualquer juízo estimativo da parte do sujeito que eventualmente os intui e realiza; esta existência *objetiva* é o *modo ideal de ser* (*ideale Seinsweise*). 2) Assim, os valores não se confundem com o dever ser que deles emana. 3) os valores cognoscíveis, parcialmente racionalizáveis, e este conhecimento é *emocional* e *apriorístico*”.²¹¹ (grifos no original)

²⁰⁹ Sobre a influência de Kant em relação aos valores, bem lembra Miguel Reale: “De certa forma pode-se dizer que, à medida que o homem veio sentindo a carência de seu ser histórico, posto entre as aporias de uma civilização em crise, mais emergiu e se alargou a pergunta sobre o destino da espécie, ou como costume dizer, sobre o *dever ser* do ser do homem”. (REALE, Miguel. “A problemática dos valores entre dos mundos em conflito”. In: *Revista Brasileira de Filosofia*, vol. 11, fasc. 43, jul/set, 1961, p. 325).

²¹⁰ Cf. ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência (através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann)*. São Paulo: Saraiva, 1996, *passim*.

²¹¹ ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência (através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann)*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 144.

Com base na lição acima, Hartmann aparenta buscar uma filosofia dos valores que os reconheça como entes ideais, que se realizam na prática concreta com base no seu ser, fugindo assim a um subjetivismo, a um empirismo ou a um ceticismo.

Também, Hartmann defende que os valores aprendidos podem ser conhecidos emocionalmente num primeiro momento e só depois de uma forma racional, sendo o seu dever ser uma parte do seu ser ideal. Percebe-se, então, que graças à intuição se atinge e penetra-se neste mundo dos valores, aferindo-os no plano emocional. João Maurício Adeodato assevera tal fato: “O conhecimento dos valores é *a priori* e ideal, ainda que se revele através de uma emoção diante de um fato real. Ele é primariamente emocional e apenas secundariamente racional. Surge então o problema importante de como se conciliar o emocional e o racional presentes em um único ato. Também aqui a descrição fenomenológica do ato valorativo é o caminho. (...) Não se pense que, muito embora a intuição axiológica se dê a cada sujeito individual, ela não seja dotada de objetividade, como visto. Prova disso diz Hartmann são as evidências de valores que existem mas permanecem na esfera ideal, carecendo de reação; a história da humanidade que muitos valores são descobertos e vêm para ficar enquanto outros manifestam-se e logo desaparecem”.²¹²

Enfim, as teorias objetivistas tratam os valores como entes ideais que existem por si e independente da experiência humana. Estes valores vão sendo intuídos e formam a base do ser dentro de um ontologismo axiológico até certo ponto radical.

Críticas não faltam às teorias objetivistas, tendo sido formuladas por exemplo por Nietzsche que, em tom revolucionário, inverteu a ordem dos valores, proclamando que “o mundo se volta sempre para os inventores de valores novos”. Como diz Miguel Reale, Nietzsche “estava anunciando a inversão de todos os valores, proclamando que ‘o mundo se volta sempre para os inventores de valores novos’, estava situando genialmente o problema nas coordenadas da temporalidade, demonstrando, em

²¹² ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência (através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann)*. São Paulo: Saraiva, 1996, pp. 154/155 Também, ver ADEODATO, João Maurício. “O platonismo em nosso tempo: axiologia e justiça em Nicolai Hartmann”. In: *Revista Acadêmica: Faculdade de Direito do Recife-UFPE*, nº 74, 1992, p. 23.

suma, que a Axiologia deve se desenrolar cada vez mais em consonância com a teoria do homem e a teoria da história”.²¹³

Bem ressalta Francisco Bueno Torres que Nietzsche provocou uma grande revolução na análise e perspectivas dos valores dentro da filosofia, atestando não existir hierarquia definida e transcendental entre os valores, e não sendo estes ideais, mas decorrentes da história e experiências humanas dentro de um relativismo evidente. Veja-se a lição: “Contudo, julgam que tal hierarquia, como os próprios valores, seja de todo independente da opção humana, o que, aliás, toda a escolha a pressupõe, seja ou não conforme a ela. Essa é, precisamente, também a crença de Nietzsche, mas a sua hierarquia é diferente, predomina a dos valores vitais, dos que se encarna a Vontade de Poder. ‘Os valores morais, dizia Nietzsche, ocuparam até hoje nível mais alto; quem poderia duvidar deles? Mas tiremos desses valores o seu lugar e mudemos todos os valores: convulsionaremos então o princípio da hierarquia precedente.’ O imoralismo do autor de ‘Assim Falava Zaratrusta’, o seu ‘relativismo axiológico’, pelo qual se faz crítico da moral corrente e nela vê formas camufladas de egoísmo e hipocrisia, é simplesmente a proposta de uma nova tábua de valores fundada no princípio da aceitação entusiástica de uma nova tábua de valores fundada no princípio da aceitação entusiástica da vida, na preemência do espírito dionisíaco”.²¹⁴

As teorias subjetivistas, que surgem com Nietzsche, mostram os valores como algo construído pelo ser humano. Muitas vezes valores que se transformam depois em contra-valores, demonstrando cabalmente a natureza um tanto quanto egoística e volúvel do homem.

A grande questão é distinguir um valor verdadeiro de um contra-valor para estas teorias subjetivistas. Ricardo Maliandri assevera: “Esto nadie lo pone en duda. Pero de lo que puede dudarse es de si siempre hay un criterio seguro para distinguir claramente, en cada caso, entre lo genuino y lo falso. Muchas veces se há optado por censurar toda la cultura en general, calificándola como algo que corrompe y que

²¹³ REALE, Miguel. “A problemática dos valores entre dos mundos em conflito”. In: *Revista Brasileira de Filosofia*, vol. 11, fasc. 43, jul/set, 1961, p. 325.

²¹⁴ TORRES, Francisco Bueno. “Ética dos valores”. In: *Justitia*, ano: 41, vol. 104, 1º trimestre, 1979, p. 60.

desfigura artificialmente la esencia humana; y, en consecuencia, se há indicado la 'vuelta a la naturaleza' como única actitud cuerda y aconsejable".²¹⁵

Também, Carl Schmitt assevera a tirania dos valores, demonstrando - ao seu ver - que os valores são importantes para quem tem poder para decidir. Resta transcrita a lição do autor: "Si conseguimos entender bien la frase 'tirania de los valores', tenemos incluso una clave para comprender que toda la teoría de los valores no hace más que atizar e intensificar la lucha antigua y eterna de convicciones e intereses. No nos sirve de nada que haya modernos filósofos del valor que reconocen 'relaciones de fundamento'; gracias a éstas se puede preferir, en ocasiones, el valor inferior al superior, porque aquél es la condición previa para éste. Todo esto pone de relieve el confusionismo existente en la argumentación de valores, que sucita continuamente relaciones y puntos de vista nuevos, pero que siempre se reserva el derecho de repochar al adversario el no ver valores evidentes; en outras palabras, de descalificarlo como ciego a los valores".²¹⁶

Assevera, também, o autor que relacionado a cada valor existe um contra-valor, até porque nada pode se valorizar sem com o tempo se desvalorizar. Além disto, destaca que a existência de valores e a liberdade de aferi-los é a própria marca da destruição da teoria dos valores que é basicamente conflitiva.²¹⁷

Por fim, conclui que a pretensão na existência de valores absolutos (objetivos) ou decorrentes da experiência (subjetivos) acaba agravada pela lógica do desvalor no sentido contrário, porque o valor para um pode não ser para outro e os critérios de determinação dependem de imposição não tendo base racional, o que pode

²¹⁵ MALIANDI, Ricardo G. "El carácter conflictual de los valores". In: *Revista de La Universidad*, Publicacion de La Universsidad Nacional de La Plata, vol. 15, 1960, p. 21.

²¹⁶ SCHMITT, Carl. "La Tiranina de Los Valores". In: *Revista de Estudios Politicos*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, vol. 115, enero/febrero, 1991, p. 76.

²¹⁷ Sobre esta ótica conflitiva dos valores, Schmitt destaca muito bem: "Es trágico que incluso el origen y sentido de la filosofía de valores queden olvidados y perdidos, y este intento de una superación del nihilismo científico-positivista se destruye a sí mismo. Porque también la libertad absoluta de valores, en la ciencia, se puede establecer y hacer valer como valor, incluso como valor supremo, y níguna consecuente lógica del valor puede evitar que el autor y ejecor de este valor puede evitar que ela autor y ejecutor de este valor supremo condene la misma filosofía de valores, según su propia lógica, como contraia a la ciencia, opuesta al progreso, sin valor y nihilista. Al fin de la lachu entre valorizadores y desvalorizadores se oirá en ambos bandos un horrible *pereat mundus*". (SCHMITT, Carl. "La Tiranina de Los Valores". In: *Revista de Estudios Politicos*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, vol. 115, enero/febrero, 1991, p. 75).

ensejar radicalismos e a implantação de “valores” inaceitáveis. Assevera neste sentido: “conocemos el origen que tuvo la filosofía de valores en la crisis nihilista del siglo XIX; pero ya no podemos compartirlo, porque hicimos la experiencia de que tampoco la pretensión de valores objetivos puede superar esta crisis. Por el contrario, la lógica del valor, que siempre es, al mismo tiempo, una lógica del sinvalor, condujo a una exacerbación enorme y amaneza de intersificar aún la problemática del siglo atómico. (...) Hemos intentado con nuestras consideraciones llamar la atención sobre este aspecto del problema de los valores y advertir una posibilidad peligrosa que todavía no há legado plenamente a la conciencia”.²¹⁸

Deve-se atentar que tanto as teorias objetivas quanto as subjetivas são radicais. Primeiro, porque não demonstram de onde emanam os valores; segundo, porque não delineiam os contornos e os conteúdos dos valores que almejam proteger e garantir na esfera ideal ou concreta; terceiro, porque ingressam às vezes num irracionalismo idealista ou num pragmatismo cético.

O que se deve buscar, na realidade, é a fonte dos valores através de uma nova ética na atuação do ser humano. Bem assevera neste aspecto Francisco Bueno Torres: “Assim, devemos procurar uma nova ética dos valores, uma outra classificação e hierarquia dos valores, visando dignificar os homens, em sentido geral, valorizando-os, dando condição a uma ciência normativa de conduta, destinada a proporcioná-lo a atingir seus fins na plenitude de sua vivência”.²¹⁹

Numa busca do conteúdo dos valores, Nelson Saldanha determina a base dos mesmos na história e na cultura de cada civilização. Destaca que os valores variam no tempo e no espaço, sendo sustentados pela tradição e cultura de um povo. Veja-se a lição do autor: “Mas o valor, por outro lado (e isto vem a propósito do ‘significar’), se relaciona dentro das culturas, às projeções simbólicas e à faculdade de simbolizar. Os símbolos carregam significações e nestas latejam valores. Cossio, mencionando em certo passo a conversação de um objeto natural em objeto cultural, aludiu a uma pedra (ou uma árvore) que dois grupos humanos tomam de seus territórios, e que ao

²¹⁸ SCHMITT, Carl. “La Tiranina de Los Valores”. In: *Revista de Estudios Políticos*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, vol. 115, enero/febrero, 1991, p. 79.

²¹⁹ TORRES, Francisco Bueno. “Ética dos valores”. In: *Justitia*, ano: 41, vol. 104, 1º trimestre, 1979, p. 60.

adquirirem um significado específico passam a ter um novo valor. (...) A referência a contextos, que são obviamente histórico-culturais, nos coloca por diante o problema da variabilidade dos valores, e portanto de sua dependência em relação a condicionamentos. A tal respeito, há autores que alegam que aí se trata, não do valor propriamente dito, mas da valoração. Nesta ocorrência, no caso, a relação com condicionamentos e a sempre mencionada variação de crenças e gostos, que às vezes são versões distintas de um mesmo valor. Entretanto a idéia dos valores, a referência a eles como entidades específicas, intactas em sua idealidade e portanto ‘universais’, pode ser vista como construção cultural: é necessário que em determinado contexto se elabore uma determinada metafísica, como a de Platão, e nela caiba a alusão a algo como as idéias; ou como a de Hartmann, que retoma uma tradição filosófica que passa por Platão e Kant”.²²⁰

Ainda, para Nelson Saldanha, os valores também estão vinculados aos setores institucionais, provindo da experiência para manutenção da ordem jurídico-social. Deve, pois, a hermenêutica delimitá-los a partir da ordem posta, definindo seu sentido e alcance com base na referida dinâmica institucional.²²¹

Por fim, conclui Nelson Saldanha que cada ordem jurídica se lastreia em um conjunto de valores, o que denota sua modificação em cada realidade posta: “Na sucessão dos ‘tipos históricos’ de Estado é possível (sempre concedendo ao conjectural e ao aproximativo) tentar encontrar correlações entre o valor ordem e outros valores, ou variações da posição da ordem em relação aos valores ético-sócio-políticos, bem como aos componentes ‘reais’ dominantes. (...) Assim, e apesar da relativa artificialidade de todos os esquemas desta espécie, pode-se por certo encontrar a ordem como uma constante, variando sempre o valor que a apoia”.²²²

²²⁰ SALDANHA, Nelson. *Filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, pp. 114/115.

²²¹ Sobre a conexão entre a ordem jurídica concreta e os valores, destaca o Prof. Nelson Saldanha: “São as ordens jurídicas *in concreto* que, dentro de uma realidade onde se incluem condicionamentos e decisões, definem a inserção de determinados valores dentro de seus dispositivos. Um ordenamento politicamente liberal incorporará valores diferentes dos de um socialista; também o direito dos países árabes apresenta obviamente valores de tipo outro, que não os chamados cristãos”. (SALDANHA, Nelson. *Filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, pp. 136/137). Ver ainda, SALDANHA, Nelson. “As constantes axiológicas da cultura e da experiência jurídica brasileiras”. In: *Anuário do Mestrado em Direito*, Recife, nº 4, jan/dez, 1988, p. 72.

²²² SALDANHA, Nelson. *Ordem e hermenêutica: sobre as relações entre as formas de organização e o pensamento interpretativo, principalmente no direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 142.

Como se pode notar, a perspectiva de valor para Nelson Saldanha é *data vênia* formal, baseando-se na manutenção da ordem em um determinado sistema normativo, evoluindo e modificando-se ao longo da História. Enfim, idéia formal que não destaca – salvo melhor juízo - um conteúdo específico para o direito.

Já Miguel Reale procura demonstrar ser o homem a fonte de todos os valores na perspectiva de que as invariantes axiológicas devem assegurar uma liberdade plena. Assim, o homem vale porque é e avalia tudo. Veja-se a posição de Reale: “Daí a minha afirmação fundamental de que o homem é o valor-fonte de todos os valores porque somente ele é originariamente um ente capaz de tomar consciência de sua própria valia, da valia de sua subjetividade, não em virtude de uma revelação ou de iluminação súbita de ordem intuitiva, mas sim mediante e através da experiência histórica em comunhão com os demais homens. (...) Estou convencido, perdoai minha imodéstia, que, com distinção, contribuí para estabelecer novas bases para a autonomia da Axiologia, como teoria dos valores concebidos como expressões ou modelos do dever-ser, uma das duas atitudes gnoseológico-práticas primordiais do homem em sua universalidade”.²²³

Assevera Reale que o homem é a fonte de todo valor, porque além de um ser, ele também tem a dignidade originária de ser enquanto deve ser. Acaba-se, nesta perspectiva, constituindo o ser do homem o seu próprio dever ser sempre na busca dos valores fontes na realização da experiência histórica. Veja-se o delineamento do seu pensamento: "Eis aqui a verdade fundamental, que nos entreabre os pórticos do reino dos valores: o ser do homem é o seu dever ser, porque só ele, dentre todos os entes, de maneira originária (e não derivada, como ocorre com os bens de cultura, desde os econômicos aos artísticos) é *enquanto deve ser*".²²⁴

²²³ REALE, Miguel. “Invariantes axiológicas”. In: *Revista Brasileira de Filosofia*, vol. 39, fasc. 167, jul/set, 1992, p. 234. Também, ver REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 16ª edição, 1994, p. 209.

²²⁴ REALE, Miguel. “A problemática dos valores entre dos mundos em conflito”. In: *Revista Brasileira de Filosofia*, vol. 11, fasc. 43, jul/set, 1961, p. 335. Também, ver: REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 16ª edição, 1994, p. 220.

Destaca-se, assim, que o ser humano incluído numa coletividade vive valores comuns, procurando realizá-los e densificá-los. Entretanto, há homens que possuem patamar axiológico distinto às vezes de maior elevação e sofrem por isto.

Já, Cláudio Souto destaca que existe uma falta de cientificidade e caráter substancial ao direito, ocasionando assim a ausência de um critério axiológico baseado em dados empíricos testados, bem como apoiados na ciência para determinar o que é o direito.

Na lição do Sociólogo do Direito, Cláudio Souto, esta ausência de valores firmes acabam por tornar o direito pouco realizável e distante da realidade posta. Acompanhe-se o seu pensamento: “Tudo indica que em Sociologia do Direito se haverá de efetuar uma síntese dessas abordagens. De fato, sem abandono dos estudos instrumentais, decerto úteis, o desenvolvimento científico da Sociologia Jurídica a estará conduzindo a esquemas conceituais gerais menos imprecisos e, mesmo, a proposições genéricas, as quais, sem desconsideração do sentimento de justiça operante socialmente, tendem a ser articuladas em um modelo teórico indutivo-dedutivo tanto quanto possível exato e cientificamente válido. Em suma, superando-se os paradigmas antitéticos tradicionais, já parece estar em formação na Sociologia do Direito a revolucionária síntese entre sentimento de justiça (comprovável empiricamente) e dados de ciência empírica”.²²⁵

Defende o autor que os valores reais são aqueles plasmados na sociedade e que disseminam um sentimento de agradabilidade entre os atores sociais, conduzindo a uma maior harmonia no convívio e nas interações positivas compartilhadas no meio social. Veja-se a lição: “É de notar-se que, por trás do dever ser do homem normal, está o impulso de conservação do indivíduo e da espécie. Este impulso, de forma refinada (tipicamente humana), aparece como um postulado ético básico: o homem e o mundo devem ser e desenvolver-se (ou ser cada vez mais profundamente). Se a ciência empírica, ela própria, descansa em postulados metacientíficos (‘o mundo existe’, ‘podemos conhecer o mundo’, ‘os fenômenos são causalmente relacionados’, etc.), por que não descansaria o direito, em última análise, em um postulado ético, mera tradução

²²⁵ SOUTO, Cláudio. “Por uma axiologia jurídica científico-social”. In: *Anuário do Mestrado em Direito*, Recife, nº 4, jan/dez, 1988, pp. 92/93.

humana do impulso geral animal de ser, que é o dever ser fundamental ? Dessa maneira, o fenômeno direito, como alguma coisa de acordo com ciência empírica, com sentimento, e com impulso de ser, corresponderia, de maneira teórica menos imprecisa, à natureza humana”.²²⁶

O referido autor busca fundamentação sociológica na busca dos valores de forma empírica, sem colacionar - salvo melhor juízo - argumentos a fim de atingir a essência dos valores. Acaba, pois, *data vênia*, por criar uma visão formalista ausente de conteúdo para explicitar o que são e como são os valores.

Outros entendem que os valores estão no consenso da coletividade obtido na contextura jurídico-política democrática. Veja-se a observação de Geórgia Bajer Fernandes e Paulo Sérgio Leite Fernandes: “Quando se diz, então, que a problemática em torno da opção de valores é resolvida pelo consenso e que o consenso é estabelecido democraticamente pela via representativa, tem-se que admitir que a decisão de escolha se faz levando-se em consideração um denominador comum, o mais genérico possível, de forma a fazer desaparecer as diferenças e os pontos de discordância”.²²⁷

Tal explicitação não tem carga científica fundamentadora, podendo acabar caindo na tirania dos valores tão asseverada anteriormente por Carl Schmitt.

O importante é ter em mente que os valores devem servir para proteger o homem, garantindo-lhe a paz e a harmonia. Assim, os valores mais elevados são o altruísmo, a doação, o amor pelas pessoas. Bem ressalta estes valores Miguel Reale: “Embora sem sentirem a crueza do exemplo lembrado, há homens que tudo sacrificam para a salvação das coisas, sem se aperceberem dos gemidos e dos gritos de dor e de revolta que vão semeando em sua marcha inexorável. Outros há, ao contrário, que põem a tônica do amor nos valores da pessoa do próximo, sabendo amar, na concretude imediata do possível, a humanidade genérica e abstrata. Tais homens não vacilariam um

²²⁶ SOUTO, Cláudio. “Por uma axiologia jurídica científico-social”. In: *Anuário do Mestrado em Direito*, Recife, nº 4, jan/dez, 1988, p. 96.

²²⁷ PORFÍRIO, Geórgia Bajer Fernandes de Freitas & FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. “Valores em conflito na constituição”. In: *Revista do Advogado – Associação dos Advogados de São Paulo*, nº 53, out, 1998, p. 335.

instante sequer em salvar a criança, e através dela, o valor por excelência, que é o próprio homem visto como valor-fonte de todos os valores”.²²⁸

Percebe-se, então, que os valores não teriam sentido para o homem se não preservassem sua dignidade. Veja-se a lição de Francisco Bueno Torres: “Pouco importaria a ética dos valores, se ela fosse uma medida opressora da vida humana, que não preservasse a sua dignidade. A pessoa humana, caracterizada por ser **ens in se e ens per se**, além de sua singularidade, substancialidade, integralidade, perfectibilidade, incomunicabilidade, liberdade e imortalidade, segundo a doutrina tomista, é ‘o único ente que originariamente é e **deve ser**, no qual **ser** e **dever ser** coincidem, pois o seu **ser** é o seu **dever ser**.’ E ela deverá ser **respeitada** por ser um **valor absoluto**, meta jurídico, filosófico, moral e muito mais religioso. Os estóicos e depois o cristianismo colocaram a ‘humanitas’ como ser dignificante acima da cidadania e da nacionalidade, **por ser universal**, a ‘imagem e semelhança de Deus.’ Por isso, todos os valores, toda a hierarquia dos valores, toda a ética dos valores somente serão válidos se construídos para a sua perfeição, objetivando a plenitude de sua **dignidade**”.²²⁹ (grifos no original)

Neste contexto, pode-se buscar o conteúdo dos preceitos fundamentais enquanto valores: valores de preservação da ordem normativo-jurídica, como diria Nelson Saldanha; valores que geram agradabilidade social, como diria Cláudio Souto; valores que são historicamente formulados; valores que sobretudo visam a preservar a dignidade da pessoa humana, não obstante seu caráter polêmico subjetivo/objetivo, histórico/empírico/ideal, como destaca Miguel Real.

Portanto, o conteúdo dos preceitos fundamentais reside não apenas em meras normas, nem princípios, mas em valores de uma ordem jurídica posta para o engrandecimento do homem.

2.2.4. Os preceitos fundamentais: a busca de sua essência

²²⁸ REALE, Miguel. “A problemática dos valores entre dos mundos em conflito”. In: *Revista Brasileira de Filosofia*, vol. 11, fasc. 43, jul/set, 1961, p. 335.

²²⁹ TORRES, Francisco Bueno. “Ética dos valores”. In: *Justitia*, ano: 41, vol. 104, 1º trimestre, 1979, p. 63.

Enfim, tentou-se até agora asseverar e destacar como poderíamos delimitar o conteúdo da expressão preceitos fundamentais, estampada no parágrafo 1º, do art. 102, da CF/88.

Mostraram-se as dificuldades desta delimitação. Primeiro, a doutrina é recalitrante, vacilando por opiniões gerais, mantendo em dúvida o operador do direito sobre o teor e conteúdo específicos dos preceitos fundamentais.

Também, a falta de elementos sintáticos na legislação brasileira e a ausência de critérios na jurisprudência pátria não permitiram a fixação de uma orientação e delimitação a respeito do conteúdo dos preceitos fundamentais.

A forma, então, encontrada foi tentar analisar a expressão à luz das modernas teorias da hermenêutica constitucional, acompanhando as lições de Konrad Hesse, Friederich Müller, Peter Häberle, procurando através das técnicas da tópica, retórica e da concretização em suas diversas matizes asseverar o limite e alcance destes preceitos.

Destacou-se, ainda, a possível contribuição da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy pela análise científico-empírica integrada que realiza, bem como a influência do garantismo de Luigi Ferrajoli na proteção dos interesses da sociedade na concretização dos direitos fundamentais.

Restou percebido, mesmo assim, que apenas foram delineados os contornos de cunho formal dos preceitos fundamentais, associando as teorias que os aproximam da realidade posta e dão base até a sistematizações de categorias. Entretanto, não ficou evidenciado até ai o conteúdo dos preceitos fundamentais.

Surgiu, então, a questão se os preceitos fundamentais seriam normas, princípios, se estariam sempre positivados na ordem normativo-dogmática ou não.

Aqui, procurou-se afastar a idéia dos preceitos fundamentais como meras normas ou princípios, a fim de evitar teses decisionistas como a de Carl Schmitt, que vê

o conteúdo da Constituição como uma mera decisão política sem fundamentos éticos necessários.

Foram visualizados, então, os preceitos fundamentais no aspecto ontológico (conteúdo) dentro da idéia de valor (axiologia). Os valores dentro da filosofia foram destacados nos âmbitos objetivos e subjetivos, asseverando a forma como surgem e o seu conteúdo.

Além disto, as diversas perspectivas dos valores, desde o ontologismo platônico-axiológico de Hartmann até a tese de Miguel Reale do valor ser o próprio homem, foram destacadas.

Restou evidenciada a importância da preservação da dignidade da pessoa humana, dos valores associativos e da harmonização social, destacando a necessidade de respeito ao ser humano em sua integralidade.

A preservação da dignidade humana,²³⁰ com a visão do conteúdo dos valores, denota a necessidade de participação coletiva, demonstrando que além dos direitos há deveres de todos para com todos que devem ser respeitados.

A sociedade, o Estado, todos vão dar conteúdo aos valores para preservar a dignidade da pessoa humana em toda a sua complexidade, tornando real, harmônica e pacífica a convivência social, permitindo a realização normativa das leis e da própria Constituição em benefício de toda a coletividade. Luís Roberto Barroso explicita: “Há de se ter em vista, no entanto, que a manipulação das normas jurídicas não é artifício adequado para que saltem etapas históricas, e é estéril qualquer lei que não seja legitimada pelo suporte político de um anseio social cristalizado. Atente-se para esse ponto importante: a força normativa da Constituição e das leis é, indiscutivelmente, uma

²³⁰ Sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, SANTOS, Marcos André Couto. “A delimitação de um conteúdo para o direito: em busca de uma renovada teoria geral com base na proteção da dignidade da pessoa humana”. In: *Revista de Informação Legislativa*, ano: 39, nº 153, jan/mar, 2002, pp. 163/191; SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001; SILVA, José Afonso da. “A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia”. In: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 212, abr/jun, 1998, pp. 89/94 e RABENHORST, Eduardo Ramalho. *Dignidade Humana e Moralidade Democrática*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

das forças que influenciam a realidade política, mas não é a única, nem pode ser concebida sem sintonia com outros elementos”.²³¹

Mas deve-se notar ainda que os valores que amparam a dignidade da pessoa humana também não são absolutos, sofrendo a influência da contextura social em que estão inseridos.

Neste sentido, bem destaca João Maurício Adeodato que no direito há sempre conflitos a serem sanados, podendo a forma de resolução variar, tornando insubsistentes argumentos que procuram delimitar verdades de cunho imodificável. Veja-se a lição do autor: “É certo que o direito se vai constituindo à medida em que as opções conflitivas vão sendo decididas. Por isso mesmo, não é possível fixar critérios gerais que tornem determinadas alternativas preferíveis a outras porque o *direito é assim* ou assado. Daí não se poder afirmar que o direito legítimo pressupõe esta ou aquela forma de governo, este ou aquele regime econômico, embora se possam descrever os efeitos de determinada estratégia política ou econômica para obtenção de legitimação. Isso porque os argumentos jurídicos não se apresentam unicamente como silogismos mas incluem argumentos estratégicos, erísticos”.²³² (grifo no original)

Mesmo assim, ainda ressalta o autor que se deve buscar um valor axiológico essencial para o direito, a fim de garantir o cidadão e manter a harmonia social. Uma das conclusões do autor é a seguinte: “A importância existencial do conteúdo axiológico do direito, fundamental para o jurista e para o cidadão, não encontra, contudo, guarida na descrição ontológica. As duas dimensões não devem ser confundidas: de um lado a *descritiva* – cujo vetor aponta para o passado, para o efetivo *a posteriori* -, de outro, a dimensão *construtiva* (prescritiva) do direito, realidade *in fieri* sobre a qual posições apriorísticas e ideológicas irão influenciar, na medida em que o conteúdo do direito, também inevitável, é feito pelo homem e pela comunidade a partir dele constituída”.²³³ (grifo no original)

²³¹ Cf. BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidade da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 124.

²³² ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência (através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann)*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 215.

²³³ ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência (através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann)*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 210.

A importância, segundo Alexandre da Maia, na esteira das lições de João Maurício Adeodato, é coadunar a tese de uma suposta inviabilidade de uma ontologia plena e absoluta com a idéia de promoção de valores necessários à coletividade que venham a delinear uma “ética da tolerância”, dando segurança ao direito. Claras as palavras de Alexandre da Maia neste sentido: “Como uma forma de coadunar os problemas gerados pela ontologia, e efetuar sua respectiva junção com a retórica, Adeodato surge com a proposta de uma ‘ética da tolerância’, que busque exatamente respeitar a diversidade servindo as normas do direito positivo como forma de auferir a segurança necessária ao direito, e os espaços argumentativos como claramente existentes em respeito à diversidade de formas de percepção do jurídico”.²³⁴

João Maurício Adeodato, agora, discorrendo sobre o positivismo jurídico diz que a dogmática cristalizou valores, conseguindo bem ou mal na atualidade implantar uma certa ética. Vale a pena transcrever as palavras do autor: “Aí a contribuição ética do positivismo, tal como definido aqui: como não há uma justiça evidente em si mesma, nós próprios é que temos de tomar em nossas costas o fardo de dizer, de por (daí *positivismo*) o direito. Foi o que mudou: o direito continua axiológico como inevitavelmente o é, mas seu valor não está pré-fixado por qualquer instância a ele anterior ou superior. Ele não é imposto pela infalibilidade do Papa ou da Santa Madre Igreja, nem é fixado a partir desta ou daquela concepção que alguém tenha de ‘justiça’ ou de ‘razão’”.²³⁵

Assevera, ainda, que os valores postos pelo positivismo dogmático têm seu conteúdo homogêneo, conduzindo ainda que precariamente a uma certa estabilidade jurídica. Veja-se esta conclusão: “A ética inerente a um positivismo moderno, parecidos, não é aquela que, por admitir qualquer conteúdo, presta-se, por exemplo, a justificar a imposição compulsória de padrões homogêneos de comportamento a toda a comunidade. Por recusar parâmetros de conduta legítimos ‘em si mesmos’, o positivismo coaduna-se mais facilmente com uma ética genericamente cética,

²³⁴ MAIA, Alexandre da. *Ontologia jurídica: o problema de sua fixação teórica com relação ao garantismo jurídico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, pp. 110/111.

²³⁵ ADEODATO, João Maurício. “Modernidade e Direito”. In: *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco (ESMAPE)*, vol. 2, nº 6, out/dez, 1997, p. 272.

compreensiva, disposta a tolerar posturas diversas, desde que não se pretendam estender a todos a todo custo”.²³⁶

Realmente, os valores de preservação da dignidade humana estão esculpidos nas Cartas Magnas, e em especial na Constituição Federal Brasileira de 1988. A grande questão é conseguir efetivá-los, concretizá-los em um Estado periférico e subdesenvolvido como o nosso. Entretanto, deve-se asseverar também que estes valores estão além da própria Carta Fundamental, plasmados inclusive nos Tratados Internacionais e no contexto social e humano como um todo, merecendo a mesma proteção e garantia daqueles positivados.

Enfim, os “preceitos fundamentais” são os valores que servem para informar uma ordem jurídica concreta, no caso a brasileira, preservando a segurança, ordem, harmonia social, garantindo especialmente a dignidade da pessoa humana²³⁷ em toda a sua plenitude.

Estes preceitos fundamentais, enquanto valores, podem adquirir a feição de normas, princípios ou não estarem nem mesmo positivados, sendo inferidos do âmbito normativo e social. São estes preceitos fundamentais continuamente densificados, garantidos e preservados pela sua clara e necessária conexão com a realidade sócio-empírica subjacente, tendo conteúdo axiológico elevado no sentido de buscar realizar os anseios humanos fundamentais, trazendo e provocando sentimentos de agradabilidade no seio social.

Para bem delimitar os preceitos fundamentais e seu conteúdo há uma necessidade premente de continua concretização dos valores, com a atuação permanente e ativa da comunidade, doutrinadores, operadores do direito, Tribunais na busca da delimitação ao menos operacional do conteúdo dos mesmos. Isto porque a sua densificação varia com base na realidade subjacente, merecendo continua adequação

²³⁶ ADEODATO, João Maurício. “Modernidade e Direito”. In: *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco (ESMAPE)*, vol. 2, nº 6, out/dez, 1997, p. 272.

²³⁷ Cf. SANTOS, Marcos André Couto. “A delimitação de um conteúdo para o direito: em busca de uma renovada teoria geral com base na proteção da dignidade da pessoa humana”. In: *Revista de Informação Legislativa*, ano: 39, nº 153, jan/mar, 2002, pp. 163/191.

para provocar a máxima efetividade da proteção do ser humano – fonte de todos os valores – em sua dignidade e anseios.

A positivação e o aprofundamento doutrinário-jurisprudencial do conteúdo dos preceitos fundamentais são importantes e necessários, mas deve-se atestar a necessidade de um espaço sempre aberto para sua maior efetivação e realização no plano filosófico-axiológico, em benefício da garantia de toda a sociedade e dos valores, preceitos e normas relacionadas.

De forma operacional, nos termos acima deveras destacados, nos limites desta Dissertação, pode-se destacar como sendo os “preceitos fundamentais” no Brasil aquelas regras, princípios e especialmente valores maiores de proteção do Estado Federal Democrático de Direito e de garantia da dignidade humana por meio da salvaguarda dos direitos fundamentais básicos, que devem ser concretizados e realizados de forma permanente pelos poderes constituídos e por toda a sociedade, sendo protegidos especialmente contra agressões sensíveis através do referido instituto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Enfim, espera-se que a Doutrina Pátria, os Juristas e inclusive o próprio STF compreendam o teor dos preceitos fundamentais, a serem protegidos através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, como sendo os valores constitucionais básicos que visam à proteção do Regime Democrático e do ser humano em sua inteira dignidade dentro da sociedade brasileira, não engessando o seu conteúdo, mantendo-o sempre aberto para uma interpretação construtivista.

Após a delimitação do significado e do alcance dos principais elementos a comporem a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, quais sejam: o “descumprimento” e os “preceitos fundamentais”, atestar-se-ão, no próximo capítulo, a dinâmica e a finalidade do instituto constitucional, bem como a sua aplicação prática e jurisprudencial no Brasil.

Capítulo 3. A dinâmica da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

Continuando na busca da finalidade e dos limites da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, procura-se neste momento caracterizar o instituto como instrumento de defesa da Constituição, de proteção dos preceitos fundamentais e de garantia da cidadania.

Para tanto, restam destacadas inicialmente as características e as finalidades do sistema de controle de constitucionalidade, ressaltando a sua importância clássica.

Após uma visão mais tradicional da temática, é asseverada a necessidade de visualizar o controle de constitucionalidade como um instrumento de defesa e promoção da cidadania.

Neste ponto, é delineada a importância do Poder Judiciário e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental para proteção dos preceitos fundamentais e a referida promoção da cidadania no Brasil, demonstrando ser relevante uma postura hermenêutica crítica para compreensão do novel instituto.

Em último plano, a finalidade maior do referido instituto constitucional pátrio resta destacada como devendo ser a garantia e preservação da dignidade da pessoa humana em sua integralidade no Brasil.

Como se atesta, o estudo da dinâmica da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental irá se lastrear na sua relação com o sistema de controle de constitucionalidade pátrio cada vez mais concentrado, observando-se de forma crítica as decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) ao julgar Arguições constitucionais específicas, propondo-se ao final alternativas para compreensão e alteração da legislação retora do referido instituto no Brasil.

Prefacialmente, é destacada a finalidade tradicional do sistema de controle de constitucionalidade dentro da temática delimitada.

3.1. O controle de constitucionalidade e sua finalidade: uma visão doutrinária tradicional

No século XVIII, surge o Movimento Constitucionalista,²³⁸ dando guarida à normatização de regras jurídicas de hierarquia superior reunidas em uma nominada Constituição, que serve como limitadora dos Poderes do Estado, preservando os direitos especialmente de liberdade dos cidadãos contra a opressão governamental.

Nesta seara, as Constituições (Cartas Magnas) garantiam inicialmente a separação dos poderes para evitar abusos, tendo também na supremacia de suas regras e preceitos um meio de preservar as liberdades públicas.

Quanto à separação de poderes, esta era uma exigência tão forte no Movimento Constitucionalista que o art. 10 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão estabelecia enfaticamente que: “toda sociedade, onde a garantia dos direitos não esteja assegurada nem a separação de poderes determinada, não possui Constituição”.

Esta separação de poderes para obstar abusos - Legislativo (que edita leis), Executivo (que aplica as leis e desenvolve políticas públicas) e Judiciário (que atesta a correta aplicação das normas) - tornou-se um dogma nos Estados Constitucionais.²³⁹

Alguns doutrinadores conduziram a tese da separação de poderes de forma tão radical que chegavam a estabelecer ser esta quase total, significando mesmo numa independência estanque dos poderes, desvirtuando as idéias originais de Montesquieu

²³⁸ Sobre o surgimento e a evolução do Movimento Constitucionalista, ver BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 4ª edição, 1993 e SALDANHA, Nelson. *A Formação da Teoria Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2ª edição, 2000.

²³⁹ BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 3ª edição, 1995, p. 157.

que não pregara a divisão absoluta dos poderes, mas sim a separação de funções e sua interpenetração constante para manutenção do equilíbrio institucional.²⁴⁰

Esta tese equivocada de separação total de poderes acabou por dificultar a própria proteção e garantia das normas e direitos constitucionalmente assegurados, retardando o desenvolvimento das formas e métodos de controle de constitucionalidade.

Portanto, diante desta divisão de poderes estatais “independentes”, percebe-se que a efetivação de um controle de constitucionalidade real, - diga-se controle de atuação do Legislativo e Executivo pelo Poder Judiciário -, para proteção das normas, preceitos, princípios e valores constitucionais-, era algo de certa forma bastante discutida e conflituosa.²⁴¹

Tal fato gerou a necessidade de uma posição incisiva do Juiz da Suprema Corte Norte-Americana John Marshall que, no histórico caso *Marbury x Madison*, questionou se deveria o julgador preservar uma lei que está em afronta à Constituição, ou garantir a Constituição declarando a não aplicação de uma lei que a afrontasse.

O voto e a decisão do Juiz Marshall constituem um marco do Constitucionalismo Moderno, tendo se fundado na tese da supremacia constitucional no sentido de que a Constituição é norma superior e por isto em caso de conflito com a lei

²⁴⁰ Sobre o desvirtuamento da teoria de Montesquieu, leciona Aderson de Menezes: “Com efeito, os revolucionários norte-americanos e franceses, inspirando-se embora em Montesquieu, desvirtuaram o sentido de sua construção teórica, empregando amiúde a expressão *separação de poderes* ou *divisão de poderes*, com a qual fizeram escola dentro do constitucionalismo hodierno. E nesse outro sentido, passaram a considerar os poderes estatais separados ou divididos, inteiramente isolados em departamentos estanques, sem comunicação possível de um a outro. Daí, evidentemente, o uso imoderado das locuções *poderes independentes, mas harmônicos entre si e poderes separados, porém coordenados*. Falava-se então, em *teoria da separação dos poderes*, concedendo-se injustamente a paternidade de tal ou qual doutrina ao escritor das *Letras Persas*. (...) Se havia chegado à incrível demasia de afirmar que, Montesquieu pregara a separação pura e simples dos poderes. Nada mais falso, muito embora, ainda atualmente, autores de renome continuem a insistir, quando não seja em advogar o excesso em si mesmo, pelo menos em agasalhar o engano interpretativo”. (MENEZES, Aderson de. *Teoria Geral do Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, pp. 254/255). Também, no mesmo sentido, Eros Roberto Grau colaciona: “O que importa verificar, inicialmente, na construção de Montesquieu, é o fato de que não cogita de uma efetiva separação de poderes, mas sim de uma distinção entre eles, que, não obstante, devem atuar em clima de equilíbrio”. (GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2ª edição, 1998, p. 171).

²⁴¹ Diante desta rígida separação de poderes, a preservação da Constituição pelo Judiciário ficava deveras prejudicada e era tímida nos primeiros momentos das Revoluções Contemporâneas (Americana e Francesa).

deve prevalecer e manter sua integridade; devendo, portanto, a lei contrária à Constituição ser expurgada do sistema jurídico posto.

A idéia da supremacia constitucional ganha assim inicialmente uma visão meramente objetivista, significando que a Constituição é uma norma superior advinda do Poder Constituinte, e que por isto deve prevalecer em relação a outras normas existentes dentro de um ordenamento jurídico.

Tal visão mecanicista e objetivista da hierarquia normativa, como fundamento básico da supremacia constitucional, ainda vem estampada na atualidade e de forma reducionista em alguns doutrinadores.²⁴²

Nesta esteia, a supremacia da Constituição seria garantida por um controle de constitucionalidade no qual se buscaria preservar a Carta Magna, aplicando as normas constitucionais por serem estas hierarquicamente superiores. Bem didática a respeito é a lição de Mauro Cappelletti sobre a forma do juiz aplicar a Constituição e declarar a inconstitucionalidade de normas inferiores, veja-se: “Raciocina-se em última análise, deste modo: a função de todos os juízes é a de interpretar as leis, a fim de aplicar aos casos concretos de vez em vez submetidos a seu julgamento; uma das regras mais óbvias da interpretação das leis é aquela segundo a qual, quando duas disposições legislativas estejam em contraste entre si, o juiz deve aplicar a prevalente; tratando-se de disposições de igual força normativa, a prevalente será indicada pelos usuais critérios ‘lex posterior derogat legi priori’, ‘lex specialis derogat legi generali’, etc.; mas evidentemente, estes critérios não valem mais – e vale, ao contrário, em seu lugar, o óbvio critério ‘lex superior derogat legi inferiori’ – quando contraste seja entre disposições de diversa força normativa: a norma constitucional, quando a Constituição seja ‘rígida’ e não ‘flexível’, prevalece sempre sobre a norma ordinária contrastante, do mesmo modo como a lei ordinária prevalece, na Itália assim como França, sobre o regulamento, ou seja, na terminologia alemã, *Cesetze* prevalecem sobre as *Verordnungen*. (...) Logo, conclui-se que qualquer juiz, encontrando-se no dever de decidir um caso em que seja ‘relevante’ uma norma legislativa ordinária contrastante

²⁴² VELOSO, Zenó. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2ª edição, 2000, p. 26.

com a norma constitucional, *deve não aplicar a primeira e aplicar, ao invés, a segunda*”.²⁴³

Como se atesta, seria o controle de constitucionalidade uma tarefa de subsunção e comparação da compatibilidade normativa entre uma lei e a Constituição, afastando-se em caso de conflito a lei para preservação das normas e princípios constitucionais.

Não se considerava, assim, a finalidade do controle de constitucionalidade como sendo mais ampla do que a mera proteção objetiva das normas constitucionais.

Tal visão causava perplexidade ao se buscar fundamentar como o Poder Judiciário poderia decidir estar uma lei afrontando a Constituição. Tal declaração do Poder Judiciário e os efeitos de sua decisão, dentro de uma análise tradicional, poderia inviabilizar a atuação do Poder Legislativo (representado por pessoas escolhidas pelo povo), obstando também a efetivação de políticas públicas pelo Poder Executivo, implicando isto aparentemente numa invasão de um poder sobre os outros, impedindo o desenvolvimento social e podendo gerar abusos com a quebra do equilíbrio institucional.

Até hoje, o controle de constitucionalidade feito pelo Poder Judiciário é questionado em certos aspectos. Por exemplo, não é permitida ainda em regra a extensão de certos efeitos de um julgado em sede de controle de constitucionalidade para determinar ao Poder Público adotar certas medidas na seara jurídico-política-social-econômica (necessidade de manejo do Apelo ao Legislador advindo do Modelo Alemão), ocorrendo também a resistência à adoção da redução do texto de uma lei ou a ampliação de seus efeitos, para adaptá-las aos ditames constitucionais dentro de uma moderna hermenêutica constitucional (Declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, Declaração de inconstitucionalidade com redução parcial do texto).²⁴⁴

²⁴³ CAPPELLETTI, Mauro (trad. Aroldo Plínio Gonçalves). *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2ª edição, 1992, p. 75.

²⁴⁴ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998, *passim*.

O tema ganha contornos e preconceitos marcantes quando se argumenta que o controle de constitucionalidade promovido pelo Poder Judiciário significa a invasão dos magistrados sobre os demais poderes em especial sobre o Legislativo, conduzindo à ameaça de um “governo de juízes”. Jorge Miranda refere-se a tal preocupação em sede de controle de constitucionalidade, sintetizando o pensamento de ilustres doutrinadores acerca dos poderes conferidos ao Judiciário e da possibilidade de ocorrência de abusos dentro de uma visão juspolítica tradicional: “Não quer isto dizer, no entanto, que o princípio da fiscalização jurisdicional não enfrente dificuldades ou resistências, por se temer ‘o governo dos juízes’, ou, pelo menos, a politização da justiça, em vez da judicialização da política. (...) Basta recordar a postura de Schmitt – para quem a essência do Estado é a decisão política; a de Loewenstein – se se entrega aos tribunais o direito de frustrar uma decisão política do Governo ou do Parlamento, corre-se o perigo ou de a decisão dos tribunais não ser acatada ou de a decisão política do Governo ficar substituída por um acto judicial que, embora revestido jurídico-constitucionalmente, não é senão um acto político de pessoas sem mandato democrático; a de Burdeau – a autoridade com poder de fiscalização é quem fixa o conteúdo de um política através da interpretação da Constituição; a Constituição não é feita para os juízes, é feita para os governantes; a política do juiz só pode ser negativa; ou a de Alfred Grosser – é difícil a posição dos tribunais constitucionais frente a conflitos de valores ou a antagonismos que atinjam os pontos mais sensíveis dos cidadãos ou os fundamentos éticos da sociedade”.²⁴⁵

Em sentido semelhante, Mauro Cappelletti também ressalta tal inquietude acerca do controle de constitucionalidade a cargo do Poder Judiciário, veja-se a lição do Mestre: “O aspecto mais sedutor, diria também o aspecto mais audaz e, certamente, o mais problemático do fenômeno (o controle de constitucionalidade) que estamos para examinar está, de fato, justamente aqui, neste encontro entre os dois poderes e as duas funções: o encontro entre a *lei* e a *sentença*, entre a *norma* e o *juízo*, ente o *legislador* e o *juiz*”.²⁴⁶

²⁴⁵ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional – Constituição e Controle de Constitucionalidade – Tomo II*. Coimbra: Coimbra Editora, 3ª edição, 1996, p. 387.

²⁴⁶ CAPPELLETTI, Mauro (trad. Aroldo Plínio Gonçalves). *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2ª edição, 1992, pp. 26/27.

As críticas acima destacadas demonstram quão insuficiente é justificar o controle de constitucionalidade apenas com base na supremacia formal da Constituição sobre as demais normas jurídicas, sob pena de dar margem à temerosa tese de dominação do Poder Judiciário sobre os demais poderes dentro de uma visão tradicional restritiva de separação estanque das funções estatais, não se visualizando que o controle de constitucionalidade na realidade é acima de tudo um instrumento de efetiva proteção dos direitos individuais, da integridade das normas, dos valores constitucionais e da cidadania, como a seguir restará delineado inclusive em sede da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

3.2. O Poder Judiciário, o povo e o controle de constitucionalidade: uma via para democratização e concretização da cidadania

A interpretação e aplicação das normas jurídicas e do Direito não pode ser feita meramente com base em esquemas conceituais pré-estabelecidos e estandarizados.

Ao contrário, na atualidade, o Direito deve ser interpretado e aplicado de forma construtiva, inovadora e constantemente aperfeiçoada como um instrumento de preservação da cidadania e da dignidade da pessoa humana.

Os conflitos sociais postos à apreciação do Poder Judiciário não podem ser enfrentados como meras irresignações, mas sim como problemas a serem solucionados com base na integração das normas jurídicas, dos valores sociais e da complexidade que envolve o fato conflituoso a merecer análise e decisão concreta por parte do Judiciário.²⁴⁷

Neste multifacetado âmbito de contendas existentes dentro de uma sociedade complexificada, urge que o Poder Judiciário altere sua visão reducionista, encarando os conflitos postos à sua apreciação de forma crítica, decidindo os casos

²⁴⁷ Sobre relevantes aspectos da moderna hermenêutica constitucional, ver item 2.2.2. da presente Dissertação de Mestrado.

litigiosos sempre procurando proteger os direitos fundamentais e os valores básicos do meio social.²⁴⁸

O Direito, neste contexto, tem de ser direcionado à proteção de bens e valores específicos, conquistados historicamente. Neste sentido, antes de preservar-se a Constituição como norma de hierarquia formal superior, deve-se procurar manter as Constituições contemporâneas como documentos materiais garantidores dos direitos individuais e coletivos do povo, rumo à concretização de uma cidadania efetiva em que se proteja precipuamente a dignidade da pessoa humana.

Esta nova supremacia constitucional material/substancial residiria principalmente no desenvolvimento de instrumentos para promover a cidadania, garantindo em último plano a dignidade da pessoa humana.

Destacando este caráter material e axiológico da Constituição, bem como argumentado acerca da necessidade de proteção dos valores constitucionais de uma forma ativa, tem-se a pertinente lição de Márcio Augusto Vasconcelos Diniz. Veja-se: “a supremacia constitucional só se realiza eficazmente se o próprio ordenamento jurídico consagrar, na prática, meios destinados a sancionar as infrações à Constituição, independentemente de sua hierarquia no plano lógico-jurídico. Não basta, portanto, a proclamação meramente política do princípio da supremacia constitucional por meio da diferenciação e da subordinação formal e material entre normas constitucionais e

²⁴⁸ Lenio Luiz Streck delinea com clareza dever o Direito fugir da padronização e despersonalização na sua interpretação e aplicação, sob pena de servir apenas para manutenção de um *status quo* de poder. Vejam as palavras do autor: “pode-se dizer, a partir das lições de Sercovich, que o discurso dogmático torna-se transparente, gerando uma cadeia significativa no interior da qual as seqüências discursivas remetem o usuário/operador jurídico diretamente à realidade, mediante o processo de ocultamento das condições de produção do sentido do discurso. A este fenômeno podemos denominar de ‘fetichização do discurso jurídico’, é dizer, através do discurso dogmático, a lei passa a ser vista como sendo uma lei-em-si, abstraída das condições (de produção) que a engendraram, como se a sua condição-de-lei fosse uma propriedade ‘natural’. Conseqüentemente, complementando com o mesmo Sercovich, o discurso dogmático se transforma em uma imagem, na tentativa (ilusória) de expressar a realidade-social-de-forma-imediata. No fundo, o discurso jurídico transforma-se em, um ‘texto sem sujeito’”. (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(em) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 73). Também, sobre os modernos métodos de interpretação, ver a tese CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação: Uma Contribuição ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

normas infraconstitucionais, sem que sejam estabelecidos mecanismos e técnicas adequadas para coibir a violação daquelas primeiras”.²⁴⁹

A função assim do Poder Judiciário seria de servir como guardião e protetor dos direitos fundamentais, salvaguardando as conquistas da cidadania.

Neste ponto, claras também as palavras de Clèmerson Merlin Clève ao destacar que não basta proteger a Constituição para preservar a sua supremacia como norma fundante, mas a garantia da Carta Magna somente vem com a implementação dos seus dispositivos de cunho material e substancial no dia-a-dia dos cidadãos com a promoção de uma existência digna. Vale a pena transcrever a lição do autor: ”A compreensão, todavia, da Constituição como Lei Fundamental implica não apenas o reconhecimento da supremacia da Constituição na ordem jurídica, mas, igualmente, a existência de mecanismos suficientes para garantir juridicamente (eis um ponto importante) essa referida qualidade. A supremacia, diga-se logo, não exige apenas compatibilidade formal do direito infraconstitucional com os seus comandos definidores do modo de produção das normas jurídicas, mas também a observância de sua dimensão material. A Constituição, afinal como quer Hesse, é uma ‘ordem fundamental, material e aberta de uma comunidade’. É ordem fundamental, posto que reside em posição de supremacia. É, ademais, ordem material porque além de normas contém uma ordem de

²⁴⁹ DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. *Constituição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998, p. 104. Também, ateste-se no mesmo sentido que a finalidade do controle de constitucionalidade efetivado pelo Poder Judiciário é mais ampla do que a mera proteção à supremacia da Constituição em sentido formal, sendo um instrumento de garantia dos chamados direitos públicos subjetivos dos cidadãos. Bem ressalta Juan José Gonzalez Rivas: “La tendencia actual se refleja en una tutela jurisdiccional contra actos inconstitucionales de órganos del Estado o de sus sujetos auxiliares, pero además, y ciñéndonos al contenido competencial, se podría señalar que la realización integral de esta jurisdicción entraña un control de la constitucionalidad de las Leys, una solución de los conflictos de las atribuciones entre los poderes del Estado y una defensa de los derechos fundamentales, la resolución de los conflictos de atribuciones, y la más destacada: el control de la constitucionalidad normativa, algunas de las manifestaciones típicas de la justicia constitucional. (...) De este modo, concluiremos en las tres ideas básicas de la jurisdicción constitucional: 1- El principio de la constitucionalidad de la Ley, en cuanto la Constitución es una norma de rango superior y la protección del orden constitucional se efectúa por medio de esta jurisdicción. 2 – El principio del control del proceso legislativo subordinándolo al orden constitucional con la afirmación de un órgano: Tribunal Constitucional, de soberanía distinta del Parlamento. 3 – La garantía del orden constitucional cimentada en la protección de los derechos ciudadanos, que se ha configurado como jurisdicción constitucional de la libertad”. (RIVAS, Juan José Gonzalez. *La Justicia Constitucional: Derecho Comparado y Español*. Madri: Editoriales de Derecho Reunidas, 1985, p. 24 e 30/31)

valores: os conteúdos do direito, que não podem ser desatendidos pelo direito infraconstitucional”.²⁵⁰

Nesta seara do controle de constitucionalidade, o Poder Judiciário, especialmente o STF, tem um papel fundamental na preservação da Constituição, seja no aspecto formal e material, buscando manter os direitos fundamentais e o respeito ao cidadão em sua ampla dignidade.²⁵¹

Assim, os mecanismos de controle de constitucionalidade, a cargo do Poder Judiciário, têm um função relevante na manutenção e implementação dos direitos individuais essenciais e da cidadania. Rogério Geral Leal é claro neste sentido: “O Estado-Juiz passa, pois, a desempenhar um papel relevantíssimo na garantia efetiva e eficiente daqueles direitos, pois esses, diversamente de outros que são havidos nos diferentes sistemas aos particulares, não se põem a ressarcimento posterior ou reparação, mas são indisponíveis e inadiáveis em seu exercício: ou garante-se o direito à vida ou nada haverá, nem um dia vindouro, a se garantir; garante-se a liberdade, porque se tal segurança não se impuser de pronto, estará ela perdida naquele momento e não se lhe poderá repor”.²⁵²

Nesta seara, a posição dos Tribunais Constitucionais, para proteção e defesa jurídico-política da Constituição, especialmente em sede do controle de

²⁵⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2000, p. 20/21.

²⁵¹ Sobre a legitimidade do controle de constitucionalidade e seu comprometimento com a proteção do ser humano, interessante a lição de Paulo Roberto Barbosa Ramos: “O controle de constitucionalidade das leis só tem sentido se analisado a partir de uma legítima idéia de constitucionalismo, e a legítima idéia de constitucionalismo está comprometida com a dignidade do homem, pelo motivo de almejar o reconhecimento do homem enquanto ser de direitos a partir da idéia de limitação do poder. (...) Sendo assim, o controle de constitucionalidade das leis aparece como algo intrinsecamente ligado à democracia, porquanto voltado para garantir efetivamente o respeito a uma ordem que reconhece aos homens certos direitos inalienáveis e imprescritíveis, sem contudo desconhecer que a marca da democracia é a criação social de novos direitos, longe de ser mera conservação dos já conquistados”. (RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. “A filosofia do controle concentrado de constitucionalidade das leis na ordem jurídica brasileira”. In: *Revista de Informação Legislativa*, ano: 36, nº 143, jul/set, 1999, pp. 314/315). Em relação aos aspectos mais modernos de uma renovada teoria geral da inconstitucionalidade das leis e seus efeitos, ver: MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1ª edição, 1996. MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade – Aspectos Jurídicos e Políticos*. São Paulo: Saraiva, 1ª edição, 1990; MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1ª reimpressão, 1996; NEVES, Marcelo da Costa Pinto. *Teoria da Inconstitucionalidade das Leis*. São Paulo: Saraiva, 1988; ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2001.

²⁵² LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 176/177.

constitucionalidade, gerou forte debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen nos idos de 1920.

Schmitt defendia que o verdadeiro “guardião supremo” da Constituição seria o Presidente do *Reich* que representaria o povo alemão, sendo escolhido para governar a nação e proteger os valores jurídico-políticos básicos. Apresentava-se, assim, o Tribunal Constitucional como uma instituição antidemocrática quando no exercício sem legitimidade política da chamada Jurisdição Constitucional, implicando esta atuação numa verdadeira politização da justiça, em afronta ao equilíbrio institucional dos poderes.²⁵³

Oscar Vilhena Vieira bem destaca as idéias de Schmitt ao ressaltar, na ótica do constitucionalista alemão, a suposta incompatibilidade da Jurisdição Constitucional com o Regime Democrático. Veja-se: “Para o autor (Schmitt), o sistema de justiça constitucional é incompatível com o regime democrático, onde as decisões políticas devem ficar no âmbito do legislativo ou executivo, no caso de um regime presidencialista. Aos juízes é incumbido julgar ‘sobre a base da lei’ e não julgar a própria lei; seria entregar à ‘aristocracia de toga’ todo o poder político. Para Carl Schmitt somente o supremo chefe da nação, escolhido plebiscitariamente, teria legitimidade para exercer a função de controlar a constitucionalidade das leis”.²⁵⁴

Como se percebe, estabelece Schmitt que a defesa da Constituição não é uma atividade jurisdicional afeta a Tribunais, mas questão de controle político de responsabilidade do representante maior do Estado, o Presidente do *Reich*.²⁵⁵

Tal entendimento mereceu forte repulsa de Hans Kelsen que, contrargumentando a teoria de Schmitt, delineou ser sim o Tribunal Constitucional o

²⁵³ Cf. BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 70.

²⁵⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal – Jurisprudência Política*. São Paulo: Malheiros Editores, 2ª edição, 2002, p. 55.

²⁵⁵ Cf. BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 69/74. KELSEN, Hans (trad. Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina Galvão). *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 237/298.

defensor maior da Constituição, como protetor dos direitos das minorias e do próprio equilíbrio institucional.

Neste sentido, bem evidente a lição de Kelsen ao destacar a posição do Tribunal Constitucional como órgão de garantia dos direitos básicos das minorias diante da sociedade, especialmente no combate a abusos e na defesa da Constituição. Veja-se: “a jurisdição constitucional também adquire uma importância especial, que varia de acordo com os traços característicos da Constituição considerada. Essa importância é de primeira ordem para a República democrática, com relação à qual as instituições de controle são condição de existência. Contra os diversos ataques, em parte justificados, atualmente dirigidos contra ela, essa forma de Estado não pode se defender melhor do que organizando todas as garantias possíveis da regularidade das funções estatais. Quanto mais elas se democratizam, mais o controle deve ser reforçado. A jurisdição constitucional também deve ser apreciada desse ponto de vista. Garantindo a elaboração constitucional das leis, e em particular sua constitucionalidade material, ela é um meio de proteção eficaz da minoria contra os atropelos da maioria. A dominação desta só é suportável se for exercida de modo regular. A forma constitucional especial, que consiste de ordinário em que a reforma da Constituição depende de uma maioria qualificada, significa que certas questões fundamentais só podem ser solucionadas em acordo com a minoria: a maioria simples não tem, pelo menos em certas matérias, o direito de impor sua vontade à minoria. (...) Assim, a simples ameaça do pedido ao tribunal constitucional pode ser, nas mãos da minoria, um instrumento capaz de impedir que a maioria viole seus interesses constitucionalmente protegidos, e de se opor à ditadura da maioria, não menos perigosa para a paz social que a da maioria”.²⁵⁶

Em relação ao suposto caráter antidemocrático dos Tribunais de Jurisdição Constitucional, Kelsen retruca os argumentos de Schmitt, estabelecendo que os membros destes Tribunais também poderiam ser escolhidos pelo povo, defendendo basicamente a ordem constitucional como um todo e não nenhuma política governamental específica. Anote-se a interessante perspectiva de Kelsen: “Por que um tribunal constitucional seria um guardião antidemocrático da Constituição, menos democrático que o chefe de Estado? O caráter democrático de um tribunal

²⁵⁶ KELSEN, Hans (trad. Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina Galvão). *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 181/182.

constitucional, não diferente daquele do chefe de Estado, só poderá depende do modo de sua nomeação e de sua posição jurídica. Caso se queira dar uma configuração democrática a esse tribunal, nada impede que o façamos ser eleito pelo povo, como o chefe de Estado, e que se dê a seus membros tão pouco quanto ao chefe de Estado a posição de funcionários de carreira; ainda que certamente pudesse permanecer a questão sobre se tal modo de criar e qualificar o órgão seria o mais conveniente, considerando-se a sua função. Seja como for, não é possível afirmar que um tribunal não possa ser estruturado de modo tão democrático quanto qualquer outro órgão”.²⁵⁷

Na realidade, desprezando a Jurisdição Constitucional e concentrando amplos poderes nas mãos do Presidente do *Reich*, a tese constitucionalista de Schmitt acabou historicamente por desencadear a ascensão do nazifascismo, culminando em abusos de poder por parte do Governo Central, gerando práticas de genocídios e agressão aos valores humanos mais básicos.

Diante de tais fatos históricos, restou descartada a perspectiva de Schmitt, demonstrando-se a correção das idéias de Kelsen, evidenciando-se a clara necessidade de existência de um órgão apartado, como o Tribunal Constitucional, que, no altiplano jurídico-político e através do controle de constitucionalidade, irá defender a ordem constitucional fundamental, protegendo o Regime Democrático e a cidadania.

Neste aspecto, o Poder Judiciário tem um forte papel no fortalecimento do Regime Democrático ao exercer o controle de constitucionalidade, em especial em sede da Jurisdição Constitucional. Fernando Gonzaga Jayme exara lição neste sentido: “O Tribunal Constitucional não tem só a missão de assegurar a liberdade pública, mas também o exercício dos direitos fundamentais, que só se efetivam através da garantia jurisdicional. É a Jurisdição Constitucional das liberdades imprescindível ao Estado Democrático de Direito. (...) A Jurisdição Constitucional não é apenas uma defesa da Constituição contra o Estado, mas é, principalmente, a garantia dos indivíduos contra os abusos de poder estatais violadores dos Direitos Fundamentais, por isto se fala que a Jurisdição Constitucional é de toda a sociedade”.²⁵⁸

²⁵⁷ KELSEN, Hans (trad. Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina Galvão). *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 291/292.

²⁵⁸ JAYME, Fernando Gonzaga. *Tribunal Constitucional: exigência democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 75.

Alexandre de Moraes também realça a atuação da Jurisdição Constitucional como forma de fortalecer a democracia. Anote-se a lição do constitucionalista: “O fortalecimento democrático exige, em segundo lugar, a atuação de órgãos da justiça constitucional como verdadeiros árbitros da sociedade, agindo como um verdadeiro Poder moderador em defesa da plena aplicabilidade das normas constitucionais e em garantia da integral efetividade na proteção aos Direitos Humanos Fundamentais. (...) Esse novo papel faz com que a justiça tenha que adaptar-se à nova realidade, abandonando seu tradicional imobilismo e buscando métodos mais eficazes na efetividade dos direitos proclamados pela Constituição”.²⁵⁹

Também, igualmente, Ingo Sarlet estabelece que a Jurisdição Constitucional tem legitimidade para defesa da ordem jurídica posta. Veja-se a lição do autor: “não há como deixar de reconhecer a íntima vinculação do problema dos efeitos das decisões em sede de controle de constitucionalidade com a sempre atual e controversa discussão em torno da legitimidade do exercício da jurisdição constitucional e dos limites de sua atuação. Ainda que já de há muito – precisamente a partir da experiência constitucional norte-americana e de modo especial após a segunda guerra mundial – não se tenha mais – salvo exceções – questionado seriamente a possibilidade de um controle jurisdicional dos atos dos demais órgãos estatais, com isto não resta afastada a necessidade de se refletir continuamente sobre a natureza e os limites deste controle, inclusive no que diz com aspectos vinculados ao próprio órgão (ou órgãos) controladores. (...) Uma

²⁵⁹ MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da constituição*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 62. Também, Otto Kimminich bem destaca a importância da Jurisdição Constitucional para promoção da cidadania: “Faz-se mister constatar essa conclusão com toda veemência: a justiça independente somente é um corpo estranho nas chamadas democracias populares, isto é, nas ditaduras comunistas. Ela se mostra imprescindível e desempenha uma relevante função no Estado de direito liberal e democrático da República Federal da Alemanha. Mas isso não se afigura suficiente: quem classifica o *Bundesverfassungsgericht* como simples órgão judicial comete erro fundamental, que há de ser afastado de início. (...) O Estado de Direito somente pode operar satisfatoriamente se as pessoas que detêm poder e responsabilidade nas suas respectivas áreas de atuação – não apenas os membros do governo e os parlamentares, mas também os cidadãos – dispuserem de coragem para provocar a atuação da Corte Constitucional. Dessarte, qualquer tentativa de criar uma atmosfera de intimidação ou de suprimir esse estado de espírito significa uma grave ofensa contra a ordem constitucional do Estado de direito democrático”. (KIMMINICH, Otto. “A jurisdição constitucional e o princípio da divisão de poderes”. In: *Revista de Informação Legislativa*, ano: 27, nº 105, jan/mar, 1990, p. 285 e 287).

Jurisdição Constitucional operante e efetiva não prescinde de uma base de legitimação que lhe confere a devida autoridade e o devido respeito por suas decisões”.²⁶⁰

Assim, a posição do Poder Judiciário, especialmente dos Tribunais Constitucionais, deve ser ativa na defesa da ordem democrática e dos direitos fundamentais, protegendo o ser humano e realizando ao máximo os valores constitucionais básicos, mesmo diante da omissão dos demais poderes constituídos. Neste aspecto, Oscar Vilhena Vieira é claro ao destacar os desafios da Jurisdição Constitucional contemporânea: “O papel dos tribunais responsáveis pela guarda e fiscalização da aplicação da constituição tornou-se, de qualquer forma, extremamente mais complexo, o que não significa que estes não possam ou não devam fazê-lo. Os tribunais, principalmente aqueles com jurisdição constitucional, de uma posição de legisladores negativos, como pretendia Kelsen, passaram a estar envolvidos em diversas novas tarefas, entre as quais a de zelar pela aplicação positiva da vontade constitucional e eventualmente substituir ao legislador ou administrador omissos e concretizar diretamente os direitos constitucionais de um indivíduo ou coletividade. O poder daqueles responsáveis pela aplicação do direito foi aumentado sem serem encarregados de decidir com base em normas de conteúdo aberto ou ainda a partir de normas de conteúdo conflitante, resultantes do caráter compromissário da constituição”.²⁶¹

Ainda, estabelece com precisão o referido autor a importância do papel de atuação substantiva e comprometida dos Tribunais Constitucionais na proteção dos valores e da materialidade da Constituição, estabelecendo que: “Em resumo, quatro podem ser as funções fundamentais de um tribunal constitucional dentro do constitucionalismo democrático: assegurar a continuidade do regime democrático (no sentido procedimental) corrigindo-lhe eventuais distorções; garantir a supremacia das decisões constitucionais frente as decisões políticas ordinárias, o que inclui a garantia da separação de poderes e da federação, onde houver; resguardar direitos e valores fundamentais, frente a qualquer tipo de decisão política; e, nos Estados pós-liberais,

²⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. “Arguição de descumprimento de preceito fundamental – Alguns aspectos controversos.” In: *Revista da Ajuris – Doutrina e Jurisprudência*, ano: XXVII, nº 84, tomo I, dezembro, 2001, p. 132 e 133.

²⁶¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal – Jurisprudência Política*. São Paulo: Malheiros Editores, 2ª edição, 2002, pp. 39/40.

assegurar a realização dos parâmetros de justiça substantiva incorporados pelo texto constitucional”.²⁶²

Não obstante visões restritivas em sentido contrário, a missão última do Poder Judiciário, especialmente da Jurisdição Constitucional, como diria Gustavo Binjenbojm, reside em “fazer com que os problemas mais fundamentais, os conflitos mais profundos entre o indivíduo e a sociedade sejam expostos e debatidos como questões de princípio, e não definitivamente resolvidos na área das disputas de poder”.²⁶³

Resta claro que a Jurisdição Constitucional, especialmente por meio do controle de constitucionalidade em seus diversos âmbitos, visa preservar os valores sociais imanentes e as conquistas advindas de centenas de anos de lutas pela implementação da cidadania, fortalecendo o Regime Democrático. Esta visão substancial da preservação de uma Constituição, em seu sentido material e próxima do povo, tem ainda resistência de parte do próprio Poder Judiciário que em muitas vezes não compreende a tarefa democrática que deve empreender para efetivação dos direitos e valores fundamentais previstos nas Cartas Magnas.²⁶⁴

Neste ponto, os Juízes devem sair de uma posição marcadamente imparcial de meros “aplicadores da lei”, passando a implementar as normas constitucionais em casos conflituosos através de decisões criativas e protetoras dos direitos fundamentais do povo. Entretanto, na própria Europa - sociedades consideradas “mais desenvolvidas” - , os juizes ainda encontram dificuldades em assumir este papel mais ativo, como bem lembra Mauro Cappelletti: “Los jueces de la Europa Occidental son habitualmente magistrados de carrera poco adecuados para asumir una tarea de control de las leyes,

²⁶² VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal – Jurisprudência Política*. São Paulo: Malheiros Editores, 2ª edição, 2002, p. 41.

²⁶³ BINENBOJM, Gustavo. A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 93.

²⁶⁴ A respeito das novas técnicas de controle de constitucionalidade como suposta forma de garantia da cidadania, ver MENDES, Gilmar Ferreira. "A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia da cidadania – necessidade de desenvolvimento de novas técnicas de decisão: possibilidade da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no direito brasileiro". In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, ano: 1, nº 3, abril/jun, 1993, pp. 182-206.

tarea que, como veremos, es inevitablemente creadora y va mucho más allá de la mera función tradicional de ser ‘simples intérpretes’ y ‘fieles servidores’ de las leyes”.²⁶⁵

Dalmo Dallari também aponta a dificuldade dos membros do Judiciário em assumir esta nova função de garantidores da cidadania, com base numa renovada jurisdição constitucional. Bem ressalta Dallari: “no Poder Judiciário as mudanças foram mínimas, em todos os sentidos. A organização, o modo de executar suas tarefas, a solenidade dos ritos, a linguagem rebuscada e até os trajes dos julgadores nos tribunais praticamente permanecem os mesmos há mais de um século. Todavia, o que é de maior gravidade, a mentalidade do Judiciário permaneceu a mesma, tendo começado a correr, recentemente, um movimento de mudança, nascido dentro da própria magistratura. Um aspecto importante da velha mentalidade é a convicção de que o Judiciário não deve reconhecer que tem deficiências nem pode ser submetido a críticas, pois tamanha é a magnitude de sua missão que seus integrantes pairam acima do comum dos mortais. Essa convicção é freqüentemente reafirmada em discursos proferidos nas solenidades realizadas pelo Poder Judiciário, quando é comum ouvir-se a expressão ‘missão divina dos juízes’”.²⁶⁶

É aparentemente difícil aos membros do Poder Judiciário adotarem uma postura ativa diante de um controle de constitucionalidade voltado à preservação dos valores fundantes e especialmente protetor da cidadania, principalmente diante da formação dogmática estrita que boa parte dos operadores do direito adquirem nas Faculdades de Direito.

Deve-se asseverar que o acesso à Justiça e à Cidadania não pode significar apenas uma garantia formal estampada na Carta Magna, tem de transformar-se em um modo real de concretização dos direitos fundamentais.

Na realidade, os Juízes devem, para garantir o acesso à justiça, aplicar o direito com vistas à implementação da cidadania, tornando as decisões judiciais lições de respeito às prerrogativas do ser humano e de sua dignidade. Incisiva a crítica de

²⁶⁵ CAPPELLETTI, Mauro. “Necessidade y Legitimidad de la justicia constitucional”. In: FAVOREU, Louis & et alii. *Tribunales Constitucionales Europeos y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp. 603.

²⁶⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juizes*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 6.

Antônio Celso, Juiz de Direito em São Paulo, ao afirmar que: “O processo de civilização da humanidade tem sido marcado pelo reconhecimento formal dos direitos inerentes à condição humana, mas sua efetiva aplicação tem sido ainda negada para a grande maioria das pessoas e o Juiz tem tido um papel importante na permanência desta situação, enquanto conformado com as limitações formalistas tradicionais e com a banalização dos conflitos de interesses para os quais o enfoque normal tem sido o da fragmentação e da aplicação de soluções técnicas que ignoram muitas vezes o justo para fazer valer o legal, o instrumental; que evitam a dimensão social das causas para fazer prevalecer o interesse meramente individual; que reduzem a função do Juiz à estrita aplicação impessoal e literal das leis, sem comprometimento com o tempo em que vive o povo a quem deve servir”.²⁶⁷

O preconceito da neutralidade e da imparcialidade do Juiz já não pode imperar sem os necessários temperamentos. O Juiz deve atuar em defesa da Constituição e em busca da preservação da cidadania. Dyrceu Aguiar Dias também critica a postura de Juízes não receptivos a tal novel comportamento: “O mito da neutralidade da lei, que orienta os conceitos tradicionais de independência e imparcialidade, visa manter o juiz cidadão em permanente estado de alienação, afastando-o dos homens. Mantém-no dentro de um universo de conflitos idealizados – todos pretensamente resolvidos dentro da lógica positivista e já definitivamente consagrados doutrinária e jurisprudencialmente – cada vez mais distante do real. Sequer chega a perceber a face real do conflito que julga (julga?)”.²⁶⁸

²⁶⁷ CORTEZ, Antônio Celso Aguillar. “Acesso à Justiça”. In: *Revista dos Tribunais*, ano: 82, vol. 692, junho, 1993, p. 198. Também neste sentido, José Augusto Delgado: “No tocante à chamada primeira onda (direitos fundamentais de 1º geração), é evidente a transformação em campo doutrinário, ocorrida com o conceito de acesso à justiça. Durante muito tempo a sua significação limitou-se a considerá-la como sendo o direito formal do cidadão ingressar ou de se defender em juízo. Hoje, ele se estende para ser visto como sendo de ‘importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação’, pelo que se transformou em preocupação nuclear da ciência processual contemporânea”. (DELGADO, José Augusto. “Sistema processual brasileiro e cidadania”. In: *Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*, ano: 01, nº 04, abril, 1999, p. 24).

²⁶⁸ CINTRA JÚNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. “O Juiz Cidadão – Esboço de uma crítica”. In: *Revista dos Tribunais*, ano: 82, vol. 690, abril, 1993, p. 269. Já há muitos Magistrados receptivos a estas novas idéias, bem ressalta a respeito José Luiz Delgado: “Essa consciência jurídica evidencia o conteúdo científico presente na elaboração da Constituição e da lei ordinária, cujo fim é alcançar pleno desenvolvimento da personalidade dos destinatários das normas jurídicas – o cidadão – enfrentando com eficiência e rapidez a prestação jurisdicional solicitada”. (DELGADO, José Augusto. “A supremacia dos princípios nas garantias processuais do cidadão”. In: *Revista de Processo*, ano: 17, nº 65, jan/mar, 1992, p. 91).

Os direitos fundamentais, os valores básicos e a preservação da cidadania somente serão implementados com a participação do Poder Judiciário se houver, além da mudança de postura dos seus membros, também uma exigência popular no sentido de realizar as garantias institucionais com a operacionalização da supremacia em sentido material das normas constitucionais, e com a implementação de um controle de constitucionalidade para preservação dos direitos fundamentais.

Interessante notar a lição do Ministro José Augusto Delgado ao atestar que, para a atuação de um Judiciário forte, mantenedor e implementador dos direitos fundamentais, necessita-se apenas da aplicação comprometida das garantias processuais constitucionais existentes e da vontade de concretizar os direitos fundamentais básicos nos casos litigiosos. É bem claro o doutrinador: “O acolhimento dessa observação é compatível com a conscientização hoje dominante no Estado contemporâneo de que a garantia dos direitos fundamentais do cidadão se transformou em uma necessidade básica para o controle dos litígios. Em conseqüência, há de se extrair do texto constitucional o máximo que sua interpretação sistêmica permitir, o que só é possível com a obediência aos princípios explícitos e implícitos que comandam o ordenamento jurídico constituído. É relevante afirmar que, em se tratando da efetividade das garantias processuais do cidadão, esse comportamento tem especial significação, por ser meio de aplicar o direito processual como função estatal de relevo na eliminação das controvérsias no ambiente social”.²⁶⁹

Realmente, não há necessidade de importação de modelos ou fórmulas mágicas para a atuação comprometida do Judiciário Brasileiro, basta a instrumentação e utilização das normas já existentes com a mudança de postura do referido Poder Judiciário.²⁷⁰

Também, colaborando para efetivação desta nova atuação do Poder Judiciário, rumo à preservação maior da Constituição e à garantia dos direitos fundamentais através do controle de constitucionalidade, devem estar sempre presentes e participativos os cidadãos a sofrerem a incidência das decisões pretorianas.

²⁶⁹ DELGADO, José Augusto. “A supremacia dos princípios nas garantias processuais do cidadão”. In: *Revista de Processo*, ano: 17, nº 65, jan/mar, 1992, p. 92.

²⁷⁰ Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “O futuro da justiça: alguns mitos”. In: *Revista de Processo*, ano: 25, nº 99, jul/set, 2000, p. 141/160.

Ainda, necessário atestar que as agressões à Constituição não decorrem somente de atitudes comissivas ou omissivas estatais, havendo também atualmente enormes desrespeitos a direitos individuais e a princípios constitucionais cometidos por grandes empresas, corporações internacionais, mutinacionais que muitas vezes tem um poder ofensivo bem maior do que qualquer ente estatal.²⁷¹

Além desta nova dimensão de agressões graves ao texto constitucional perpetrada por entes não-estatais, também merece atenção as crescentes exigências dos cidadãos na implantação de políticas de cunho social pelo Estado para atender a novas necessidades individuais e coletivas.

As múltiplas exigências e a parca quantidade de recursos públicos impedem a realização fática das múltiplas pretensões dos cidadãos, acabando muitas vezes por não efetivar as diversas conquistas plasmadas nas Cartas Magnas contemporâneas.

O sentimento de “frustração constitucional” afeta a comunidade que passa a desacreditar no modelo estatal de providência que vem ruindo diante de privatizações, aberturas de mercados e pressões do capital econômico internacional.

Diante de uma perspectiva tão nebulosa, a cidadania encontra um desafio imenso para se realizar e efetivar, devendo o povo junto ao Poder Judiciário atuar, em sede de controle de constitucionalidade, contribuindo na concretização dos direitos e garantias fundamentais estampadas na Constituição.

Atente-se que ser cidadão não significa apenas ter o direito de votar e ser votado. A cidadania é bem mais ampla, tendo um contexto civil, político e social como

²⁷¹ Neste sentido, Guilherme Peña de Moraes ressalta que pode haver sérias agressões a direitos fundamentais por parte de entes privados, veja-se: “de acordo com a jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, as regras positivadoras de direitos fundamentais têm aplicação indireta e mediata sobre as relações estabelecidas entre os particulares, posto que a eficácia imediata dos direitos fundamentais acabaria por suprimir o princípio da autonomia privada, bem como, nas relações privadas, os particulares são merecedores da mesma proteção. Portanto, embora os direitos fundamentais não se destinem a solucionar diretamente os conflitos de interesses na órbita do Direito Privado, os valores por eles formulados devem ser levados em consideração seja no plano da legislação, seja no da interpretação”. (MORAES, Guilherme Braga Peña de. *Direitos fundamentais: conflitos & soluções*. Niterói: Frater et Labor, 2000, p. 14).

bem lembra Palhares Moreira Reis, com base nas lições T. H. Marshall, veja-se: “O conceito atual de cidadania, como ensina MARSHALL, pode ser dividido em três elementos, ou partes, que podem ser denominadas de civil, política e social, e que se impuseram na vida social em épocas sucessivas”.²⁷²

Na cidadania moderna, o indivíduo tem garantido assim direitos políticos, sociais e econômicos, respeitando-se a sua dignidade de forma plena, tornando o ser humano partícipe efetivo da sociedade, colaborando no seu desenvolvimento e na melhoria da sua qualidade de vida. Vicente Barreto acompanha tal entendimento: “A democracia exige participação real das massas e pode nesta perspectiva definir-se a sociedade democrática como aquela capaz de instaurar um processo de efetiva incorporação dos homens... mecanismos de controle das decisões, e de real participação dos mesmos nos lucros da produção. A cidadania do estado democrático de direito tem, portanto, uma dupla face: ela se realiza através da participação no poder político, e, também, no sistema econômico”.²⁷³

Na esfera jurídico-constitucional, o cidadão também se deve fazer presente, participando das decisões políticas fundamentais. Entretanto, para lutar pelos seus direitos, é necessário que o cidadão tenha acesso à educação para o exercício democrático e crítico das suas prerrogativas de componente do corpo social. Sérgio Ferraz é claro neste sentido: “não basta desejar a participação, mas é preciso preparar o povo para que essa participação se torne viável, o que vem a colocar a idéia da participação como um fruto de todo um esforço educacional, todo um esforço para mudança de hábitos e de atitudes”.²⁷⁴

Bem ressalta Gladstone Mamede que, no Brasil, a cidadania não consegue se realizar por causa da ignorância do povo, da atuação conservadora de um Judiciário dotado de fórmulas arcaicas de decisão e da inexistência de um intérprete coletivo real para implantação de uma efetiva cidadania. Claras as palavras do filósofo: “O exercício

²⁷² REIS, Palhares Moreira. *Estudos de Direito Constitucional e de Direito Administrativo – vol. 2*. Recife: Editora Universitária da UFPE, 2000, p. 168/169.

²⁷³ BARRETO, Vicente. “O conceito moderno de cidadania”. In: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 192, abr/jun, 1993, p. 36.

²⁷⁴ FERRAZ, Sérgio. “O papel da participação do cidadão no sistema constitucional”. *Revista de Direito Público*, ano: XX, nº 84, out/dez, 1987, p. 157.

da cidadania no Brasil possui três grandes obstáculos: 1º) o sistema jurídico brasileiro não possui uma ampla definição de possibilidades para uma efetiva *participação popular consciente*; 2º) a postura excessivamente conservadora de parcelas do Judiciário, apegando-se a interpretações que limitam absurdamente o alcance dos dispositivos legais que permitiriam uma efetiva democratização do poder; por fim, 3º) uma profunda ignorância do Direito: a esmagadora maioria dos brasileiros não possui conhecimentos mínimos sobre quais são os seus direitos e como defendê-los. Desta forma, o poder continua preservado, como preservados continuam os benefícios desfrutados por aqueles que podem determinar (ou influenciar), de fato, os desígnios de Estado”.²⁷⁵

O verdadeiro cidadão deve ter como postura a não aceitação de agressões a seus direitos e conquistas democraticamente auferidas, utilizando-se para tanto de instrumentos legais céleres para suplantar e corrigir desrespeitos à Carta Magna e a seus direitos fundamentais.

Interessante que, quando se fala em educação para cidadania, não se quer afirmar simploriamente educação acadêmica. A educação para cidadania significa, na realidade, criar seres humanos participativos, engajados, que conheçam bem seus direitos, lutando em conjunto para preservá-los democraticamente. Infelizmente, a existência de grupos de defesa de direitos constitucionais ainda é pequena, quiçá na sociedade brasileira.

Perceba-se, neste contexto, que muitas vezes mal conhecemos quem vive ao nosso lado, nossos vizinhos, tendo o ser humano uma essência eminentemente egoística e muitas vezes sem força coletiva para lutar pelos seus direitos e prerrogativas. Luiz Sérgio Filho ressalta com clareza o isolacionismo do homem que não consegue se tornar cidadão: “Ninguém, por assim dizer, é capaz de sair à praça pública para resolver os problemas de outrem ou mesmo de todos os demais (para usar uma imagem tipicamente pertencente à Grécia Clássica). O homem, assim, torna-se egoísta, entregando seus problemas para terceiro, estranho às relações vitais, resolver. (...) Com isso, o reflexo

²⁷⁵ MAMEDE, Gladston. “Hipocrisia: o mito da cidadania no Brasil”. In: *Jus Navigandi*, ano: 2, nº 22, <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=83>, agosto de 2001. Também, ver SANTO FILHO, Cristovam do Espírito. “A rudimentar cidadania brasileira e a Constituição”. In: *Jus Navigandi*, ano: 3, nº 34, <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=82>, agosto de 2001.

imediatamente é a criação da esfera do abstrato: somos fraternalmente desconhecidos uns dos outros, até mesmo de nossos próprios vizinhos. As ruas são autênticos campos de batalha, o trânsito é a via de acesso ao nada, as cidades não pertencem a ninguém e, ao mesmo tempo, pertencem a todos, enfim, o público é figura extremamente impessoal. Todos desejam infinitamente dele se afastar, para encastelarem-se o máximo possível (preferencialmente, para sempre, se possível fosse) em suas casas, único e autêntico porto seguro de seus desejos”.²⁷⁶

Cautelarmente, ressalte-se ser importante incentivar a promoção da cidadania, não esperando que a Constituição e os direitos lá dispostos se implementarão apenas por obra do ente estatal ou por meio da utilização de instrumentos de controle de constitucionalidade através do Poder Judiciário. A sociedade viva e organizada, quebrando o egoísmo reinante, deve fortalecer-se e lutar para criar uma cultura de diminuição das desigualdades, com a efetivação de direitos mínimos rumo à preservação da dignidade humana. Bem destaca Fernando Luiz Ximenes a necessidade de mudança de postura por parte da sociedade para fortalecer a cidadania, garantindo a implementação e preservação dos direitos fundamentais, anote-se a lição: “Entretanto, não podemos cometer a ingenuidade de pensar que de posse de instrumentos jurídicos de proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana nos planos nacional e internacional, e tendo como aliado um Judiciário forte e comprometido com a causa dos direitos humanos, porém sozinho, possamos alcançar a efetivação de tais direitos, sem que se forme uma cultura em que os órgãos de todos os poderes do Estado e os diversos setores da sociedade civil sintam-se co-responsáveis pela concreção da proteção dos direitos humanos fundamentais. A tarefa não é fácil num país que não consegue reduzir os seus contrastes e sua perversa concentração de renda, onde as desigualdades sociais e regionais são contempladas, com indiferença, pelo olhar pacífico de seus governantes; num país que não mais se comove em conviver com o quadro de miséria absoluta que atinge a grande maioria de nossos irmãos e que tanto nos humilha e nos envergonha perante a comunidade internacional”.²⁷⁷

²⁷⁶ LEONARDI FILHO, Luiz Sérgio. “Linhas gerais sobre a pragmática da constitucionalização do poder”. In: *Revista dos Tribunais*, ano: 4, nº 15, abr/jun, 1996, p. 212.

²⁷⁷ ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. “Direitos Fundamentais na Constituição de 1988”. In: *Revista dos Tribunais*, ano: 6, nº 25, out/dez, 1998, pp. 116/117.

Para se efetivar no Brasil práticas cidadãs, é necessário ensinar ao povo quais são os seus direitos e a forma como defendê-los, conscientizando a todos e implantando uma ética voltada ao respeito ao ser humano e à proteção de sua dignidade. Segundo Cristovam do Espírito Santo Filho, os valores sociais devem ser densificados para garantia de uma cidadania plena com a diminuição das desigualdades, isto porque “para o Brasil almejar uma cidadania mais efetiva, urge por um grande esforço nacional, não só estatal, mas dos diversos seguimentos organizados da sociedade. Sem uma diminuição do universo de desigualdades constatáveis facilmente na sociedade pátria, as garantias asseguradas pela Carta Magna, mesmo que na presença de um Estado Democrático de Direito, continuarão frágeis e inócuas à brutalidade do país real”.²⁷⁸

O complexo no Brasil é que a cidadania não é explicada, ensinada, implementada, praticada e culturalmente implementada perante a massa social de forma a alterar o panorama de marginalização vigente. Gladstone Mamede bem realça, também neste aspecto, o próprio descompromisso de parcela razoável da Magistratura e a ignorância da população: “Existem alguns instrumentos processuais previstos para a defesa de alguns dos direitos elencados. Apenas possibilidade, já que, como dito, restam dois grandes embaraços para o manejo amplo e irrestrito de tais caminhos procedimentais: despreparo jurídico (desinformação) da população (ignorante de seus direitos, bem como dos deveres de seus concidadãos e dos agentes públicos) e uma endêmica resistência de parte da magistratura em concretizar os avanços sócio-políticos, insistindo em posturas (inclusive hermenêutica) excessivamente conservadoras, formalistas, contribuindo para a impunidade (não apenas penal)”.²⁷⁹

Realmente, o que falta no Brasil em especial é uma educação para cidadania, rumo à conscientização da necessidade de implementação dos direitos fundamentais existentes, tendo a defesa da Constituição como o mandamento principal do cidadão contra as opressões e desmandos das classes dominantes e descompromissadas socialmente.

²⁷⁸ Cf. SANTO FILHO, Cristovam do Espírito. “A rudimentar cidadania brasileira e a Constituição”. In: *Jus Navigandi*, ano: 3, nº 34, <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=82>, agosto de 2001.

²⁷⁹ MAMEDE, Gladston. “Hipocrisia: o mito da cidadania no Brasil”. In: *Jus Navigandi*, ano: 2, nº 22, <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=83>, agosto de 2001.

Num Estado em que a cidadania se realize, os cidadãos são verdadeiros e grandes intérpretes da Constituição, havendo uma vinculação estreita entre a promoção da cidadania e o respeito, a garantia e a implementação dos direitos individuais com a conseqüente preservação da Carta Magna.²⁸⁰

Quem defende especialmente a participação do cidadão na interpretação constitucional é Peter Häberle. Ressalta este autor que a Constituição é uma norma aberta que vai se realizando com base nas interpretações dos diversos segmentos sociais. Veja-se a lição do constitucionalista alemão: “A análise até aqui desenvolvida demonstra que a interpretação constitucional não é um ‘evento exclusivamente estatal’, seja do ponto de vista teórico, seja do ponto de vista prático. A esse processo tem acesso potencialmente todas as forças da comunidade política. O cidadão que formula um recurso constitucional é intérprete da Constituição, tal como o partido político que propõe um conflito entre órgãos ou contra o qual se instaura um processo de proibição de funcionamento. Até pouco tempo imperava a idéia de que o processo de interpretação constitucional estava reduzido aos órgãos estatais ou aos participantes diretos do processo. Tinha-se, pois, uma fixação da interpretação constitucional nos ‘órgãos oficiais’, naqueles órgãos que desempenham o complexo jogo jurídico-institucional das funções estatais. Isso não significa que se não reconheça a importância da atividade desenvolvida por esses entes. A interpretação constitucional é, todavia, uma ‘atividade’ que, potencialmente, diz respeito a todos. Os grupos mencionados e o próprio indivíduo podem ser considerados intérpretes constitucionais indiretos ou a longo prazo. A conformação da realidade da Constituição torna-se também parte da interpretação das normas constitucionais pertinentes a essa realidade”.²⁸¹

Nesta ótica, a participação democrática do povo gera uma constitucionalização e preservação dos direitos fundamentais num patamar mais

²⁸⁰ ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. “Direitos Fundamentais na Constituição de 1988”. In: *Revista dos Tribunais*, ano: 6, nº 25, out/dez, 1998, pp. 116/117. Paulo Bonavides também se refere a tal fato: “uma linha de eticidade vincula os direitos sociais ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o qual lhes serve de regra hermenêutica. Urge, por conseguinte, interpretar tais direitos de um modo que se lhes reconheça o mesmo quadro de proteção e garantia aberto pelo constituinte em favor do conteúdo material do parágrafo 4º, do art. 60, ao qual lhes pertencem pela universalidade mesma da expressão de direitos e garantias individuais”. (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 4ª edição, 1993).

²⁸¹ HÄBERLE, Peter (trad. Gilmar Ferreira Mendes). *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, pp. 23/24.

elevado, com o efetivo envolvimento da comunidade dentro de um sentimento constitucional grupal.

Na teoria de Perter Häberle, fica denotada a abertura da interpretação e efetivação da Constituição como uma conquista da própria cidadania, mostrando-se que a Constituição não é só um fenômeno estatal estrito. Veja-se a lição de Gustavo Binbenbojm no mesmo sentido: "Como destinatários e autores do seu próprio Direito, os cidadãos devem poder participar e ter voz ativa nos processos de interpretação constitucional (a cidadania procedimentalmente ativa, como pretende Häberle), não podendo ser ignorados pelos operadores oficiais. Assim, embora à Corte Constitucional se cometa a palavra final sobre a interpretação da Constituição, suas decisões devem ser amplamente fundamentadas e expostas ao debate público, pois a crítica advinda da esfera pública (juristas, operadores do direito, políticos, jornalistas, profissionais liberais em geral) possui um potencial racionalizador e legitimador. Aliás, esta mesma idéia já era defendida, ainda em 1959, por Otto Bachof, para quem a legitimação da jurisdição constitucional seria obtida através de um permanente diálogo com a opinião pública e, sobretudo, com a comunidade jurídica".²⁸²

Pragmaticamente, a atuação dos cidadãos, na defesa dos seus direitos e na preservação da Constituição, é feita através da intervenção do Poder Judiciário, especialmente em sede de controle de constitucionalidade.²⁸³

É através do Poder Judiciário que a cidadania vai se realizar em seu nível mais elevado por meio do controle de constitucionalidade, seja o incidental (difuso) ou principal (concentrado). Paulo Bonavides bem destaca que o controle material da

²⁸² BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 115.

²⁸³ Neste sentido, clara a lição de Inocêncio Mártires Coelho ao afirmar que "a violação de direitos ou garantias individuais constitui o caso mais freqüente de conflitos tanto com a letra como com o espírito da Constituição, razão por que, a todo instante, os Tribunais se vêem obrigados a declarar a nulidade de atos do Legislativo ou do Executivo, atentatórios dos direitos fundamentais do cidadão. No particular, como salienta Orlando Bitar, ver-se-á que, na história do controle jurisdicional, bem cedo a Suprema Corte dos Estados Unidos admitiu a faculdade de nulificação de leis que, mesmo sem ofender dispositivo expresso ou implícito da Constituição, ferissem princípios fundamentais de razão e de justiça. (...) Assim, consagrado na nossa Constituição, é legítima a declaração de inconstitucionalidade dos atos de qualquer dos Poderes que violem os princípios superiores de justiça, ou atentem contra outros direitos ou garantias que, mesmo não especificados na Constituição, sejam decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados". (COELHO, Inocêncio Mártires. "Aspectos do controle jurisdicional da constitucionalidade das leis". In: *Revista Forense*, ano: 78, vol. 277, jan/mar, 1982, p. 83).

constitucionalidade feito pelo Poder Judiciário deve sofrer influência popular em face do seu caráter político. Acompanhe-se a lição do Mestre Cearense: “O controle material de Constitucionalidade é delicadíssimo em razão do elevado teor de politicidade de que se reveste, pois incide sobre o conteúdo da norma. Desce ao fundo da lei, outorga a quem o exerce competência com que decidir sobre o teor e a matéria da regra jurídica, busca acomodá-la aos cânones da Constituição, ao seu espírito, à sua filosofia, aos seus princípios políticos fundamentais. (...) É controle criativo, substancialmente político. Sua caracterização se constitui no desespero dos publicistas que entendem reduzi-lo a uma feição puramente jurídica, feição inconciliável e incompatível com a natureza do objeto de que ele se ocupa, que é o conteúdo da lei mesma, conteúdo fundado sobre valores, na medida em que a Constituição faz da liberdade o seu fim e fundamento primordial”.²⁸⁴

Também, José Luiz Quadros de Magalhães bem ressalta a importância do controle de constitucionalidade para implementar a cidadania e proteger os direitos humanos fundamentais. Destaca o autor: “Quanto melhor, amplo e célere for o sistema de controle de constitucionalidade e quanto mais próxima a população estiver dos mecanismos de controle da constitucionalidade, maior será a proximidade do texto constitucional da realidade que esse procura transformar, e mais próximo da vontade popular estará sua interpretação. Obviamente, que além de existirem mecanismos fáceis de acesso da população a este sistema de controle, necessário será a existência de Poder Judiciário sensível às indicações que o cidadão aponta para a sua atuação. Esta afirmativa indicaria que, guardados os princípios universais de direitos humanos e as regras materiais e processuais constitucionais, o judiciário deve ser um poder político-jurídico, que esteja apto a servir a Constituição democrática, o que implica em atender à população e sua vontade democraticamente expressa”.²⁸⁵

Ainda, de forma bastante elucidativa, Gilmar Ferreira Mendes destaca que o controle de constitucionalidade limita os abusos estatais e garante a cidadania. O autor assim se expressa: “É exatamente essa experiência que legitima o desenvolvimento e a

²⁸⁴ BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 3ª edição, 1995, p. 230/231.

²⁸⁵ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. “O controle de constitucionalidade, face aos princípios universais de direitos humanos”. In: *Jus Navigandi*, ano: 1, nº 12, <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=134>, agosto de 2001.

consolidação, em diferentes sistemas jurídicos, de institutos como o direito à proteção judiciária e o controle de constitucionalidade. Não são poucas as ordens constitucionais que procuram gravar essas instituições com as cláusulas ou garantias de eternidade (*Ewigkeitsgarantien*), colocando-as a salvo de eventual revisão constitucional. (...) Não se pode negar, ademais, que a falta de um mecanismo de controle de constitucionalidade pode ser fatal para os direitos e garantias fundamentais, que ficariam, de fato, à mercê da vontade do legislador. É, exatamente, a proteção judicial e o controle de constitucionalidade que outorgam efetividade a essas garantias”.²⁸⁶

Realmente, através do controle de constitucionalidade com a participação efetiva do cidadão, estar-se-á dando proteção às conquistas e aos direitos fundamentais plasmados na Carta Magna, permitindo, nesta seara, a aproximação do Poder Judiciário ao povo com a concretização e densificação pragmática da Constituição diante das possibilidades fático-sócio-econômicas subjacentes.

Nesta esteira, com a influência notadamente alemã, o controle de constitucionalidade vem adquirindo feições cada vez mais diversificadas no constitucionalismo contemporâneo.

Várias técnicas como a interpretação da lei conforme a Constituição, a Declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, o Apelo ao Legislador, a aplicação dos princípios da Proporcionalidade e Razoabilidade em sede de controle de constitucionalidade,²⁸⁷ a implementação de ações/recursos como o Recurso de Amparo Argentino, Mexicano e Espanhol, o Recurso Constitucional Alemão, o *Writ of Certiorari* Norte-Americano, a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental brasileira denotam a preocupação com a instrumentalização de mecanismos de defesa das Cartas Fundamentais para garantia especialmente dos direitos fundamentais historicamente amparados.

²⁸⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998, pp. 28/29.

²⁸⁷ Sobre os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, ver BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 4ª edição, 1993; CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2ª edição, 1998; MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998; STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001; TORRES, Ricardo Lobo (org). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2ª edição, 2001.

Estas ações, recursos, técnicas na órbita constitucional permitem uma adaptação do texto normativo às realidades fáticas e empíricas sempre em mutação, para manutenção e proteção da ordem jurídico-constitucional sensível, da cidadania e da dignidade da pessoa humana.

No Brasil, por exemplo, o sistema de controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário é dividido em difuso e concentrado. O controle difuso é realizado por qualquer magistrado e o concentrado somente pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Existe uma tendência atualmente de ampliação do controle concentrado, sendo tal fenômeno aprofundado desde a promulgação da Carta Magna de 1988. Veja-se a lição de Gilmar Ferreira Mendes: “Tal como afirmado, a Constituição de 1988 pretendeu preservar o chamado sistema misto de controle de constitucionalidade, combinando elementos do sistema difuso com aqueles do modelo concentrado de controle de normas. Todavia, a ampliação do direito de propositura fez com que se reduzisse o significado do sistema difuso de controle em geral. Quase todas as questões fundamentais sobre controle de constitucionalidade são veiculadas em ação direta de inconstitucionalidade. (...) A amplitude do direito de propositura faz com que até mesmo pleitos tipicamente individuais sejam submetidos ao Supremo Tribunal Federal mediante ação direta de inconstitucionalidade. Assim, o processo abstrato de normas cumpre entre nós uma dupla função: ele atua tanto como instrumento de defesa da ordem objetiva, quanto como instrumento de defesa de posições subjetivas”.²⁸⁸

²⁸⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. “O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de constitucionalidade”. In: *Revista de Informação Legislativa*, ano: 34, nº 134, abr/jun, 1997, p. 13. No mesmo sentido, Ivan Lelis Bonilha estabelece: “O sistema de controle concentrado enfrenta um grande acúmulo de ações diretas de inconstitucionalidade; de 1988 até o final do ano de 1992, em pouco mais de quatro anos, foram ajuizadas cerca de 850 ADIn’s, enquanto se efetuaram 1.050 representações perante a Suprema Corte de 1965 (ano no qual passou a existir o exame em tese de constitucionalidade) até 1988. Dois episódios foram determinantes deste salto quantitativo: 1. A ampliação do rol de legitimados em promover a tutela constitucional, antes monopólio exercido pelo Procurador Geral da República; 2. A inflação jurídica reveladora de uma compulsão normativa, emaranhando o ordenamento em verdadeiro cipoal legislativo, também é grande causadora da proliferação das ações ajuizadas”. (BONILHA, Ivan Lelis. “O processo objetivo da ação direta de inconstitucionalidade”. In: *Revista dos Tribunais*, ano: 6, nº 22, jan/mar, 1998, p. 137).

Tal tendência muitas vezes afasta o cidadão em geral da discussão sobre a constitucionalidade de normas, afetando sua participação jurídico-política no controle de constitucionalidade.

O cidadão merece participar do controle de constitucionalidade, mantendo com toda a pujança sua legitimidade ordinária no controle incidental, devendo também ser admitido no controle concentrado através de instrumentos e garantias específicas. Bem se coaduna com tal entendimento a lição de Georghio Alessandro Tomelin: “Para tanto, grande passo seria conferir legitimação difusa para que todos os cidadãos pudessem questionar quaisquer atos de autoridade em sede, por exemplo, de recurso constitucional para a proteção de direitos fundamentais. Que no direito brasileiro haja prerrogativa de foro para alguns parece logicamente aceitável dentro do sistema. Inadmissível é que instrumentos jurídicos preciosos somente sejam utilizáveis por alguns poucos legitimados”.²⁸⁹

Apenas a título ilustrativo nesta Dissertação, defende Carmem Lúcia Antunes Rocha a criação de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade para defesa do cidadão brasileiro. Argumenta a referida autora que a sociedade é tanto mais democrática quanto maior é a aproximação do corpo social em relação à Constituição, que deixa de ser apenas bíblia de advogado para se tornar um diário dos cidadãos.²⁹⁰

Defende, ainda, a autora a existência de um direito público subjetivo à constitucionalidade, delineando que excluir o cidadão do controle de constitucionalidade concentrado é algo injusto e antidemocrático. Estabelece que, por exemplo, em caso de não propositura pelos legitimados extraordinários da Ação Direta de Inconstitucionalidade, o cidadão deveria adquirir esta legitimidade e manejar o direito ao controle de atos e leis iníquas perante o Pretório Excelso.²⁹¹

²⁸⁹ TOMELIN, Georghio Alessandro. “A quadratura dos direitos fundamentais nos diferentes círculos judiciais de eficácia: Brasil – Alemanha”. In: *Revista dos Tribunais*, ano: 7, nº 29, out/dez, 1999, p. 174.

²⁹⁰ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. “Ação direta subsidiária de inconstitucionalidade: a legitimidade do cidadão brasileiro”. In: *Revista Forense*, ano: 88, vol. 318, 1988, p. 27.

²⁹¹ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. “Ação direta subsidiária de inconstitucionalidade: a legitimidade do cidadão brasileiro”. In: *Revista Forense*, ano: 88, vol. 318, 1988, p. 31.

Afirma a doutrinadora que tal Ação Direta de Constitucionalidade de caráter subsidiário não geraria maior volume de processos perante o STF. Ao contrário, proporcionaria mais segurança na prestação jurisdicional, maior garantia à cidadania e proteção à Carta Magna.

Conclui Carmen Lúcia Antunes Rocha afirmando que a legitimidade subsidiária para propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade é um direito de todo cidadão. Atestem-se as palavras da autora: “(o controle de constitucionalidade exercido pelo Pretório Excelso) é de uma grandeza que a sociedade espera do órgão de cúpula do Poder Judiciário e convocar o cidadão a auxiliá-lo no exercício da principal função que lhe foi outorgada pela Constituição: ser o seu guardião e, por óbvio, ser o esteio de todas as garantias conferidas por ela aos brasileiros. (...) Esta promoção deve ser feita não com o afastamento do cidadão, mas com a sua legitimidade como autor de ações como esta que controla verdadeiramente o Direito, tornando-o, assim, partícipe e responsável direto pela Constituição”.²⁹²

Também, é de registrar que a sociedade tenta, ainda de forma acanhada, organizar-se em grupos de defesa do consumidor, ONGs, por exemplo. Esta sociedade organizada deveria igualmente participar do controle de constitucionalidade sem limitações exacerbadas.²⁹³

²⁹² ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. “Ação direta subsidiária de inconstitucionalidade: a legitimidade do cidadão brasileiro”. In: *Revista Forense*, ano: 88, vol. 318, 1988, p. 32.

²⁹³ A participação da sociedade pode se fazer de diversas formas para controle das normas jurídicas e promoção dos valores constitucionais, bem lembra Luís Roberto Barroso acerca da figura do *ombudsman* como um dos elementos de defesa da cidadania: “Foi igualmente descartada do texto levado à votação no plenário da Constituinte a figura do ‘Defensor do Povo’, cuja criação havia sido sugerida no Anteprojeto da Comissão Provisória de Estados Constitucionais (Comissão Afonso Arinos) e que chegou a constar do Anteprojeto da Comissão de Sistematização. Desperdiçou-se, assim, a oportunidade de reedição local da instituição do *ombudsman*, consagrada pela Constituição sueca de 1809 e abrigada na legislação de diversos países. Ao Defensor do Povo, Provedor de Justiça ou Corregedor-Geral caberia, concorrentemente com outros órgãos, a fiscalização dos atos do poder público, notadamente os da Administração. Aqui, como em outras partes do novo texto, pressões ligadas a interesses corporativos, antes que ao interesse público, inviabilizaram a inovação ignorando a experiência de inúmeros Estados, inclusive do Terceiro Mundo, onde a atuação do *ombudsman* provou-se de grande utilidade na proteção de alguns dos direitos fundamentais do indivíduo”. (BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidade da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, pp. 128/129).

A democratização do controle de constitucionalidade, com a participação do cidadão, objetiva a aproximação do povo, da sociedade organizada, dos grupos de pressão, de toda a coletividade perante o Poder Judiciário.

Esta aproximação é positiva tanto para o Julgador quanto para comunidade. Isto porque o Magistrado, especialmente no controle concentrado, tem pouco contato com as partes litigantes, por se tratar, em regra, esta modalidade de controle de constitucionalidade de sistema de análise procedimental objetiva, no que diz respeito aos julgamentos acerca da compatibilidade de normas jurídicas em relação à Constituição.

É necessário entender que os julgamentos de Ações Diretas de Inconstitucionalidade, Ações Declaratórias de Constitucionalidade e Arguições de Descumprimento de Preceitos Fundamentais devem ser feitos sempre de forma cuidadosa e não dentro de uma visão dogmática tradicional, isto porque os julgamentos constitucionais têm, além de um cunho jurídico, também um enorme reflexo político-econômico-social, implicando na confirmação da constitucionalidade e legitimidade de normas ou na retirada de normas do sistema por terem sido inquinadas pelo vício de inconstitucionalidade.

A participação da sociedade (cidadãos) no controle de constitucionalidade concentrado é essencial, devendo o julgamento considerar os reflexos da decisão nos seios social, econômico e político de uma coletividade.

Os Julgadores têm de confrontar a norma impugnada com os dispositivos constitucionais específicos, aplicando as técnicas modernas de hermenêutica e controle de constitucionalidade, buscando harmonizar as normas legais e constitucionais também com a contextura e os interesses de toda a comunidade.

A atuação dos cidadãos por meio de discussões públicas sobre as normas questionadas com a produção de provas, oferecendo pareceres, manifestações na esfera judicial é algo importante para dar legitimidade final ao julgamento exarado no controle de constitucionalidade efetuado pela Suprema Corte.

Neste contexto, deve-se delimitar a importância de que os Julgadores da Excelsa Corte originem-se da comunidade acadêmica mais graduada, dos Magistrados de carreira, dos membros de carreiras jurídicas e porque não de componentes de notória cultura social e humana da nossa coletividade.

Estes Julgadores, com base em dados de ciência empírica, colhendo os anseios da coletividade, interpretando crítica e topicamente as normas legais e constitucionais, promoveram julgamentos mais equânimes, legítimos, respeitados pelos operadores jurídicos e acatados por toda sociedade.

Perante o Poder Judiciário e em sede do controle de constitucionalidade, incidental ou concentrado, os cidadãos terão a certeza da garantia de seus direitos, da preservação e da dinamização da aplicação das normas constitucionais que sem dúvida ganharão maior efetividade e realização pragmática.²⁹⁴

Como restou asseverado, a educação para cidadania permitirá também uma aproximação maior do povo em relação ao Judiciário que, despido de arcaísmos, aceita os embates democráticos e conduz o povo, em sede de controle de constitucionalidade, a conhecer a Carta Magna para que esta seja constantemente realimentada pelo titular do Poder Constituinte (Povo), permitindo a sua adequação à realidade concreta com a preservação, implantação e construção de uma sociedade que garanta a dignidade humana²⁹⁵ acima de qualquer tipo de formalismo e fetichismo normativista.

Por cautela, como anteriormente já frisado, não se está aqui defendendo que o Poder Judiciário seja o único responsável pela manutenção do Regime Democrático e da cidadania, especialmente para a construção e implementação de uma sociedade mais equânime e equilibrada.

²⁹⁴ Cf. SANTOS, Marcos André Couto. “A efetividade das normas constitucionais (as normas programáticas e a crise constitucional)”. In: *Revista de Informação Legislativa*, ano: 37, nº 147, jul/set, 2000, pp. 05/14.

²⁹⁵ Cf. SANTOS, Marcos André Couto. “A delimitação de um conteúdo para o direito: em busca de uma renovada teoria geral com base na proteção da dignidade da pessoa humana”. In: *Revista de Informação Legislativa*, ano: 39, nº 153, jan/mar, 2002, pp. 163/191.

Na realidade, a Constituição, com seus valores, objetivos e materialidade, deve ser respeitada e garantida por todos os Poderes Constituídos (Executivo, Legislativo e Judiciário) e por toda a sociedade, comprometidos em conjunto com o Regime Democrático e com a implementação de uma igualdade substancial entre todos os seres humanos, respeitadas as peculiaridades inerentes.

Agora, em caso de atuação “governamental” ou de atuação de “entes/pessoas privadas” contra a Constituição, bem como nas omissões para efetivação dos valores constitucionais básicos, defende-se que o Poder Judiciário, especialmente os órgãos de Jurisdição Constitucional através do controle de constitucionalidade, deverão atuar para proteger os cidadãos e garantir o Regime Democrático na defesa dos valores fundantes de uma sociedade. Neste sentido, bem interessante é a lição de Carlos Aureliano Motta de Souza ao estabelecer ser o Poder Judiciário o último reduto de proteção da cidadania: “Na lida diária, ocorrendo circunstâncias adversas, quando alguns órgãos se omitem e outros produzem ações contrárias aos comandos constitucionais, a última linha de defesa do cidadão vai ser constituída pelos órgãos jurisdicionais”.²⁹⁶

Por tudo o exposto, tomando a preservação da Constituição em seu sentido formal e material, a Cidadania, o Poder Judiciário e o Controle de Constitucionalidade formam uma tríade básica que viabilizará o Direito como um instrumento transformador e promotor de segurança, paz e harmonia social, aproximando o povo da justiça, garantindo-lhe a dignidade necessária amparada por instrumentos constitucionais específicos como a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, conforme será delineado no item 3.4. da presente Dissertação.

3.3. As manifestações do Supremo Tribunal Federal (STF) em sede de Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental

²⁹⁶ SOUZA, Carlos Aureliano Motta de. *O papel constitucional do STF: uma nova aproximação sobre o efeito vinculante*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 61.

Depois de analisadas as finalidades do sistema de controle de constitucionalidade judicial nas suas perspectivas clássica (item 3.1. da presente Dissertação) e emancipadora (item 3.2. da presente Dissertação), importante observar quais os pronunciamentos dos Ministros do STF em relação ao novel instituto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no Brasil.

Para tanto, neste tópico, restam destacadas algumas decisões e julgamentos de Arguições de Descumprimento de Preceitos Fundamentais concretas propostas perante o Supremo Tribunal Federal (STF).

Como já delineado nesta Dissertação, atente-se que o parágrafo 1º, do art. 102, da CF/88, regra constitucional a prever o instituto da Arguição de Descumprimento, foi considerada uma norma de eficácia limitada²⁹⁷ pelo STF que não conheceu inicialmente de nenhuma Arguição proposta, por entender necessitar o referido dispositivo da Carta Magna de regulamentação infraconstitucional para viabilizar-se o seu manejo no âmbito processual.²⁹⁸

Assim, somente com o advento da Lei nº 9.882/99, reguladora do parágrafo 1º, do art. 102 da CF/88, restou delineada a Arguição de Descumprimento em seus caracteres específicos, adquirindo plena eficácia positiva na sua utilização como instrumento processual hábil no ordenamento jurídico pátrio.

Já, indicou-se também, na presente Dissertação, que a referida Lei nº 9.882/99 vem provocando discussões, especulações e polêmicas no mundo jurídico especialmente quanto às suas hipóteses de cabimento, a modulação dos seus efeitos e a adoção na mesma do julgamento de mérito vinculante.²⁹⁹

²⁹⁷ Sobre a caracterização das normas constitucionais quanto à eficácia, ver SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros Editores, 6ª edição, 2002.

²⁹⁸ Neste sentido, podem ser destacados os julgamentos proferidos pelo STF na Pet 1365 QO/DF - DISTRITO FEDERAL - QUESTÃO DE ORDEM NA PETIÇÃO - Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Publicação: DJ DATA-23-03-01 PP-00086 EMENT VOL-02024-01 PP-00180, Julgamento: 03/12/1997 - Tribunal Pleno e na Pet 1140 AgR / TO - TOCANTINS - AG.REG.NA PETIÇÃO - Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES - Publicação: DJ DATA-31-05-96 PP-18803 EMENT VOL-01830-01 PP-00001, Julgamento: 02/05/1996 - Tribunal Pleno.

²⁹⁹ Em relação às polêmicas e especulações acerca da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ver item 1.1. e capítulo 2º da presente Dissertação de Mestrado.

Tais perplexidades geraram grande insegurança em parcela razoável dos operadores do direito, tendo a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB inclusive proposto a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) nº 2.231-DF, objetivando ver declarada a inconstitucionalidade de vários artigos da referida Lei nº 9.882/99, reguladora da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, restando atacada por meio desta ADIN principalmente o parágrafo único, do art. 1º, o parágrafo 3º, do art. 5º; o *caput* e o parágrafo 3º, do art. 10 e o art. 11 da legislação indicada.

Dentre os argumentos colacionados na ADIN nº 2.231-DF, pode-se destacar pela relevância as seguintes alegativas: 1-) inconstitucionalidade do parágrafo único, do art. 1º, da Lei nº 9.982/99, diante da inviabilidade de criação legislativa de uma Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental por Equiparação para apreciar “controvérsias constitucionais relevantes” decorrentes da aplicação de atos e leis municipais, estaduais e federais, inclusive relacionados ao direito constitucional pretérito, por estar-se neste sentido implantando um “incidente de inconstitucionalidade” não previsto na Carta Magna de 1988; 2-) inconstitucionalidade do parágrafo 3º, do art. 5º, da Lei nº 9.882/99, diante da impossibilidade dentro da Carta Magna de 1988 de concessão de liminar por parte dos Ministros do STF para suspensão imediata de todos os processos em curso no Brasil afetos a mesma matéria apreciada em Argüição de Descumprimento concreta, por restar com base em tal dispositivo legal afetado o Princípio do Juiz Natural, instituindo uma verdadeira advocatória e descaracterizando o sistema difuso de controle de constitucionalidade; 3-) inconstitucionalidade do *caput* e parágrafo 3º do art. 10 e do art. 11 da Lei nº 9.882/99, por não ser viável, dentro da Constituição Federal de 1988, a adoção dos efeitos vinculantes e da modulação *ex nunc* e *pro futuro* da eficácia do julgamento de mérito da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Em sede liminar, o Ministro Néri da Silveira deferiu apenas em parte a tutela cautelar formulada pela OAB, nos autos da referida ADIN nº 2.231-DF, no sentido de: 1-) suspender os efeitos do parágrafo 3º, do art. 5º, da Lei nº 9.882/99; 2-) dar uma interpretação conforme a Constituição em relação ao parágrafo único, do art. 1º, da mesma Lei; 3-) manter a modulação dos efeitos e o caráter vinculante da Argüição de Descumprimento contidos no *caput* e parágrafo 3º, do art. 10, e no art. 11 da lei indicada. No Informativo do STF, estão bem consignados os diversos momentos

do julgamento que merecem ser transcritos na íntegra pela relevância dos seus argumentos, *in verbis*: “Informativo - 253 (ADI-2231) – Título - ADPF: Efeito Vinculante: Artigo – Quanto ao art. 10, caput, e § 3º - "julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental" (caput), decisão essa que terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público (§ 3º) -, o Min. Néri da Silveira, relator, proferiu voto no sentido de indeferir a liminar, por entender que o efeito vinculante não tem natureza constitucional, podendo o legislador ordinário disciplinar a eficácia das decisões judiciais, especialmente porque a CF remete expressamente à lei a disciplina da ADPF (CF, art. 102, § 1º). Em síntese, o Min. Néri da Silveira considerou que, à primeira vista, a Lei 9.882/99 é constitucional na parte em que cuida do processo de natureza objetiva, e que a suspensão cautelar dos dispositivos por ele mencionados não esvaziaria a Lei em sua íntegra. Em seguida, o Min. Sepúlveda Pertence, salientando que é relator de duas ações diretas (2.154-DF e 2.558-DF) que têm questões em comum com a presente ação, pediu vista dos autos. ADInMC 2.231-DF, rel. Min. Néri da Silveira, 5.12.2001.(ADI-2231). (...) Informativo - 253 (ADI-2231) – Título - ADPF: Modulação Temporal de seus Efeitos: Artigo - No tocante ao art. 11 ('Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de argüição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.'), o Min. Néri da Silveira votou pelo indeferimento da medida cautelar por considerar que, cuidando-se de processo de natureza objetiva, não há norma constitucional que impeça o legislador ordinário autorizar o STF a restringir, em casos excepcionais, por razões de segurança jurídica, os efeitos de suas decisões. ADInMC 2.231-DF, rel. Min. Néri da Silveira, 5.12.2001.(ADI-2231) (...) Informativo - 253 (ADI-2231) – Título - ADPF: Controle Concentrado – Artigo: O Min. Néri da Silveira, relator, em face da generalidade da formulação do parágrafo único do art. 1º, considerou que esse dispositivo autorizaria, além da argüição autônoma de caráter abstrato, a argüição incidental em processos em curso, a qual não poderia ser criada pelo legislador ordinário, mas, tão-só, por via de emenda constitucional, e, portanto, proferiu voto no sentido de dar ao texto interpretação conforme à CF a fim de excluir de sua aplicação controvérsias

constitucionais concretamente já postas em juízo ('Parágrafo único - Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental: I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição;'). Conseqüentemente, o Min. Néri também votou pelo deferimento da liminar para suspender a eficácia do § 3º do art. 5º, por estar relacionado com a arguição incidental em processos em concreto ('A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada.'). ADInMC 2.231-DF, rel. Min. Néri da Silveira, 5.12.2001.(ADI-2231)”.³⁰⁰

Por estar a Lei 9.882/99, reguladora da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, sendo alvejada por esta ADIN nº 2.231-DF, os próprios Ministros do STF aparentam estar deveras cautelosos na apreciação das Arguições de Descumprimento submetidas à análise, suspendendo muitas vezes o curso dos processos de Arguição sem nem mesmo prolatar decisões sobre o pedido liminar, sob o argumento de haver uma situação de prejudicialidade processual externa provocada pela referida ADIN em relação à legislação retora da Arguição constitucional (Lei nº 9.882/99). Neste sentido, tem-se decisão da Ministra Ellen Greice na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 14: “1 - Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Transporte Aquaviário, Aéreo, na Pesca e nos Portos - CONTTMAF contra ato do Presidente da República consubstanciado na edição do Decreto n.º 3721, de 08 de janeiro de 2001, que alterou o art. 020, 0II e o art. 031, 0IV e 00V do Decreto n.º 81240, de 20 de janeiro de 1978. Alega a autora que o decreto impugnado teria restringido o direito de percepção de complemento de aposentadoria de entidades fechadas de previdência, possuindo caráter autônomo, por afronta aos artigos 005º, 0II; 006º; 010; 037, caput; 084, 0IV; 170, caput; 174, caput; 192, caput e inc. 0II; 202, caput e §§ 004º, 005º e 006º; 192, caput e inc. 0II da Constituição Federal, além do art. 025, caput e incisos 00I e 0II do ADCT/88. Requer a concessão de medida liminar visando à suspensão da eficácia do Decreto n.º 3721/01 até o julgamento do mérito da

³⁰⁰ Informativo do STF nº 253 de 03 a 07 de dezembro de 2001. In: <http://www.stf.gov.br/>.

presente ADPF. 2 - Observo que o decreto impugnado foi objeto da ADI nº 2387, tendo o Plenário desta Corte, na sessão de 21.02.01, deixado de conhecer da ação sob o fundamento de que o decreto atacado não se reveste de autonomia, sendo insuscetível, assim, de impugnação por meio de ação direta. Realço, também, que a constitucionalidade da Lei nº 9882/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 001º da CF), está sendo discutida nos autos da ADI nº 2231. Por este motivo, o Plenário desta Casa, na sessão de 10.10.01, suspendeu o julgamento da ADPF nº 018, rel. o Min. Néri da Silveira. 3 - Diante do exposto, suspendo o processamento desta arguição, até solução da ADI nº 2231. Publique-se. Brasília, 29 de outubro de 2001”.³⁰¹

De igual modo, transcreve-se decisão do Ministro Marco Aurélio na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 06: “Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de medida liminar, ajuizada com a finalidade de provocar a suspensão do andamento de todos os processos, que, em tramitação no Tribunal Regional Federal da 2ª Região, versem a interpretação do art. 058 do ADCT (atualização do valor dos benefícios previdenciários) ou de determinar a sustação de eficácia de decisões ainda não transitadas em julgado, que estejam em franco dissenso com a jurisprudência firmada, na matéria, pelo Supremo Tribunal Federal. Ocorre que a Lei nº 9882/99 - que dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 001º do art. 102 da Constituição Federal - foi impugnada, em sua integralidade, em sede de controle normativo abstrato, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (ADI 2231-DF, Rel. Min. Néri da Silveira). O exame da presente causa depende, essencialmente, do julgamento do pedido de medida cautelar formulado na ADI 2231-DF, pois a eventual suspensão de eficácia da Lei nº 9882/99 impossibilitará o próprio processamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Há, pois, entre ambos os processos, um evidente nexo de prejudicialidade externa (E. D. Moniz de Aragão, ‘comentário ao Código de Processo Civil’, vol. II/398-400, itens 468/469, 1974, Forense), apto a gerar a adoção da medida processual prevista no art. 265, OIV, ‘a’, do CPC. Desse modo, a existência de relação condicionante entre as causas mencionadas (ADPF 6-RJ e ADI 2231-DF), que subordina o julgamento deste processo

³⁰¹ Decisão constante na Ata nº 162 do STF, publicada no Diário da Justiça nº 203, de 08 de novembro de 2001.

à prévia resolução do pedido de medida cautelar formulado na ação direta em questão, impõe a suspensão prejudicial da presente argüição de descumprimento de preceito fundamental. Sendo assim, aguarde-se, na Secretaria desta Corte, o julgamento do pedido de medida cautelar deduzido na ADI 2231-DF, Rel. Min. Néri da Silveira, em cujo âmbito foi impugnada, em sua totalidade, a validade jurídico-constitucional da Lei nº 9882/99, que disciplina o processo e o julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental. Uma vez realizado o julgamento do pedido de medida cautelar, na ADI 2231-DF, voltem-me conclusos os presentes autos. Brasília, 28 de junho de 2001”.³⁰²

Entretanto, há casos em que restou considerado pelos Ministros do STF o dano iminente a merecer proteção via Argüição de Descumprimento, ocorrendo então a concessão de liminar para sustar agressão a preceito fundamental, suspendendo-se na seqüência o processo por prejudicialidade em relação a ADIN nº 2.231-DF. Dentro desta hipótese, tem-se a decisão prolatada pelo Ministro Maurício Corrêa na Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 10: “Informativo - 238 (ADPF-10) – Título - ADPF: Julgamento Suspenso – Artigo: Iniciado o julgamento de ação de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de medida liminar, ajuizada pelo Governador do Estado de Alagoas, com base no art. 102, § 1º da CF, regulamentado pela Lei 9.882/99, em que se pretende ver declarada a não recepção, pela CF/88, de artigos do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, que prevêm a ação de reclamação para a preservação da competência do mesmo Tribunal e a garantia de suas decisões. Após o relatório e a sustentação oral do Procurador do Estado, (concedida a liminar pelo relator) o julgamento foi suspenso para aguardar o julgamento da ADIn 2.231-DF, em que se discute a constitucionalidade da Lei 9.882/99, que regulamenta o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental. ADPF 10-AL, rel. Min. Mauricio Corrêa, 22.8.2001.(ADPF-10)”.³⁰³

³⁰² Decisão constante na Ata nº 137 do STF, publicada no Diário da Justiça nº 181, de 19 de setembro de 2000.

³⁰³ Informativo do STF nº 238 de 20 a 24 de agosto de 2001. In: <http://www.stf.gov.br/>. Também afastando de forma expressa a suposta prejudicialidade provocada pela ADIN nº 2.231-DF, tem-se a decisão prolatada pelo Min. Gilmar Ferreira Mendes na ADPF nº 33 constante na Ata nº 186 do STF, publicada no Diário da Justiça nº 231, de 02 de dezembro de 2002.

Além da situação jurídica provocada pela ADIN nº 2.231-DF a influir nos julgamentos concretos das Arguições de Descumprimento de Preceitos Fundamentais no STF, outra grande polêmica no Pretório Excelso, relacionada à referida Arguição Constitucional, diz respeito à aplicação do Princípio da Subsidiariedade.

Como já destacado nesta Dissertação,³⁰⁴ a Subsidiariedade consiste no fato de que somente será apreciada no mérito a Arguição de Descumprimento se não houver outro meio processual e material eficaz a sanar a lesividade de preceitos fundamentais (parágrafo 1º, do art. 4º, da Lei nº 9.882/99). Assim, a Subsidiariedade é um requisito de admissibilidade processual para conhecimento das Arguições interpostas.

As interpretações dadas ao Princípio da Subsidiariedade implicam uma maior ou menor utilização da Arguição de Descumprimento, podendo conduzir até mesmo à inutilização do instituto. Bem lembra o Ministro Carlos Velloso neste sentido: “O Supremo Tribunal Federal deverá, ao construir a doutrina da arguição de descumprimento de preceito fundamental, debruçar-se sobre essa disposição legal. É que, praticamente, sempre existirá, no controle concentrado ou difuso, a possibilidade de utilização de ação ou recurso a fim de sanar lesão a preceito constitucional fundamental. Então, se o Supremo Tribunal Federal der interpretação literal, rigorosa, ao parágrafo 1º do art. 4º da Lei nº 9.882/99, a arguição será, tal qual está ocorrendo com o mandado de injunção, posta de lado”.³⁰⁵

Em relação aos casos concretos, há Ministros do STF que estão dando uma interpretação restritiva ao Princípio da Subsidiariedade, compreendendo ser inadmissível a Arguição de Descumprimento, desde que haja qualquer ação/recurso a possibilitar a sustação da lesividade a preceito fundamental. Neste sentido, tem-se a decisão na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 12, relator Ministro Ilmar Galvão, a seguir transcrita: “(...) Vistos, etc. (...) Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada pelo Partido da Social Democracia Brasileira - PSDB contra ato do Presidente do Superior Tribunal de Justiça, que,

³⁰⁴ A respeito do Princípio da Subsidiariedade e sua relação com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ver itens 1.1., 1.2. e 3.4. da presente Dissertação de Mestrado.

³⁰⁵ VELLOSO, Carlos. “A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental”. In MARTINS, Ives Gandra da Silva (org). *Direito Contemporâneo – Estudos em Homenagem a Oscar Dias Corrêa*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 40.

mantendo decisão em suspensão de segurança, encaminhou a julgamento agravo regimental contra ela interposto. (...) Alega o argüente que o ato de poder ora impugnado, ao manter a cassação de segurança liminarmente concedida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, para o fim de declarar nula a eleição para a Mesa Diretora da Assembléia Legislativa catarinense, descumpriu os preceitos fundamentais expressos nos artigos 001º; 002º; e 005º, incisos XXXV, LIII, LIV, LV e LXIX, todos da Constituição Federal. (...) A argüição de descumprimento de preceito fundamental, prevista no artigo 102, § 001 º, da Carta da República e regulada pela Lei nº 9882/99, é ação de natureza constitucional cuja admissão é vinculada à inexistência de qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade do ato de poder atacado, conforme dicção expressa do art. 004º, § 001º, da mencionada Lei nº 9882/99. (...) No caso dos autos, como se constata de simples leitura da inicial, a argüição tem por objetivo, exatamente, a reforma de decisão do Presidente do Superior Tribunal de Justiça, decisão esta passível de reexame por meio de agravo regimental, que, inclusive, foi manifestado pelo argüente em 14.03.2001 e se encontra aguardando atualmente, julgamento. (...) Evidente, desse modo, a ausência do requisito previsto no referido artigo 004 º, § 001 º, da Lei nº 9882/99, uma vez que a eventual lesividade do ato impugnado pode ser sanada por meio eficaz que não a argüição de descumprimento de preceito fundamental. (...) Por outro lado, não há falar, como pretende o argüente, que tal óbice seria afastado pelo fato de o agravo regimental interposto no STJ não apresentar efeito suspensivo, tendo em vista haver meio idôneo para obtê-lo. (...) Ante o exposto, indefiro liminarmente a inicial, na forma do artigo 004º, caput, da Lei nº 9.882/99, determinando o arquivamento do feito. (...) Publique-se. (...) Brasília, 20 de março de 2001”.³⁰⁶

Também, noticiam os Informativos do STF o entendimento restritivo acerca da aplicação do Princípio da Subsidiariedade por parte dos Ministros Sydney Sanches e Néri da Silveira, respectivamente, na apreciação das Argüições de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 03 e nº 18, *in verbis*: “Informativo - 189 (ADPF-3) – Título - ADPF: Cabimento – Artigo - É incabível a argüição de descumprimento de preceito fundamental quando ainda existente medida eficaz para sanar a lesividade (Lei 9.882/99, art. 4º, §1º). Com esse entendimento, o Tribunal não conheceu de argüição de descumprimento de preceito fundamental, ajuizada pelo Governador do Estado do

³⁰⁶ Decisão constante na Ata nº 36 do STF, publicada no Diário da Justiça nº 59, de 26 de março de 2001.

Ceará, contra ato do Tribunal de Justiça do mesmo Estado que deferira reclamação em mandado de segurança para determinar o pagamento de gratificações, sem a observância do preceito constitucional que proíbe a sua concessão 'em cascata' (CF, art. 37, XIV - redação dada pela EC 19/98). ADPF (QO) 3-CE, rel. Min. Sydney Sanches, 18.5.2000. (ADPF-3). (...) Informativo - 265 (ADPF-18) – Título - ADPF: Não-Cabimento – Artigo: É incabível a arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver medida eficaz para sanar a lesividade (Lei 9.882/99, art. 4º, §1º). Com esse entendimento, o Tribunal manteve decisão do Min. Néri da Silveira, relator, que não conheceu de arguição de descumprimento de preceito fundamental, ajuizada contra ato do Governador do Estado do Ceará que demitira servidor público, na qual se alegava inexistir outro meio eficaz de sanar a lesividade, já que antecipação da tutela concedida na ação ordinária ajuizada em primeira instância, visando a reintegração do servidor, não vem sendo cumprida. Precedente citado: ADPF 3-CE (acórdão pendente de publicação, v. Informativo 189). ADPF (AgRg) 18-CE, rel. Min. Néri da Silveira, 22.4.2002. (ADPF-18)”³⁰⁷.

Uma posição um pouco mais flexível acerca da Subsidiariedade é a do Ministro Celso Mello que, mesmo não conhecendo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 17, admitiu a necessidade de uma análise mais acurada do cabimento do instituto constitucional referido. Vale a pena transcrever parte relevante da extensa decisão singular: “Informativo - 243 (ADPF-17) - Título - ADPF e Princípio da Subsidiariedade (Transcrições) - Artigo: ADPF e Princípio da Subsidiariedade (Transcrições) ADPF 17-AP* (medida liminar) RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO EMENTA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (CF, ART. 102, § 1º). AÇÃO ESPECIAL DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL. PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE (LEI Nº 9.882/99, ART. 4º, § 1º). EXISTÊNCIA DE OUTRO MEIO APTO A NEUTRALIZAR A SITUAÇÃO DE LESIVIDADE QUE EMERGE DOS ATOS IMPUGNADOS. INVIABILIDADE DA PRESENTE ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO. (...) O legislador, ao dispor sobre a disciplina formal desse novo instrumento processual, previsto no art. 102, § 1º, da Carta Política, estabeleceu, no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, que não será admitida a

³⁰⁷ Informativo do STF nº 189 de 15 a 19 de maio de 2000 e Informativo do STF nº 265 de 22 a 26 de abril de 2002. In: <http://www.stf.gov.br/>. Também, no mesmo sentido, tem-se a decisão lavra do Ministro Sepúlveda Pertence nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 39 - Decisão constante na Ata nº 22 do STF, publicada Diário da Justiça nº 44, em 06 de março de 2003.

argüição de descumprimento de preceito fundamental, 'quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade'. É claro que a mera possibilidade de utilização de outros meios processuais não basta, só por si, para justificar a invocação do princípio da subsidiariedade, pois, para que esse postulado possa legitimamente incidir, revelar-se-á essencial que os instrumentos disponíveis mostrem-se aptos a sanar, de modo eficaz, a situação de lesividade. Isso significa, portanto, que o princípio da subsidiariedade não pode - e não deve - ser invocado para impedir o exercício da ação constitucional de argüição de descumprimento de preceito fundamental, eis que esse instrumento está vocacionado a viabilizar, numa dimensão estritamente objetiva, a realização jurisdicional de direitos básicos, de valores essenciais e de preceitos fundamentais contemplados no texto da Constituição da República. Se assim não se entendesse, a indevida aplicação do princípio da subsidiariedade poderia afetar a utilização dessa relevantíssima ação de índole constitucional, o que representaria, em última análise, a inaceitável frustração do sistema de proteção, instituído na Carta Política, de valores essenciais, de preceitos fundamentais e de direitos básicos, com grave comprometimento da própria efetividade da Constituição. (...) Essa, porém, não é a situação que se registra na presente causa, eis que o argüente dispõe de meio processual idôneo, capaz de afastar, de maneira efetiva e real, a situação de lesividade que por ele é ora denunciada neste processo. Refiro-me ao instrumento jurídico-processual da ação popular, cuja eficácia neutralizadora do estado de lesividade justifica a sua imediata utilização, por parte de quem dispõe do status activae civitatis, impondo-se ter presente, ainda, por relevante, a possibilidade de outorgar-se, no processo em questão, a pertinente medida liminar destinada a sustar, cautelarmente, a própria execução do ato estatal impugnado (Lei nº 4.717/65, art. 5º, § 4º). (...) Vê-se, pois, que incide, na espécie, o pressuposto negativo de admissibilidade a que se refere o art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, circunstância esta que torna plenamente invocável, no caso, o princípio da subsidiariedade, que atua - ante os fundamentos já expostos - como causa obstativa do ajuizamento imediato da ação constitucional de argüição de descumprimento de preceito fundamental. Sendo assim, e tendo em consideração as razões invocadas, não conheço da presente ação constitucional, restando prejudicado o exame do pedido de medida liminar. Arquivem-se os presentes autos. Publique-se. Brasília, 20 de setembro de 2001. Ministro CELSO DE MELLO Relator *decisão publicada no DJU de 28.9.2001''³⁰⁸.

³⁰⁸ Informativo do STF nº 243 de 24 a 28 de setembro de 2001. In: <http://www.stf.gov.br/>.

Adotando tese já destacada nesta Dissertação, no sentido de que o Princípio da Subsidiariedade deve ser compreendido numa ótica objetiva, servindo a Arguição de Descumprimento como meio de proteção útil, eficaz e célere dos preceitos fundamentais em preferência às demais ações ordinárias e constitucionais, tem-se a decisão prolatada pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 33, delineada no Informativo nº 301, *in verbis*: “Informativo - 301 (ADPF-33) – Título - ADPF: Medida Liminar – Artigo: Submetida ao referendo do Plenário a decisão do Min. Gilmar Mendes, relator, que, ante o perigo de lesão grave às contas públicas do Estado do Pará, deferira medida liminar em ação de descumprimento de preceito fundamental para, até decisão final da ação, determinar a suspensão de todos os processos em curso e dos efeitos de decisões judiciais que versem sobre a aplicação do art. 34 do Regulamento de Pessoal do Instituto de Desenvolvimento Econômico-Social do Pará (IDESP) - adotado pela Resolução 8/86 do Conselho de Administração e aprovado pelo Decreto Estadual 4.307/86 -, que trata da remuneração do pessoal da autarquia, vinculando o quadro de salários ao salário mínimo. Trata-se, na espécie, de ação de descumprimento de preceito fundamental, ajuizada pelo Governador do Estado do Pará, em que se pretende ver declarada, com eficácia erga omnes, a não-recepção do referido art. 34 pela CF/88, o qual, editado em 1986, teria se tornado incompatível com esta, em face da proibição de vinculação ao salário mínimo para qualquer fim (CF/88, art. 7º, IV). O Min. Gilmar Mendes, relator, afastando a questão relativa à constitucionalidade da Lei 9.882/99 (que está sendo apreciada na ADI 2.231-DF), proferiu voto no sentido de referendar o despacho monocrático de concessão de liminar, no que foi acompanhado pelos Ministros Ellen Gracie e Nelson Jobim. Após, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista do Min. Maurício Corrêa. ADPF (MC) 33-PA, rel. Min. Gilmar Mendes, 20.3.2003. (ADPF-33)”³⁰⁹

Em linha teórica semelhante, para garantia do resultado útil de proteção imediata aos preceitos fundamentais, tem-se a apreciação liminar do pedido externado na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 04, ora delineado no Informativo nº 264 do STF, *in verbis*: “Informativo - 264 (ADPF-4) – Título - ADPF:

³⁰⁹ Informativo do STF nº 301 de 17 a 21 de março de 2003. In: <http://www.stf.gov.br/>. Para ver a íntegra desta decisão do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, ver Ata nº 186 do STF, publicada no Diário da Justiça nº 231, de 02 de dezembro de 2002.

Cabimento – Artigo: Concluído o julgamento de preliminar sobre a admissibilidade da arguição de descumprimento de preceito fundamental, ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista-PDT, contra a MP 2.019/2000, que fixa o valor do salário-mínimo (v. Informativo 195). O Tribunal, colhido o voto de desempate do Min. Néri da Silveira, conheceu da arguição por entender que a medida judicial existente - ação direta de inconstitucionalidade por omissão - não seria, em princípio, eficaz para sanar a alegada lesividade, não se aplicando à espécie o §1º do art. 4º da Lei 9.882/99 (‘Não se admitirá arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver outro meio eficaz de sanar a lesividade.’). Vencidos os Ministros Octavio Gallotti, relator, Nelson Jobim, Maurício Corrêa, Sydney Sanches e Moreira Alves, que não conheciam da ação. Em seguida, suspendeu-se a conclusão do julgamento para que os autos sejam encaminhados, por sucessão, à Ministra Ellen Gracie. ADPF 4-DF, rel. Min. Octavio Gallotti, 17.4.2002.(ADPF-4)”.³¹⁰

Interessante notar que os resultados dos julgamentos das Arguições de Descumprimento de Preceitos Fundamentais no STF, em regra, estão ficando basicamente atrelados a questões processuais, como acima destacado, diante da prejudicialidade supostamente provocada pela ADIN nº 2.231-DF e da aplicação geralmente restritiva do Princípio da Subsidiariedade.

Neste sentido, também restaram julgadas as Arguições de Descumprimento de Preceitos Fundamentais nº 11 e nº 19, relatadas respectivamente pelos Ministros Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence, nas quais foram indeferidas a petição inicial e negados seguimentos às referidas Arguições constitucionais em virtude da ilegitimidade ativa das pessoas e entidades que as propuseram por não estarem enquadradas no inciso I, do art. 2º, da Lei nº 9.882/99. Vejam-se o teor das decisões noticiadas: “Informativo - 216 (ADPF-11) – Título - ADPF e Legitimidade (Transcrições) – Artigo: ADPF N. 11-SP* DECISÃO: - Vistos. Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido liminar, proposta por FÁBIO MONTEIRO DE BARROS FILHO, com fundamento no art. 102, § 1º, da Constituição Federal e na Lei 9.882/99, na qual requer ‘a intervenção do STF, na qualidade de guardião da Constituição e do Estado de Direito, na forma da Lei 9.882, com a concessão de medida liminar’ visando

³¹⁰ Informativo do STF nº 264 de 15 a 19 de abril de 2002. In: <http://www.stf.gov.br/>.

à 'a) Suspensão do bloqueio de bens do requerente e suas empresas, para que possa desenvolver suas atividades, se necessário for para que o mesmo ofereça garantia real nos autos da ação civil pública proporcional a sua responsabilidade' (fls. 12/13), bem como 'b) Suspender a sentença falimentar da CONSTRUTORA IKAL LTDA., até ao final da ação civil pública, em face da indisponibilidade de seus bens, créditos e valores depositados em conta corrente' (fl. 13). Autos conclusos nesta data. Decido. A arguição de descumprimento de preceito fundamental poderá ser proposta pelos legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade (Lei 9.882/99, art. 2º, I), mas qualquer interessado poderá solicitar ao Procurador-Geral da República a propositura da arguição (art. 2º, § 1º). Assim posta a questão, porque o autor não é titular da legitimatio ad causam ativa, nego seguimento ao pedido e determino o seu arquivamento. Publique-se. Brasília, 30 de janeiro de 2001. Ministro CARLOS VELLOSO - Presidente - * decisão publicada no DJU de 6.2.2001. (...) ADPF nº 19: Arguição de descumprimento de preceito fundamental cumulada com ação declaratória de constitucionalidade da Lei 1711/52: a legitimação ativa para ambas as ações constitucionais proposta é restrita às autoridades e entidades enumerada na Constituição: art. 103 , caput (por força do art. 9882/99, art. 002º , 00I), quanto à arguição, e art. 103 , § 004º, relativamente à ação declaratória de constitucionalidade. Entre os legitimados, não se incluir o requerente. Indefiro liminarmente a petição inicial , prejudicado o pedido de liminar. Brasília , 04 de outubro de 2001".³¹¹

Como se atesta, o Supremo Tribunal Federal (STF) somente vem apreciando as Arguições de Descumprimento de Preceitos Fundamentais propostas pelas pessoas e entidades legitimadas nos termos da legislação ordinária aplicável (inciso I, do art. 2º, da Lei nº 9.882/99).³¹²

Além disto, também restou não conhecida a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 01 proposta contra ato do Prefeito do Município do Rio de Janeiro que vetou lei municipal, sem fundamentar as razões do veto.

³¹¹ Decisão exarada na ADPF nº 19 constante da Ata nº 145 do STF, publicada no Diário da Justiça nº 185, de 11 de outubro de 2001 e Transcrição de decisão da ADPF nº 11 constante no Informativo do STF nº 216 de 5 a 9 de fevereiro de 2001. In: <http://www.stf.gov.br/>.

³¹² Quanto aos detalhamentos sobre a legitimidade processual para interpor a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ver itens 2.1.3. e 3.4. da presente Dissertação de Mestrado.

Entendeu o Ministro relator Néri da Silveira que não seria possível ao Poder Judiciário apreciar os motivos de veto de Prefeito a Projeto-de-Lei, sob pena de quebra do Princípio da Separação dos Poderes. Veja-se a referência a tal julgamento da Argüição de Descumprimento nº 01: “Informativo - 176 (ADPF) – Título - Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental – Artigo: O Tribunal, examinando questão de ordem apresentada pelo Min. Néri da Silveira, relator, não conheceu de argüição de descumprimento de preceito fundamental (CF, art. 102, § 1º) ajuizada pelo Partido Comunista do Brasil - PC do B, contra ato do Prefeito do Município do Rio de Janeiro que, ao vetar parcialmente, de forma imotivada, projeto de lei aprovado pela Câmara Municipal - que eleva o valor do IPTU para o exercício financeiro de 2.000 - teria violado o princípio constitucional da separação de Poderes (CF, art. 2º). Considerou-se ser incabível na espécie a argüição de descumprimento de preceito fundamental, dado que o veto constitui ato político do Poder Executivo, insuscetível de ser enquadrado no conceito de ato do Poder Público, previsto no art. 1º da Lei 9.882/99 (‘A argüição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público’). ADPF (QO) 1-RJ, rel. Min. Néri da Silveira, 3.2.2000”.³¹³

Ainda, destaque-se que outras grandes questões e polêmicas acerca da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental não chegaram a ser apreciadas de forma pontual pelo STF até a presente data, tais como, exemplificativamente: 1-) o balizamento jurisprudencial das expressões “descumprimento” e “preceito fundamental” a justificar a proteção e manejo das Argüições de Descumprimento (ver capítulo 2º desta Dissertação de Mestrado); 2-) a modulação dos efeitos das decisões liminar e de mérito em sede das Argüições de Descumprimento (ver itens 1.1. e 3.4. desta Dissertação de Mestrado).

Por enquanto, a partir do acima exposto, parece não estarem em regra os Ministros do STF dando – salvo melhor juízo - tanta importância à Argüição de Descumprimento, delineando até algumas posições deveras conservadoras acerca do

³¹³ Informativo do STF nº 176 de 1º a 4 de fevereiro de 2000. In: <http://www.stf.gov.br/>.

instituto constitucional de forma – data vênia - pouco adequada para proteção dos preceitos fundamentais básicos.

Na realidade, em virtude das muitas polêmicas e recalcitrâncias do mundo jurídico acerca da Lei nº 9.882/99, bem como diante da existência da ADIN nº 2.231-DF contra a referida lei, em pouco mais de 03 (três) anos de vigência da regulamentação da Arguição de Descumprimento, foram apenas propostas até a presente data cerca de 41 (quarenta e uma) Arguições, das quais apenas 02 (duas) – ADPF nº 10 e ADPF nº 33 tiveram liminares concedidas, conforme acima delineado, aparentando que o STF ainda não se posicionou de forma clara e conclusiva sobre os limites e as finalidades da Arguição constitucional referida, não estabelecendo – data vênia - como Corte Constitucional as dimensões objetivas e subjetivas do instituto ora analisado.

Por fim, como protetor da ordem jurídico-constitucional, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem um compromisso com o povo brasileiro de potencializar hermenêutica e concretamente o respeito e a garantia da cidadania através de instrumentos de controle de constitucionalidade específicos, como a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, conforme já destacado na presente Dissertação de Mestrado (item 3.2.) e restará melhor delineado no próximo e conclusivo item da presente Dissertação.

3.4. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: propostas de reformulação para maior garantia da Constituição, dos preceitos fundamentais, da cidadania e da dignidade da pessoa humana

Como estabelecido na presente Dissertação, a Arguição de Descumprimento deve servir como instrumento de proteção dos preceitos fundamentais, entendidos estes – de uma forma operacional dentro da moderna hermenêutica constitucional - como os direitos, garantias fundamentais, bem como a parte substancial da Constituição que trata da organização do Estado, do Regime Democrático e da separação dos poderes.³¹⁴

³¹⁴ Para um aprofundamento teórico do significado da expressão “preceitos fundamentais” a constituir o objeto de proteção da Arguição de Descumprimento, ver o item 2.2. da presente Dissertação de Mestrado.

Entretanto, mesmo respeitando tais entendimentos preambulares, a finalidade da Arguição de Descumprimento deve ser de servir como instrumento de proteção da cidadania através da garantia da integridade dos preceitos fundamentais e promoção da dignidade da pessoa humana.³¹⁵

Para proteção da cidadania, no Substitutivo do Projeto-de-Lei regulamentador da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, remetido pelo Congresso para sanção presidencial, havia a previsão da legitimação do cidadão para interpor a referida Arguição constitucional em caso de agressão a preceito fundamental.³¹⁶

Entretanto, como já referido, o Presidente da República vetou a participação do cidadão sob o fundamento de que haveria um aumento do número de processos perante o STF.³¹⁷

Quanto ao indicado argumento de que haveria um volume ainda maior de processos com a legitimação de qualquer do povo para manejar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, não há sustentáculo em tal tese, devendo-se dar acesso aos cidadãos para proteção das liberdades e direitos fundamentais perante a mais Alta Corte de Justiça do país, estabelecendo para tanto critérios regulares de admissão das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Segundo Maria Garcia, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, prevista no parágrafo 1º, do art. 102, da Constituição Federal de 1988 e regulada pela Lei nº 9.882/99, ao não prever a possibilidade de seu manejo pelos

³¹⁵ Para um detalhamento acerca da relação entre controle de constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ver o item 3.2. da presente Dissertação de Mestrado.

³¹⁶ Sobre a tramitação do Projeto-de-Lei e seu Substitutivo que deu origem à Lei nº 9.882/99, reguladora da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ver o item 1.1. da presente Dissertação de Mestrado.

³¹⁷ Vejam-se as razões do veto presidencial à legitimação processual dos cidadãos brasileiros em sede da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: “A disposição insere um mecanismo de acesso direto, irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal sob a alegação de descumprimento de preceito fundamental por ‘qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público.’ A admissão de um acesso individual e irrestrito é incompatível com o controle concentrado de legitimidade dos atos estatais – modalidade em que se insere o instituto regulado pelo projeto de lei sob exame (...) Impõe-se, portanto, seja vetada a disposição em comento”. (MENSAGEM Nº 265, de 2000-CN (nº 1.807/99, na origem). Diário do Congresso Nacional – Sessão conjunta, março de 2000, pp. 04593/04599).

cidadãos em geral acabou por não atender aos objetivos constitucionais estabelecidos para o novel instituto. Bem destaca a autora: “A conclusão, inevitável, de todo o exposto é de que a regulamentação do dispositivo constitucional não atendeu a sua finalidade a qual decorre da estrutura sistêmica da Constituição, dos seus pressupostos, da sua tessitura, do seu espírito, enfim, pois desde logo não convence que, nesse dispositivo, a Constituição viesse apenas estabelecer uma outra forma de controle de constitucionalidade e pelos mesmos autores da ação direta”.³¹⁸

Ainda comentando sobre a inexistência de legitimidade do cidadão para propor a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, bem assevera Walter Claudius Rothenburg: “A expectativa de um alargamento ‘total’ da legitimação ativa para a argüição de descumprimento de preceito fundamental não se realizou, pois não se ultrapassou o elenco de legitimados originariamente previsto para a ação direta de inconstitucionalidade (art. 103 da Constituição). Com efeito, não se chegou a autorizar nenhum indivíduo (melhor diríamos: nenhum sujeito, sem exclusão das pessoas jurídicas) a propor uma autêntica ação direta de inconstitucionalidade em concreto. Aprendêramos a pensar a argüição de descumprimento de preceito fundamental como uma ação de iniciativa ampla (popular) e agora temos de conviver com uma legitimação limitada. Como encarar tal fato?”.³¹⁹

Também, Eduardo Rocha Dias defende que não deveria haver a vedação da utilização pelos cidadãos em geral da Argüição de Descumprimento para proteção de preceitos fundamentais. Claro o entendimento do citado autor: “O ideal, sem dúvida alguma, seria estender aos cidadãos a legitimidade para propositura de argüição de descumprimento de preceitos fundamentais, delimitando os requisitos para seu conhecimento e modificando a competência da Corte Maior de forma a permitir sua ‘viabilidade funcional’, transformando-a em Tribunal dedicada apenas às mais relevantes questões constitucionais do país. Não foi esse, porém, o rumo tomado,

³¹⁸ GARCIA, Maria. “Argüição de descumprimento: direito do cidadão”. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano: 8, nº 32, jul/set, 2000, p. 104.

³¹⁹ ROTHENBURG, Walter Claudius. “Argüição de descumprimento de preceito fundamental”. In: TAVARES, André Ramos & ROTHENBURG, Walter Claudius (orgs.). *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 220.

preferindo-se limitar a legitimidade para o ajuizamento da mesma, com o que se reduziu sua eficácia como instrumento de tutela da Constituição e da cidadania”.³²⁰

De forma divergente, entende André Ramos Tavares ser possível a utilização da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental pelo cidadão comum como um incidente em qualquer processo de que seja parte, caso ocorra no curso do andamento de qualquer ação judicial agressão a preceito fundamental. Veja-se a lição do autor: “Embora haja parcela ponderável da doutrina nacional e até estrangeira que propugna por uma abertura ampla da legitimidade para a promoção do controle concentrado, ao pretender estendê-la ao cidadão, ou mesmo a qualquer pessoa, não foi esta a linha adotada pela legislação, nem se encontra qualquer indício na Constituição de que a argüição deverá necessariamente contar com esta abertura pretendida. De qualquer forma, como se verá, no caso da argüição incidental, qualquer pessoa interessada (envolvida em processo judicial) pode submeter a questão constitucional fundamental diretamente ao Supremo Tribunal Federal, baseando-se em seu processo originário. Essa medida já representa um significativo alargamento democrático da legitimidade para a provocação direta do Supremo Tribunal Federal”.³²¹

Mesmo respeitando a posição de André Ramos Tavares, houve expressa vedação presidencial ao art. 1º, II, do Projeto convertido na Lei nº 9.882/99, o que afasta, pelo menos numa interpretação objetiva, a participação legítima do cidadão em sede dos processos de Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Atente-se que pouco se comenta no meio jurídico sobre a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, sendo um instituto que parece não ter surtido a utilidade e os efeitos esperados no sistema de controle de constitucionalidade, seja para os advogados, para o Ministério Público e também para os cidadãos em geral,

³²⁰ DIAS, Eduardo Rocha. “Alterações no Processo de Controle Abstrato de Constitucionalidade e Extensão do Efeito Vinculante à Ação Direta de Inconstitucionalidade e à Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental”. In: *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 55, abril, 2000, p. 67.

³²¹ TAVARES, André Ramos. “Argüição de descumprimento de preceito constitucional fundamental: aspectos essenciais do instituto na Constituição e na lei”. In: TAVARES, André Ramos & ROTHENBURG, Walter Claudius (orgs.). *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 61. No mesmo sentido, BASTOS, Celso Ribeiro. “Argüição de descumprimento de preceito fundamental e legislação regulamentadora”. In: TAVARES, André Ramos & ROTHENBURG, Walter Claudius (orgs.). *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 81.

tendo em pouco mais de 03 (três) anos de vigência da Lei nº 9.882/99, regulamentadora do novel instituto, sido propostas apenas 41 (quarenta e uma) Arguições constitucionais, a maioria das quais foram indeferidas de plano em sede do STF.³²²

Como asseverado ao longo desta Dissertação, especialmente no item 1.1., a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – regulada pela Lei nº 9.882/99 – contém várias perplexidades, especialmente quanto às suas hipóteses de cabimento, efeitos e manejo, culminando na dificuldade de estabelecimento coerente de seus úteis limites e finalidades constitucionais.

Nesta esteia, inclusive, resta questionado se a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental serve mais aos interesses do Poder Público (Governo) do que aos dos cidadãos em geral, especialmente, diante da extensão das hipóteses de cabimento do novel instituto, para apreciação de “controvérsias judiciais” relevantes relacionadas às leis e aos atos normativos federais, estaduais e municipais, bem como na análise de questões jurídicas relacionadas ao direito pré-constitucional; vislumbrando-se, nestas situações, a utilização da referida Arguição de Descumprimento como um claro “Incidente de Inconstitucionalidade” (parágrafo único, do art. 1º, da Lei 9.882/99).³²³

Também, Roberto Mendes Mandelli Júnior delinea a deturpação provocada pela Arguição de Descumprimento por Equiparação (parágrafo único, do art. 1º, da Lei 9.882/99), que pode ser utilizada apenas em benefício do Governo no combate às “controvérsias constitucionais relevantes”, sem maiores garantias aos cidadãos e sem a necessária proteção aos preceitos fundamentais. Veja-se a abalizada lição: “Embora os valores e princípios constitucionais devessem nortear os órgãos do poder político que participam da elaboração legislativa, constata-se no processo legislativo da lei n.º 9882/99 uma intenção de transformar a arguição de descumprimento de preceito

³²² A respeito dos julgamentos das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental pelo STF, ver item 3.3. da presente Dissertação de Mestrado.

³²³ A respeito, ver também o item 1.1. da presente Dissertação de Mestrado.

fundamental em instrumento de defesa da governabilidade e não da Constituição e dos direitos fundamentais”.³²⁴

Dentro da mesma temática, Palhares Moreira Reis combate a utilização da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental como incidente para sanar controvérsias relativas a atos/legislação municipal e a direito constitucional pretérito, especialmente diante da afronta à orientação jurisprudencial uníssona do STF e à dinâmica constitucional pátria. Vale a pena transcrever as conclusões do autor: “Daí, o entendimento de que a arguição de descumprimento de preceito fundamental, igualmente ação direta de inconstitucionalidade, deve se limitar, no âmbito da competência do Supremo Tribunal Federal a discutir leis e atos normativos federais e estaduais, jamais em relação a normas municipais. Quando a questão se relacionar com normas municipais, o controle de constitucionalidade concentrado somente é possível em face da Constituição dos Estados, em exame pelos Tribunais de Justiça correspondentes.” Destaca ainda o Professor Palhares Moreira Reis: “Como, portanto, poderá o egrégio Supremo Tribunal Federal analisar a possível contradição entre os preceitos fundamentais da nova ordem constitucional e uma lei ou ato normativo anteriores à Constituição, que o entendimento é no sentido de que tais atos estão revogados pela superveniência da nova Carta Maior? A conclusão que se impõe é a de que a parte final do dispositivo, a expressão inclusive os anteriores à Constituição está em dissonância com todo o entendimento do Supremo Tribunal Federal e deve ser, por sua vez, declarado inconstitucional”.³²⁵

³²⁴ MANDELLI JÚNIOR, Roberto Mendes. “Arguição de descumprimento de preceito fundamental: em defesa do Estado Social Democrático de Direito”. In: <http://www.pge.sp.gov.br/Teses/mandelli.htm>, maio de 2003.

³²⁵ REIS, Palhares Moreira. “A ação de descumprimento de preceito fundamental e as posições tradicionais do Supremo Tribunal Federal”. In: *Revista Jurídica Consulex*, ano: VII, nº 145, 31 de janeiro, 2003, p. 47 e p. 49. Em sentido contrário, admitindo especificamente o controle de constitucionalidade concentrado de legislação e atos municipais por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, tem-se a opinião de Tânia Vaisencher: “Acreditamos que os defensores da inconstitucionalidade da Lei nº 9982/99, na parte em que toca o Direito Municipal, incorrem, data maxima venia, em, no mínimo, quatro fatais equívocos (explícitos e implícitos). Senão vejamos: (...) visualizam um excesso (inconstitucional) inexistente na atividade de regulamentação por parte do legislador ordinário; (...) equivocam-se ao apontar uma suposta “incompatibilidade” entre o controle concentrado de constitucionalidade e o Direito Municipal; (...) vinculam-se, no íntimo, à falsa idéia de uma “tradição constitucional”, quando, na verdade, não há que se falar em ‘historicismo’ como óbice (para o legislador ordinário) não imposto pela própria Constituição; (...) há, no fundo, uma desnecessária preocupação de ordem política com a sobrecarga do Supremo Tribunal Federal (VAINSENCER, Tânia. “Da arguição de descumprimento de preceito fundamental e o direito municipal – considerações fundamentais”. In: *Dataveni@*, ano: VI - Nº 58, http://www.datavenia.net/artigos/arguicao_descumprimento_preceito_fundamental_direitomunicipal.htm, julho, 2002).

Também, André de Albuquerque Garcia estabelece que a Arguição de Descumprimento, prevista no inciso I, do parágrafo único, do art.1º, da Lei nº 9.882/99, ao instituir um “incidente de inconstitucionalidade”, extrapolou os limites constitucionais. Destaca o autor: “Tal dispositivo (inciso I, do parágrafo único, do art.1º, da Lei nº 9.882/99) pode ser considerado como uma espécie de incidente processual de inconstitucionalidade hipótese não prevista expressamente no permissivo constitucional. (...) No entanto, as disposições do parágrafo único do art. 1º, em princípio, encerram dispositivo incompatível com os limites da regulamentação da previsão constitucional, pois resta evidente a ampliação do espectro normativo que, em momento algum, fez referência à admissão da arguição nas hipóteses de relevante fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos também, os editados antes da promulgação do texto constitucional em vigor”.³²⁶

Por fim, de forma extremamente incisiva, Alexandre de Moraes não aceita a inovação da utilização da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental como suposto incidente de inconstitucionalidade. Veja-se literalmente a tese do autor: “Essa hipótese de arguição de descumprimento de preceito fundamental, prevista no parágrafo único do artigo 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. (...) Controvérsias entre leis ou atos normativos e normas constitucionais, relevantes que sejam, não são hipóteses idênticas ao descumprimento pelo Poder Público de um preceito fundamental”.³²⁷

³²⁶ GARCIA, André de Albuquerque. “Efeitos do controle de constitucionalidade no Brasil”. In: *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco (ESMAPE)*, nº 15, vol. 07, jan/jun, 2002, pp. 85/86. No mesmo sentido, a lição de Gilberto Schäfer: “Trata-se da aplicação do princípio de ‘direito estrito’, firmado pelo próprio STF, por haver aqui uma ampliação da taxatividade da competência do Supremo, agora por intermédio da Lei Ordinária sob o pretexto de regulamentá-la. Do contrário, o Supremo destruirá o princípio que nem o Constituinte derivado pode dispor: o do juízo natural. Aniquilará, também, a idéia do controle difuso de constitucionalidade, negando vigência ao preceito do Recurso Extraordinário esculpido na Constituição”. (SCHÄFER, Gilberto. “Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF)”. In: *Revista da Ajuris – Doutrina e Jurisprudência*, ano: XXVII, nº 83, tomo I, setembro, 2001, p. 203).

³²⁷ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 7ª edição, 2000, p. 37.

Tal perspectiva, entretanto, não é aceita por Gilmar Ferreira Mendes que vê nas controvérsias jurisprudenciais também uma ameaça sensível aos preceitos fundamentais da Constituição, restando justificada a utilização da Arguição de Descumprimento nas hipóteses acima referidas. Veja-se a lição do autor: “A possibilidade de incongruências hermenêuticas e confusões jurisprudenciais decorrentes dos pronunciamentos de múltiplos órgãos pode configurar uma ameaça a preceito fundamental (pelo menos, ao da segurança jurídica), o que também está a recomendar uma leitura compreensiva da exigência aposta à lei da arguição, de modo a admitir a propositura da ação especial toda vez que uma definição imediata da controvérsia mostrar-se necessária para afastar aplicações erráticas, tumultuárias ou incongruentes, que comprometam gravemente o princípio da segurança jurídica e a própria idéia de prestação judicial efetiva. (...) Ademais, a ausência de definição da controvérsia – ou a própria decisão prolatada pelas instâncias judiciais – poderá ser a concretização da lesão a preceito fundamental. Em um sistema dotado de órgão de cúpula que tem missão de guarda da Constituição, a multiplicidade, ou a diversidade de soluções, pode constituir-se, por si só, em uma ameaça ao princípio constitucional da segurança jurídica e, por conseguinte, em uma autêntica lesão a preceito fundamental”.³²⁸

Procura o nominado autor ampliar a utilização da Arguição de Descumprimento, sob a alegativa de que o instituto seria aplicável em face do seu caráter objetivo toda vez que a segurança jurídica restasse ameaçada. Veja-se a conclusão de Gilmar Ferreira Mendes: “É fácil ver também que a fórmula da relevância do interesse público, para justificar a admissão da arguição de descumprimento (explícita no modelo alemão), está implícita no sistema criado pelo legislador brasileiro, tendo em vista especialmente o caráter marcadamente objetivo que se conferiu ao instituto. (...) Assim, o Tribunal poderá conhecer da arguição de descumprimento toda vez que o princípio da segurança jurídica restar seriamente ameaçado, especialmente em

³²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. “Arguição de descumprimento de preceito fundamental: Demonstração de inexistência de outro meio eficaz”. In: *Jus Navigandi*, ano: 4, nº 43, <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=236>, agosto de 2001.

razão de conflitos de interpretação ou de incongruências hermenêuticas causadas pelo modelo pluralista de jurisdição constitucional”³²⁹.

Data vênia, parece assistir razão neste ponto a Alexandre de Moraes, André de Albuquerque Garcia, Palhares Moreira Reis e Roberto Mendes Mandelli Júnior. Isto porque a adoção da Argüição de Descumprimento como um “incidente de inconstitucionalidade”, para solução de “controvérsias constitucionais relevantes” (inciso I, do parágrafo único, do art. 1º, da Lei nº 9.882/99), não tem efetivamente embasamento constitucional, extrapolando os limites da vontade do Constituinte que só ampara a utilização da Argüição para evitar ou sanar descumprimento imediato ou potencial a preceitos fundamentais, sendo qualquer tipo de ampliação do seu âmbito de incidência totalmente contrário ao Sistema Constitucional Pátrio.³³⁰

Já, em relação à enorme extensão dos efeitos da decisão liminar em sede da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, podendo haver a suspensão de todos os processos em curso relacionados à questão ventilada na Argüição (parágrafo 3º, do art. 5º, da Lei nº 9.882/99), tal dispositivo legal também efetivamente extrapolou os ditames constitucionais, imprimindo uma sistemática decisória com modulação de efeitos que não foi adotado nem mesmo para a Ação Direta de Inconstitucionalidade, nem para Ação Declaratória de Constitucionalidade (Lei nº 9.868/99).³³¹

Por fim, no que concerne ao requisito formal da Subsidiariedade (parágrafo 1º, do art. 4º, da Lei nº 9.882/99), vários questionamentos são delineados seja no sentido

³²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. “Argüição de descumprimento de preceito fundamental: Demonstração de inexistência de outro meio eficaz”. In: *Jus Navigandi*, ano: 4, nº 43, <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=236>, agosto de 2001.

³³⁰ Não aceitando a regulamentação da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental como incidente de inconstitucionalidade, ver ainda: BARROS, Sérgio Resende de. “O nó górdio do sistema misto”. In: TAVARES, André Ramos & ROTHENBURG, Walter Claudius (orgs.). *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 180/197, e BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. “A argüição de descumprimento de preceito fundamental e sua regulamentação pela Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Incidente de inconstitucionalidade?” In: *Jus Navigandi*, ano: 4, nº 40, <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=238>, 06 de abril de 2000. Destaque-se que, atestando tais vícios quanto à extensão dos efeitos na decisão liminar, foi suspensa cautelarmente a eficácia do dispositivo referido em sede da ADIN nº 2231-DF, então relatada pelo Min. Néri da Silveira. Sobre os efeitos e a extensão da ADIN nº 2231-DF, ver detalhamentos no item 3.3. desta Dissertação.

³³¹ A respeito, ver itens 1.1. e 2.1. da presente Dissertação de Mestrado. Também, cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin & DIAS, Cibele Fernandes. “Argüição de descumprimento de preceito fundamental”. In: *Revista de Direito*, http://www.pge.go.gov.br/revista/21/doutrina/02_clemerson_merlin.pdf, março de 2002.

de uma interpretação estrita ou ampliada deste princípio regulador do manejo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, conforme restou detalhado ao longo desta Dissertação (itens 1.1., 1.2. e 3.3.).

Defende-se, nesta temática, uma posição intermediária, mantendo a excepcionalidade da Arguição de Descumprimento, que poderá ser manejada em casos graves e específicos, dispensando a exigência de esgotamento dos recursos judiciais prévios (Princípio da Subsidiariedade), a fim de promover a defesa imediata da Carta Magna de 1988 em relação aos seus preceitos fundamentais, quando evidenciado o interesse público latente. Tal entendimento, defendido na presente Dissertação (itens 1.2.2., 1.2.3. e 1.2.4.), é também coadunado com a lição de Daniel Sarmento, ora transcrita: “Nestas hipóteses de Arguição incidental, entendemos que o STF deverá examinar, caso a caso, se realmente a questão constitucional ventilada ostenta relevante interesse público. O interesse público deve ser entendido aqui não como o consistente na resolução da controvérsia concreta que tenha ensejado a arguição, pois, por mais relevante que seja o caso, para dirimi-lo devem ser utilizados os inúmeros recursos próprios do ordenamento processual. Caso contrário, permitir-se-ia o acesso indiscriminado ao Supremo para resolver conflitos intersubjetivos concretos, com o atropelo das instâncias recursais competentes, o que representaria uma afronta ao devido processo legal e ao princípio do juiz natural. Além disso, acabar-se-ia inviabilizando por completo o Pretório Excelso, pela sobrecarga de trabalho. (...) No nosso entendimento, esta Arguição Incidental, sem prévia exaustão das instâncias ordinárias, só pode ser admitida naqueles casos em que existirem um grande número de processos idênticos, gravitando em torno da mesma questão constitucional. Nestas hipóteses, quando não for cabível a resolução da questão constitucional através dos instrumentos abstratos de controle de constitucionalidade, será possível o emprego da ADPF. Isto evitará que se estenda desnecessariamente a insegurança jurídica decorrente da dúvida sobre a constitucionalidade de certos atos estatais, e evitará o congestionamento desnecessário do Poder Judiciário, que será poupado do ônus de julgar um sem-número de processos rigorosamente iguais”³³².

³³² SARMENTO, Daniel. “Apontamentos sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental”. In: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 224, abr/jun, 2001, pp. 95/116.

Como estabelecido ao longo desta Dissertação, estes múltiplos questionamentos e polêmicas, afetos à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, demonstram a falta de uma harmonização interpretativa e legal dos limites e das finalidades do referido instituto constitucional pátrio.

Neste sentido, propõem-se alterações em relação à interpretação da Arguição de Descumprimento, conjugada com modificações na sua legislação regulamentadora, a fim de estabelecer com clareza os lineamentos e as finalidades do referido instituto constitucional no Brasil.

Devem ser feitas alterações na Lei nº 9.882/99, para obstar a utilização do instituto como um “incidente de inconstitucionalidade”, que se vislumbra manifestamente inconstitucional, tornando ainda a Arguição de Descumprimento um instrumento de utilização legítima pelo cidadão em caso de evidente afronta a preceitos fundamentais da Carta Magna, seja por parte do Poder Público em sentido amplo e também por parte do poder econômico privado (grandes corporações, empresas de cunho privado); servindo, portanto, a Arguição, a partir destas alterações, como instrumento relevante de proteção de direitos e preceitos fundamentais, e especialmente da dignidade da pessoa humana. A seguir, são detalhadas algumas propostas de modificação na legislação retora.

A primeira alteração proposta na Lei nº 9.882/99, reguladora da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, cinge-se na restrição do manejo do instituto apenas para efetiva proteção dos preceitos fundamentais, com ênfase na garantia dos direitos individuais, coletivos, sociais e econômicos dos cidadãos; servindo, portanto, a Arguição de Descumprimento como meio de proteção da dignidade da pessoa humana, não se confundindo com um esdrúxulo “incidente de inconstitucionalidade” por falta de amparo constitucional, conforme delineados especialmente nos itens 1.1., 3.2. e no presente desta Dissertação.

A outra alteração consiste em permitir a utilização da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental tanto contra atos públicos em sentido amplo, quanto contra atos cometidos por entes privados, em caso de afronta aos preceitos e direitos fundamentais. Isto porque atualmente a força dos entes privados nos domínios

econômicos, sociais e políticos são até maiores em alguns momentos do que a influência dos entes estatais, cometendo estes entes privados arbitrariedades e agressões aos direitos dos cidadãos em diversos âmbitos.

Assim, com esta ampliação, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental passaria a ter efetivamente a função basilar de evitar ou sustar - dentro de seus limites - as arbitrariedades perpetradas por qualquer ente, preservando em consequência os preceitos e direitos fundamentais dos cidadãos em geral, conforme inclusive estabelecido no item 2.1.3. da presente Dissertação.

Também, deve-se alterar a legislação retora dando ampla legitimidade a qualquer cidadão para propor a Arguição de Descumprimento, ficando o Supremo Tribunal Federal (STF) com a incumbência de analisar o feito intentado, admitindo-o somente quando presentes os pressupostos e a relevância para garantia e preservação dos preceitos e direitos fundamentais dentro de uma análise da relevância pública do caso concreto enfrentando, nas perspectivas subjetiva e objetiva, conforme detalhado especialmente nos itens 2.1.3. e 3.2. da presente Dissertação.

Em relação aos efeitos, defende-se que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental poderia até ter efeitos vinculantes, mas somente no seu julgamento final, desde que fosse respeitado o caráter excepcional do instituto constitucional para proteção do cidadão, do Princípio do Juiz Natural e da dinâmica do controle difuso de constitucionalidade.³³³

Ainda, propõe-se uma alteração na legislação retora da Arguição de Descumprimento para flexibilização normativa do Princípio da Subsidiariedade, adotando para tanto sistematização semelhante ao do Recurso Constitucional Alemão, admitindo excepcionalmente, portanto, a não exigência do esgotamento dos recursos prévios para fins de interposição da Arguição de Descumprimento de Preceito

³³³ Sobre uma análise técnico-jurídica bem elaborada acerca dos efeitos vinculantes das decisões prolatadas em sede do STF, ver SOUZA, Carlos Aureliano Motta de. *O papel constitucional do STF: uma nova aproximação sobre o efeito vinculante*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, pp. 177/197.

Fundamental em casos urgentes e relevantes, como delineado nos itens 1.1, 1.2.2. e no presente desta Dissertação.³³⁴

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, com estas alterações, serviria como um instituto constitucional de proteção superior dos direitos fundamentais. Bem ressalta Georghio Alessandro Tomelin a necessidade urgente de uma ação constitucional nos moldes acima estatuídos para efetiva proteção dos direitos fundamentais perante o Pretório Excelso. Veja-se: “O povo brasileiro não necessita de uma superinstância de revisão, mas de um tribunal preparado e afetado à proteção dos direitos fundamentais guiados no texto constitucional.(...) A atual ação direta de inconstitucionalidade, ainda que em alguns casos possa cumprir esta função, não é garantia do cidadão. É necessária a criação de um recurso direcionado à proteção dos direitos que diariamente são lesados por juízes, administradores e legisladores, pelo mau uso da hermenêutica constitucional e da dogmática jurídica. Para que a dogmática jurídica – enquanto pensamento tecnológico – ganhe real operatividade, o órgão apical do sistema judiciário deve fornecer ao cidadão decisões que garantam funcionalidade máxima aos direitos fundamentais com o mínimo de perturbação social”.³³⁵

Já no plano hermenêutico-interpretativo, conforme tudo o exposto na presente Dissertação, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental deve ser considerada um instrumento constitucional de garantia da cidadania, através da qual o Supremo Tribunal Federal (STF) atuaria como um efetivador de uma Jurisdição Constitucional das Liberdades Públicas, protegendo de forma célere o cidadão em suas pretensões e direitos especialmente contra os abusos do Poder Público e Econômico. Bem ressalta, nesta seara, Anderson Cavalcante Lobato: “A jurisdição constitucional no Brasil permite pois que as questões de inconstitucionalidade – e aqui se pode incluir a violação de um direito fundamental – possam ser imediatamente suscitadas e decididas

³³⁴ Destaque-se que a alteração legal sugerida serve para sanar qualquer dúvida existente sobre a aplicação do Princípio da Subsidiariedade. Entretanto, mesmo a nível interpretativo, vislumbra-se a possibilidade de efetuar a mutação deste princípio diante de sua contextura aberta. Neste sentido, ver: MANDELLI JÚNIOR, Roberto Mendes. “Arguição de descumprimento de preceito fundamental: em defesa do Estado Social Democrático de Direito”. In: <http://www.pge.sp.gov.br/Teses/mandelli.htm>, maio de 2003; MORAES, José Diniz de. “Arguição de descumprimento de preceito fundamental e direito do trabalho”. In: *Revista do Ministério Público do Trabalho do Rio Grande do Norte*, nº 03, nov, 2000, pp. 97/120.

³³⁵ TOMELIN, Georghio Alessandro. “A quadratura dos direitos fundamentais nos diferentes círculos judiciais de eficácia: Brasil – Alemanha”. In: *Revista dos Tribunais*, ano: 7, nº 29, out/dez, 1999, p. 176.

perante qualquer Juiz ou tribunal. Contudo, a proteção dos direitos fundamentais exige muitas vezes um procedimento mais célere para garantir a efetividade da decisão, desse modo, percebemos pouco a pouco o crescimento da demanda por ações constitucionais que visem especificamente oferecer uma proteção jurisdicional aos direitos fundamentais expressos na Constituição”.³³⁶

Necessário realmente que se transforme via doutrinária, legislativa e jurisprudencial a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental num instituto constitucional de proteção do cidadão, dos seus direitos fundamentais e garantidor do Regime Democrático.

Desta forma, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, aproximando-se do Recurso de Amparo Espanhol e do Recurso Constitucional Alemão, como ressaltado nos itens 1.2. e 1.2.4. da presente Dissertação, será útil para defesa da cidadania, aproximando a comunidade do Poder Judiciário, bem como se tornando um instrumento de controle de constitucionalidade concentrado efetivo contra agressões e abusos do Poder Público e Econômico, perpetrados principalmente em relação aos direitos dos cidadãos e aos valores maiores da ordem jurídico-constitucional (preceitos fundamentais).

Quando a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental adquirir esta feição, o STF, os advogados e a comunidade a tornarão sem dúvida um dos principais instrumentos de garantia dos valores sociais básicos e da cidadania – um verdadeiro instrumento de implementação da Jurisdição Constitucional das Liberdades³³⁷ no Brasil, tão propalada por Cappelletti -, em defesa da Constituição, dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana; restando, portanto, claramente estabelecidos seus limites, finalidades e papel dentro do sistema jurídico pátrio.

³³⁶ LOBATO, Anderson Cavalcante. “O reconhecimento e as garantias constitucionais dos direitos fundamentais”. In: *Revista dos Tribunais*, ano: 6, nº 22, jan/mar, 1998, p. 152.

³³⁷ Chegando à conclusão semelhante sobre a utilização da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no Brasil como instrumento de Jurisdição Constitucional das Liberdades, tem-se a lição de Roberto Mendes Mandelli Júnior: “A arguição de descumprimento de preceito fundamental, instituto previsto constitucionalmente, que permite o exercício de um controle concentrado de constitucionalidade, deve servir como alargamento da jurisdição constitucional da liberdade e da igualdade social a ser exercida pelo STF como instrumento de proteção dos direitos fundamentais e da Constituição”. (MANDELLI JÚNIOR, Roberto Mendes. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: instrumento de proteção dos direitos fundamentais e da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 191).

CONCLUSÃO

Como proposto na presente Dissertação, foram delineados os limites e as finalidades do instituto constitucional brasileiro da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, previsto no parágrafo 1º, do art. 102, da CF/88 e regulado pela Lei nº 9.882/99.

Para tanto, inicialmente, restaram destacadas a gênese e a posição da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental na seara constitucional pátria, bem como as semelhanças e as diferenças da mesma em relação a institutos constitucionais estrangeiros congêneres (Capítulo 1º da presente Dissertação).

Delinearam-se, ainda, os elementos componentes da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, quando foram estabelecidos os conceitos e os limites dos termos jurídicos “argüição”, “descumprimento” e “preceito fundamental”, auxiliando assim na caracterização específica do instituto analisado na presente Dissertação (Capítulo 2º da presente Dissertação).

Por fim, através do estudo da referida Argüição em sede da Jurisdição Constitucional concentrada, foi ressaltada a clara necessidade de existência de um Poder Judiciário atuante, democrático e comprometido com a proteção da Constituição, dos preceitos e direitos fundamentais, promovendo o respeito à cidadania em todos os seus âmbitos (social, econômico, político, cultural, etc...), para a defesa dos valores e princípios retores da Carta Magna em sua integralidade, especialmente em sede do Pretório Excelso - STF (Capítulo 3º da presente Dissertação).

Mesmo destacando tais fatos, como estabelecido principalmente no item 3.2. da presente Dissertação, em sede de um Regime Jurídico-Político, asseverou-se que somente é implementada a cidadania plena por meio de uma educação cívica e integrada para todo o povo, através da retirada da maior parte da sociedade da ignorância acerca do conhecimento mínimo das leis e conseqüentemente dos seus direitos, isto porque, como disse Carmem Lúcia Antunes Rocha: “Quanto mais democrática a sociedade mais

a Constituição se aproxima do indivíduo, deixa de ser apenas bíblia de advogado e juízes para ser diário dos cidadãos”.³³⁸

Além da referida necessidade desta educação da população para o exercício da cidadania, também restou delineado dever o Poder Judiciário se afastar de seus preconceitos e fetichismos, aproximando-se mais da comunidade e tornando o controle de constitucionalidade, seja o incidental ou o principal, um meio de efetiva garantia da cidadania e de proteção dos preceitos, valores e direitos fundamentais estampados na Carta Magna.

Assim, através da educação integrada do povo e da assunção de uma consciência da necessidade de um Judiciário Democrático, instrumentos processuais, como a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, servirão cabalmente de apoio real para proteção efetiva da Constituição, especialmente na garantia da implementação de uma efetiva cidadania no Brasil.

Dentro desta perspectiva, na presente Dissertação (principalmente no item 3.4.), foram propostas modificações na legislação retora da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no Brasil, bem como na interpretação do referido instituto constitucional para um melhor delineamento dos seus limites e suas potencialidades.

As propostas de alterações na legislação pátria (Lei nº 9.882/99) visam centrar mais ainda o papel da Arguição de Descumprimento na proteção dos preceitos fundamentais. Para tanto, especialmente no item 3.4. desta Dissertação, defendeu-se: 1-) a revogação do dispositivo da referida Lei (parágrafo único, do art. 1º) que autoriza a utilização da Arguição de Descumprimento como um “incidente de inconstitucionalidade”, por falta de amparo constitucional neste manejo; 2-) a ampliação do âmbito de incidência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental contra qualquer ato jurídico em sentido amplo, seja público ou privado, que esteja a agredir fática ou potencialmente preceitos fundamentais; 3-) a ampliação dos legitimados processuais ativos a propor a Arguição de Descumprimento, tornando-a

³³⁸ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. “Ação direta subsidiária de inconstitucionalidade: a legitimidade do cidadão brasileiro”. In: *Revista Forense*, ano: 88, vol. 318, 1988, p. 27.

acessível a qualquer cidadão uma vez preenchidos os pressupostos constitucionais do instituto; 4-) a manutenção dos efeitos vinculantes no julgamento final da Argüição de Descumprimento, como elemento ordenador e de segurança do sistema jurídico pátrio, desde que respeitados o Princípio do Juiz Natural e a dinâmica do controle difuso de constitucionalidade; 5-) a modificação da sistemática do Princípio da Subsidiariedade para autorizar, em casos excepcionais, a propositura da Argüição de Descumprimento, sem a necessidade de prévio esgotamento dos demais meios processuais em moldes semelhantes ao adotado para o Recurso Constitucional Alemão.³³⁹

Já, no plano interpretativo, conclui-se que a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental deve objetivar a proteção máxima dos preceitos e valores fundamentais rumo à construção de uma Jurisdição Constitucional das Liberdades,³⁴⁰ incentivando e tendo uma função educativa em relação ao cidadão em geral para implementação de uma real democracia no Brasil, tendo como sua base a efetivação normativa e social dos direitos fundamentais. Isto porque a utilização da referida Argüição, como um dinâmico instrumento constitucional, deve tender a garantir e promover a ordem constitucional e a cidadania para plena realização do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988).

Reunindo estas modificações sugeridas nos planos legal e interpretativo, os limites e as finalidades da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental restarão devidamente estabelecidos, com a adequação do referido instituto como instrumento basilar de proteção sensível dos valores maiores da ordem constitucional pátria, passando a servir a referida Argüição constitucional como medida judicial de defesa de uma esfera mínima de garantia dos direitos básicos dos cidadãos no Brasil, através da salvaguarda da dignidade da pessoa humana.

Enfim, diante de todo o exposto e adotando-se as sugestões formuladas, a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ao ser utilizada amplamente pelos cidadãos e corretamente interpretada e aplicada pelo Poder Judiciário (STF), servirá para conter abusos desmedidos aos valores mais fundantes da ordem

³³⁹ Sobre o Princípio da Subsidiariedade no Direito Alemão, ver o item 1.2.2. da presente Dissertação.

³⁴⁰ Cf. CAPPELLETTI, Mauro (trad. Aroldo Plínio Gonçalves). *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2ª edição, 1992.

constitucional pátria, causados seja pelo Estado ou por certos setores da sociedade descomprometidos muitas vezes com a paz, a harmonia e a felicidade do nosso povo; tornando-se, portanto, a Arguição de Descumprimento um instrumento de preservação, garantia e promoção dos preceitos, valores, direitos fundamentais e, em último plano, servindo o referido instituto constitucional para a dinamização e fortalecimento do princípio constitucional maior do respeito e promoção da dignidade da pessoa humana.

BIBLIOGRAFIA

Livros e Capítulos de Livros:

ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência (através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann)*. São Paulo: Saraiva, 1996.

AFTALIÓN, Enrique e VILANOVA, José. *Introducción al Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2ª edição, 1994.

AGOSTINI, Eric (trad. Fernando Couto). *Direito Comparado*. Porto: RÉS-Editora Ltda.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____. *Derecho y Razón Práctica*. México: Distribuciones Fontamar S.A., 2ª edição, 1998.

BARRON, Jerome A & DIENES, C. Thomas. *Constitutional law in a nutshell*. Saint Paul: West Publishing Co., 3ª edição, 1995.

BARROS, Sérgio Resende de. “O nó górdio do sistema misto”. In: TAVARES, André Ramos & ROTHENBURG, Walter Claudius (orgs.). *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001, pp. 180/197.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidade da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

_____. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1ª edição, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997.

_____. “Arguição de descumprimento de preceito fundamental e legislação regulamentadora”. In: TAVARES, André Ramos & ROTHENBURG, Walter Claudius (orgs.). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n° 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001, pp. 77/84.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BLACK, Henry Campbell. *Black's Law Dictionary*. Saint Paul: West Publishing Co., 6ª edição, 1998.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 4ª edição, 1993.

_____. *Teoria do Estado*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 3ª edição, 1995.

_____. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa (Por um Direito Constitucional de luta e resistência - Por uma Nova Hermenêutica – Por uma repolitização da legitimidade)*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2001.

BUECHELE, Paulo Arminio Tavares. *O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação: Uma Contribuição ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2ª edição, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. “Necessidade y Legitimidad de la justicia constitucional”. In: FAVOREU, Louis & *et alii*. *Tribunales Constitucionales Europeos y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp. 599/663.

CAPPELLETTI, Mauro (trad. Aroldo Plínio Gonçalves). *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2ª edição, 1992.

CASTRO, José Luis Cascajo & SENDRA, Vicente Gimeno. *El Recurso de Amparo*. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 2ª edição, 1ª reimpressão, 1992.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2000.

CONSTANTINESCO, Leontin-Jean (trad. Maria Cristina De Cicco). *Tratado de direito comparado: introdução ao direito comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juizes*. São Paulo: Saraiva, 1996.

DANTAS, Ivo. *Princípios Constitucionais e Interpretação Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Ltda, 1995.

_____. *Direito constitucional comparado: introdução, teoria e metodologia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *O Valor da Constituição: Do controle de constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2ª edição revista e aumentada, 2001.

DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. *Constituição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998.

ENTERRIA, Eduardo Garcia de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Editorial Civitas S.A., 3ª edição, 3ª reimpressão, 1994.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón – Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

_____. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2ª edição, 1998.

GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2ª edição revista e ampliada, 2001.

GUNTHER, Gerald & SULLIVAN, Kathleen. *Constitutional law*. New York: The Foundation Press Inc., 13ª edição, 1997.

HÄBERLE, Peter (trad. Gilmar Ferreira Mendes). *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais – Contributo para uma compreensão da Jurisdição Constitucional Federal Alemã*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

HESSE, Konrad (trad. Gilmar Ferreira Mendes). *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HESSE, Konrad (trad. Luís Afonso Heck). *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

JAYME, Fernando Gonzaga. *Tribunal Constitucional: exigência democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

KELSEN, Hans (trad. Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina Galvão). *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MAIA, Alexandre da. *Ontologia jurídica: o problema de sua fixação teórica com relação ao garantismo jurídico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MANDELLI JÚNIOR, Roberto Mendes. *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: instrumento de proteção dos direitos fundamentais e da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade – Aspectos Jurídicos e Políticos*. São Paulo: Saraiva, 1ª edição, 1990.

_____. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1ª edição, 1996.

_____. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.

_____. “Origem e Perspectivas da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental”. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (org). *Direito Contemporâneo – Estudos em Homenagem a Oscar Dias Corrêa*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, pp. 134/144.

MENEZES, Aderson de. *Teoria Geral do Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1ª reimpressão, 1996.

_____. *Manual de Direito Constitucional - Constituição e inconstitucionalidade - Tomo II*. Coimbra: Coimbra Editora, 3ª edição, 1996.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 7ª edição, 2000.

_____. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da constituição*. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. “Comentários à Lei nº 9.882/99 – 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, pp. 15/37.

MORAES, Guilherme Braga Peña de. *Direitos fundamentais: conflitos & soluções*. Niterói: Frater et Labor, 2000.

MORENO, Faustino Cordón. *El proceso de amparo constitucional*. Madrid: La Ley, 2ª edição atualizada.

MÜLLER, Friedrich (trad. Peter Naumann). *Direito – Linguagem – Violência. Elementos de uma teoria constitucional, I*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

_____. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. São Paulo: Max Limonad, 2ª edição, 2000.

NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

_____. *Teoria da Inconstitucionalidade das Leis*. São Paulo: Saraiva, 1988.

NOWACK, John E. *et alii*. *Constitutional Law*. Saint Paul: West Publish Co., 2º edição, 1983.

PECES-BARBA, Gregório. *La Constitución Española de 1978 - Un estudio de derecho y política*. Valencia: Fernando Torres - Editor S.A., 2ª edição, 1984.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. *Dignidade Humana e Moralidade Democrática*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 16ª edição, 1994.

REIS, Palhares Moreira. *Estudos de Direito Constitucional e de Direito Administrativo – vol. 2*. Recife: Editora Universitária da UFPE, 2000.

RIVAS, Juan Jose Gonzalez. *La Justicia Constitucional: Derecho Comparado y Español*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1985.

ROSAS, Roberto. *Direito processual constitucional: princípios constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª edição, 1999.

ROTHENBURG, Walter Claudius. “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, pp. 198/238.

SALDANHA, Nelson. *Ordem e hermenêutica: sobre as relações entre as formas de organização e o pensamento interpretativo, principalmente no direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

_____. *Filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

_____. *A Formação da Teoria Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2ª edição, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHLAICH, Klaus. “El Tribunal Constitucional Federal Alemán”. In: FOVOREU, Louis (org). *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 16ª edição, 1999.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros Editores, 6ª edição, 2002.

SOUZA, Carlos Aureliano Motta de. *O papel constitucional do STF: uma nova aproximação sobre o efeito vinculante*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lênio Luiz. *Heremênutica jurídica e(em) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. *Jurisdição Constitucional e Heremênutica (Uma Nova Crítica do Direito)*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TAVARES, André Ramos. “Argüição de descumprimento de preceito constitucional fundamental: aspectos essenciais do instituto na Constituição e na lei”. In: TAVARES, André Ramos & ROTHENBURG, Walter Claudius (orgs.). *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001, pp. 38/76.

TAVARES, André Ramos. *Tratado de Argüição de Preceito Fundamental: (Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99)*. São Paulo: Saraiva, 2001.

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.

TORRES, Ricardo Lobo (org). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2ª edição, 2001.

TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. New York: The Foundation Press Inc., 1978.

VELLOSO, Carlos. “A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental”. In MARTINS, Ives Gandra da Silva (org). *Direito Contemporâneo – Estudos em Homenagem a Oscar Dias Corrêa*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, pp. 34/43.

VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2ª edição, 2000.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal – Jurisprudência Política*. São Paulo: Malheiros Editores, 2ª edição, 2002.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2001.

Artigos de Revistas:

ADEODATO, João Maurício. “O platonismo em nosso tempo: axiologia e justiça em Nicolai Hartmann”. In: *Revista Acadêmica: Faculdade de Direito do Recife-UFPE*, nº 74, 1992, pp. 83/97.

_____. “A ‘concretização constitucional’ de Friedrich Müller”. In: *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco (ESMAPE)*, vol. 2, nº 3, jan/mar, 1996, pp. 223/232.

_____. “Modernidade e Direito”. In: *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco (ESMAPE)*, vol. 2, nº 6, out/dez, 1997, pp. 255/274.

ALEXY, Robert. “Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático”. In: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 217, jul/set, 1999, pp. 67/77.

_____. “Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático – Para relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional”. In: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 217, jul/set, 1999, pp. 55/66.

BARRETO, Vicente. “O conceito moderno de cidadania”. In: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 192, abr/jun, 1993, pp. 29/37.

BASTOS, Celso Ribeiro & VARGAS, Alexis Galiás de Souza. “Argüição de descumprimento de preceito fundamental”. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano: 8, nº 30, jan/mar, 2000, pp. 69/77.

_____. “Argüição de descumprimento de preceito fundamental” In: *Revista Consulex*, ano: IV, nº 44, 31 de agosto de 2000, pp. 36/37.

BENETI, Sidnei Agostinho. “O processo na Suprema Corte dos Estados Unidos”. In: *Revista dos Tribunais*, ano: 82, vol. 695, set, 1993, pp. 270/274.

BONILHA, Ivan Lelis. “O processo objetivo da ação direta de inconstitucionalidade”. In: *Revista dos Tribunais*, ano: 6, nº 22, jan/mar, 1998, pp. 133/140.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. “A argüição de descumprimento de preceito fundamental – Instrumento de tutela do condicionamento constitucional – Leis financeiras e plano plurianual”. In: *Revista de Direito da UFMG*, nº 41, jan/jun, 2002, pp. 253/270.

CARVALHO, Isabel Freitas de. “Arguição de descumprimento de Preceito fundamental”. In: *Informativo Jurídico Consulex*, vol. 15, nº 42, 15 de outubro, 2001, pp. 05/09.

CASTRO, Renato de Lima. “Conteúdo e extensão de preceito fundamental na arguição de descumprimento”. In: *Revista Forense*, ano: 98, vol. 362, jul/ago, 2002, pp. 133/141.

CINTRA JÚNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. “O Juiz Cidadão – Esboço de uma crítica”. In: *Revista dos Tribunais*, ano: 82, vol. 690, abril, 1993, pp. 267/272.

COELHO, Inocêncio Mártires. “Aspectos do controle jurisdicional da constitucionalidade das leis”. In: *Revista Forense*, ano: 78, vol. 277, jan/mar, 1982, pp. 81/87.

_____. “Konrad Hesse/Peter Häberle: um retorno aos fatores reais de poder”. In: *Revista dos Tribunais – Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, ano: 7, nº 26, jan/mar, 1999, pp. 119/126.

COL, Helder Martinez Dal. “O significado da expressão ‘preceito fundamental’ no âmbito da arguição de descumprimento de preceitos fundamental prevista no art. 102, parágrafo 1º, da CF”. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano: 10, nº 39, abr/jun, 2002, pp. 171/188.

CORTEZ, Antônio Celso Aguillar. “Acesso à Justiça”. In: *Revista dos Tribunais*, ano: 82, vol. 692, junho, 1993, pp. 198/201.

DANTAS, Fancisco Wildo Lacerda. “Jurisdição constitucional: ação e processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental”. In: *Revista dos Tribunais*, ano: 90, vol. 783, janeiro, 2001, pp. 115/134.

DELGADO, José Augusto. “A supremacia dos princípios nas garantias processuais do cidadão”. In: *Revista de Processo*, ano: 17, nº 65, jan/mar, 1992, pp. 89/103.

_____. “Sistema processual brasileiro e cidadania”. In: *Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*, ano: 01, nº 04, abril, 1999, pp. 23/43.

DIAS, Eduardo Rocha. “Alterações no Processo de Controle Abstrato de Constitucionalidade e Extensão do Efeito Vinculante à Ação Direta de Inconstitucionalidade e à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental”. In: *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 55, abril, 2000, pp. 50/70.

FERRAZ, Sérgio. “O papel da participação do cidadão no sistema constitucional”. *Revista de Direito Público*, ano: XX, nº 84, out/dez, 1987, pp. 157/161.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves & FERNANDES, Rodrigo Pieroni. “A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e a manipulação dos efeitos de sua decisão”. In: *Revista Forense*, ano: 98, vol. 363, set/out, 2002, pp. 121/139.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. “O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade (Leis nº 9.868, de 10 de novembro e nº 9.982, de 3 de dezembro de 1999)”. In: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 220, abr/jun, 2000, pp. 1/17.

FLORES, Carlos Eduardo Thompson. "A avocação de causas pelo STF: A advocatória". In: *Revista de Informação Legislativa*, ano: 23, nº 89, jan/mar, 1986, pp. 219/234.

GARCIA, André de Albuquerque. “Efeitos do controle de constitucionalidade no Brasil”. In: *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco (ESMAPE)*, nº 15, vol. 07, jan/jun, 2002, pp. 41/94.

GARCIA, Maria. “Arguição de descumprimento: direito do cidadão”. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano: 8, nº 32, jul/set, 2000, pp. 99/106.

GISBERT, Rafael Bustos. "Está agotado el modelo de recurso de amparo diseñado en la Constitución Española ?" In: *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., nº 4, 2º semestre, 1999, pp. 273/292.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. “Direitos fundamentais: Teoria e realidade normativa”. In: *Revista dos Tribunais*, ano: 84, vol. 713, mar, 1995, pp. 45/52.

HECK, Luís Afonso. “O recurso constitucional na sistemática jurisdicional-constitucional alemã”. In: *Revista de Informação Legislativa*, ano: 31, nº 124, out/dez, 1994, pp. 115/133.

KIMMINICH, Otto. “A jurisdição constitucional e o princípio da divisão de poderes”. In: *Revista de Informação Legislativa*, ano: 27, nº 105, jan/mar, 1990, pp. 283/302.

LEONARDI FILHO, Luiz Sérgio. “Linhas gerais sobre a pragmática da constitucionalização do poder”. In: *Revista dos Tribunais*, ano: 4, nº 15, abr/jun, 1996, pp. 208/218.

LOBATO, Anderson Cavalcante. “O reconhecimento e as garantias constitucionais dos direitos fundamentais”. In: *Revista dos Tribunais*, ano: 6, nº 22, jan/mar, 1998, pp. 141/159.

MALIANDI, Ricardo G. “El carácter conflictual de los valores”. In: *Revista de La Universidad*, Publicacion de La Universsidade Nacional de La Plata, vol. 15, 1960.

MARQUES, João Batista. “A arguição de descumprimento de preceito fundamental e a sua regulamentação instrumental”. In: *Revista Cearense Independente do Ministério Público*, ano: I, nº 03, out, 1999, pp. 161/170.

MAUÉS, Antonio G. Moreira & COLARES, Patrick Menezes. “A arguição de descumprimento de preceito fundamental e o direito anterior à Constituição de 1988”. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano: 10, nº 39, abr/jun, 2002, pp. 251/266.

MENDES, Gilmar Ferreira. "A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia da cidadania – necessidade de desenvolvimento de novas técnicas de decisão: possibilidade da declaração de inconstitucionalidade sem a

pronúncia de nulidade no direito brasileiro". In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, ano: 1, nº 3, abr/jun, 1993, pp. 182-206.

_____. "O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de constitucionalidade". In: *Revista de Informação Legislativa*, ano: 34, nº 134, abr/jun, 1997, pp. 11/39.

_____. "Arguição de descumprimento de preceito fundamental". In: *Revista Jurídica Consulex*, ano: IV, vol. I, junho de 2000, pp. 24/27.

_____. "Objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental I". In: *Repertório IOB de Jurisprudência – Tributário, Constitucional e Administrativo (Caderno 1)*, nº 11, 1ª quinzena de junho, 2001, pp. 304/309.

_____. "Objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental II". In: *Repertório IOB de Jurisprudência – Tributário, Constitucional e Administrativo (Caderno 1)*, nº 12, 2ª quinzena de junho, 2001, pp. 333/336.

_____ *et alii*. "Preceito fundamental: arguição de descumprimento". In: *Revista Jurídica Consulex*, nº 18, 1998.

MORAES, Humberto Peña de. "Arguição de descumprimento de preceito fundamental". In: *Revista da EMERJ*, vol. 4, nº 13, 2001, pp. 135/148.

MORAES, José Diniz de. "Arguição de descumprimento de preceito fundamental e direito do trabalho". In: *Revista do Ministério Público do Trabalho do Rio Grande do Norte*, nº 03, nov, 2000, pp. 97/120.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. "O futuro da justiça: alguns mitos". In: *Revista de Processo*, ano: 25, nº 99, jul/set, 2000, pp. 141/160.

NERY, Rosa Maria B. B. de Andrade. "Notas sobre a Justiça e o Ministério Público no Direito da Alemanha Ocidental". In: *Revista de Processo*, ano: 12, nº 47, jul/set, 1987, pp. 168/214.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. "Avocação". In: *Revista dos Tribunais*, ano: 80, vol. 663, jan, 1991, pp. 21/28.

PORFÍRIO, Geórgia Bajer Fernandes de Freitas & FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. "Valores em conflito na constituição". In: *Revista do Advogado – Associação dos Advogados de São Paulo*, nº 53, out, 1998, pp. 65/84.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. "A filosofia do controle concentrado de constitucionalidade das leis na ordem jurídica brasileira". In: *Revista de Informação Legislativa*, ano: 36, nº 143, jul/set, 1999, pp. 313/320.

REALE, Miguel. "A problemática dos valores entre dos mundos em conflito". In: *Revista Brasileira de Filosofia*, vol. 11, fasc. 43, jul/set, 1961, pp. 322/336.

_____. "Invariantes axiológicas". In: *Revista Brasileira de Filosofia*, vol. 39, fasc. 167, jul/set, 1992, pp. 224/237.

REIS, Carlos David S. Aarão. "A avocação de causas pelo STF". In: *Revista de Processo*, ano: 16, nº 62, abr/jun, 1991, pp. 278/282.

REIS, Palhares Moreira. "A ação de descumprimento de preceito fundamental e as posições tradicionais do Supremo Tribunal Federal". In: *Revista Jurídica Consulex*, ano: VII, nº 145, 31 de janeiro, 2003, pp. 46/49.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. "Ação direta subsidiária de inconstitucionalidade: a legitimidade do cidadão brasileiro". In: *Revista Forense*, ano: 88, vol. 318, 1988, pp. 27/32.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. "Direitos Fundamentais na Constituição de 1988". In: *Revista dos Tribunais*, ano: 6, nº 25, out/dez, 1998, pp. 109/118.

ROCHA, João Batista de Oliveira. "O controle da constitucionalidade das leis na República Federal da Alemanha e no Brasil". In: *Revista de Informação Legislativa*, ano: 17, nº 66, abr/jun, 1980, pp. 75/98.

SALDANHA, Nelson. “As constantes axiológicas da cultura e da experiência jurídica brasileiras”. In: *Anuário do Mestrado em Direito*, Recife, nº 4, jan/dez, 1988, pp. 71/82.

SANTOS, Marcos André Couto. “A Hermenêutica Jurídica e as Diversas Espécies de Interpretação do Direito”. In: *Estudantes – Caderno Acadêmico*, Recife: DADSF, ano: 2, nº 3, jan/jun, 1998, pp. 27/40.

_____. “A efetividade das normas constitucionais (as normas programáticas e a crise constitucional)”. In: *Revista de Informação Legislativa*, ano: 37, nº 147, jul/set, 2000, pp. 05/14.

_____. “A delimitação de um conteúdo para o direito: em busca de uma renovada teoria geral com base na proteção da dignidade da pessoa humana”. In: *Revista de Informação Legislativa*, ano: 39, nº 153, jan/mar, 2002, pp. 163/191.

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. "Argüição de descumprimento de preceito fundamental". In: *Repertório IOB de Jurisprudência – Tributário, Constitucional e Administrativo (Caderno 1)*, nº 17, 1ª quinzena de março, 2000, pp. 443/449.

SARLET, Ingo Wolfgang. “Argüição de descumprimento de preceito fundamental – Alguns aspectos controversos”. In: *Revista da Ajuris – Doutrina e Jurisprudência*, ano: XXVII, nº 84, tomo I, dezembro, 2001, pp. 117/137.

SARMENTO, Daniel. “Apontamentos sobre a argüição de descumprimento de preceito fundamental”. In: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 224, abr/jun, 2001, pp. 95/116.

SCHÄFER, Gilberto. “Argüição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF)”. In: *Revista da Ajuris – Doutrina e Jurisprudência*, ano: XXVII, nº 83, tomo I, setembro, 2001, pp. 201/205.

SCHMITT, Carl. “La Tiranina de Los Valores”. In: *Revista de Estudios Políticos*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, vol. 115, enero/febrero, 1991, pp. 65/79.

SENDRA, Vicente Gimeno. "Funcion del Recurso de Amparo". In: *Revista de Processo*, ano: 9, nº 36, out/dez, 1984, pp. 128/159.

SILVA, José Afonso da. "A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia". In: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 212, abr/jun, 1998, pp. 89/94.

SOUTO, Cláudio. "Por uma axiologia jurídica científico-social". In: *Anuário do Mestrado em Direito*, Recife, nº 4, jan/dez, 1988, pp. 83/100.

STEINBERGE, Helmut. "A Jurisdição e o Poder Político da Suprema Corte Constitucional da República Federal da Alemanha". In: *Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Distrito Federal*, ano: 28, nº 28, dez, 1981, pp. 44/55.

STRECK, Lênio Luiz. "Os meios de acesso do cidadão à jurisdição constitucional, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e a crise de efetividade da constituição". In: *Revista da Esmape*, vol. 6, nº 13, jan/jun, 2001, pp. 257/290.

TESHEINER, José Maria. "Notas sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental". In: *Revista Jurídica*, ano: 49, nº 283, maio, 2001, pp. 17/21.

TOMELIN, Georghio Alessandro. "A quadratura dos direitos fundamentais nos diferentes círculos judiciais de eficácia: Brasil – Alemanha". In: *Revista dos Tribunais*, ano: 7, nº 29, out/dez, 1999, pp. 166/177.

TORRES, Francisco Bueno. "Ética dos valores". In: *Justitia*, ano: 41, vol. 104, 1º trimestre, 1979, pp. 53/64.

Internet:

BASTOS, Celso Ribeiro Bastos e TAVARES, André Ramos. "Refêns da desinformação". In: *Revista Jurídica Virtual da Subchefia para Assuntos Jurídicos da Presidência da República*, nº 11, http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/revista/Rev_11/desinformação.htm, abril de 2000.

BERNARDES, Juliano Taveira. "Arguição de descumprimento de preceito fundamental". In: *Revista Jurídica Virtual da Subchefia para Assuntos Jurídicos da Presidência da República*, nº 08, http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/revista/Rev_08/arg_descump_Juliano.htm, janeiro de 2000.

BRENNER, Saul. "Granting Certiorari by United States Supreme Court: An Overview of the Social Science Studies". In: <http://www.aallnet.org/products/2000-17.pdf>, 24 de junho de 2002.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. "A arguição de descumprimento de preceito fundamental e sua regulamentação pela Lei nº 9.8882, de 3 de dezembro de 1999. Incidente de inconstitucionalidade ?" In: *Jus Navigandi*, ano: 4, nº 40, <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=238>, 06 de abril de 2000.

CARVALHO, Luiz Henrique Sousa de. "Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal". In: *Jus Navigandi*, ano: 6, nº 57, <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2948>, maio de 2003.

CASTRO, Reginaldo Oscar de. "A Reforma do Judiciário: a passo de caranguejo". In: *Jus Navigandi*, ano: 4, nº 37, <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=233>, abril de 2000.

CLÈVE, Clèmerson Merlin & DIAS, Cibele Fernandes. "Arguição de descumprimento de preceito fundamental". In: *Revista de Direito*, http://www.pge.go.gov.br/revista/21/doutrina/02_clemerson_merlin.pdf, março de 2002.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. "O controle de constitucionalidade, face aos princípios universais de direitos humanos". In: *Jus Navigandi*, ano: 1, nº 12, <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=134>, agosto de 2001.

MAMEDE, Gladston. "Hipocrisia: o mito da cidadania no Brasil". In: *Jus Navigandi*, ano: 2, nº 22, <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=83>, agosto de 2001.

MANDELLI JÚNIOR, Roberto Mendes. “Arguição de descumprimento de preceito fundamental: em defesa do Estado Social Democrático de Direito”. In: <http://www.pge.sp.gov.br/Teses/mandelli.htm>, maio de 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. "Incidente de Inconstitucionalidade: Uma proposta de alteração substancial do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade". In: *Revista Jurídica Virtual da Subchefia para Assuntos Jurídicos da Presidência da República*, nº 02, http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/revista/Rev_02/incid_inconst.htm, junho de 1999.

_____. "Vítimas do Ócio (ou: Da importância da leitura do Diário Oficial)". In: *Revista Jurídica Virtual da Subchefia para Assuntos Jurídicos da Presidência da República*, nº 11, http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/revista/Rev_11/ocio.htm, abril de 2000.

_____. “Arguição de descumprimento de preceito fundamental: Demonstração de inexistência de outro meio eficaz”. In: *Jus Navigandi*, ano: 4, nº 43, <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=236>, agosto de 2001.

PIMENTEL, Baruch Spinoza. “Da problemática da prova na arguição de descumprimento de preceito fundamental”. In: *Jus Navigandi*, ano: 6, nº 55, <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2727>, maio de 2002.

PRUDENTE, Antônio Souza. "Incidente de inconstitucionalidade e desvario de poder". In: *Jus Navigandi*, ano: 2, nº 24, <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=234>, abril de 2000.

SANTO FILHO, Cristovam do Espírito. “A rudimentar cidadania brasileira e a Constituição”. In: *Jus Navigandi*, ano: 3, nº 34, <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=82>, agosto de 2001.

SOHSTEN, Érika da Rocha Von. “Arguição de descumprimento de preceito fundamental: um estudo crítico”. In: *Jus Navigandi*, ano: 7, nº 60, <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3370>, março 2003.

VAINSENER, Tânia. “Da arguição de descumprimento de preceito fundamental e o direito municipal – considerações fundamentais”. In: *Dataveni@*, ano: VI - Nº 58, http://www.datavenia.net/artigos/arguicao_descumprimento_preceito_fundamental_direitomunicipal.htm, julho, 2002.

WALD, Arnaldo. "O incidente de constitucionalidade, instrumento de uma justiça rápida e eficiente". In: *Revista Jurídica Virtual da Subchefia para Assuntos Jurídicos da Presidência da República*, nº 07, http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/revista/Rev_07/just_rapida.htm, dezembro de 1999.

Outros (Diário Oficial, Escritos não publicados):

Informativos do STF nº 176 de 1º a 4 de fevereiro de 2000, nº 189 de 15 a 19 de maio de 2000, nº 216 de 5 a 9 de fevereiro de 2001, nº 238 de 20 a 24 de agosto de 2001, nº 243 de 24 a 28 de setembro de 2001, nº 253 de 03 a 07 de dezembro de 2001, nº 264 de 15 a 19 de abril de 2002, nº 265 de 22 a 26 de abril de 2002, nº 301 de 17 a 21 de março de 2003.

MENSAGEM Nº 265, de 2000-CN (nº 1.807/99, na origem). Diário do Congresso Nacional – Sessão conjunta, março de 2000, pp. 04593/04599.

Parecer nº 827, de 1999 – Da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, sobre o Projeto de Lei da Câmara nº 17, de 1999, (nº 2.872/97, na Casa de origem), que dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do parágrafo 1º do art. 102 da Constituição Federal. Diário do Senado Federal, 20 de outubro de 1999, pp. 27932/27933.

Projeto de Lei da Câmara nº 17 de 1999 (nº 2.872/97, na Casa de origem) – Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do parágrafo 1º do art. 102 da Constituição Federal. Diário do Senado Federal, 31 de março de 1999, pp. 06802/06806.

SANTOS, Marcos André Couto. “A argüição de descumprimento de preceito fundamental (Lei 9.882/99) e o princípio do juiz natural à luz da Teoria Geral do Processo”, *mime.*, 2000.

SALAIB FILHO, Nagib. “Argüição de descumprimento de preceito fundamental”, *mime.*, 2002.

ANEXO

LEI Nº 9.882, DE 3 DE DEZEMBRO DE 1999.

Dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º A argüição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Parágrafo único. Caberá também argüição de descumprimento de preceito fundamental:

I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição;

II - (VETADO)

Art. 2º Podem propor argüição de descumprimento de preceito fundamental:

I - os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade;

II - (VETADO)

§ 1º Na hipótese do inciso II, faculta-se ao interessado, mediante representação, solicitar a propositura de argüição de descumprimento de preceito fundamental ao Procurador-Geral da República, que, examinando os fundamentos jurídicos do pedido, decidirá do cabimento do seu ingresso em juízo.

§ 2º (VETADO)

Art. 3º A petição inicial deverá conter:

I - a indicação do preceito fundamental que se considera violado;

II - a indicação do ato questionado;

III - a prova da violação do preceito fundamental;

IV - o pedido, com suas especificações;

V - se for o caso, a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado.

Parágrafo único. A petição inicial, acompanhada de instrumento de mandato, se for o caso, será apresentada em duas vias, devendo conter cópias do ato questionado e dos documentos necessários para comprovar a impugnação.

Art. 4º A petição inicial será indeferida liminarmente, pelo relator, quando não for o caso de arguição de descumprimento de preceito fundamental, faltar algum dos requisitos prescritos nesta Lei ou for inepta.

§ 1º Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.

§ 2º Da decisão de indeferimento da petição inicial caberá agravo, no prazo de cinco dias.

Art. 5º O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na arguição de descumprimento de preceito fundamental.

§ 1º Em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar, ad referendum do Tribunal Pleno.

§ 2º O relator poderá ouvir os órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato questionado, bem como o Advogado-Geral da União ou o Procurador-Geral da República, no prazo comum de cinco dias.

§ 3º A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada.

§ 4º (VETADO)

Art. 6º Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias.

§ 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

§ 2º Poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo.

Art. 7º Decorrido o prazo das informações, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os ministros, e pedirá dia para julgamento.

Parágrafo único. O Ministério Público, nas arguições que não houver formulado, terá vista do processo, por cinco dias, após o decurso do prazo para informações.

Art. 8º A decisão sobre a argüição de descumprimento de preceito fundamental somente será tomada se presentes na sessão pelo menos dois terços dos Ministros.

§ 1º (VETADO)

§ 2º (VETADO)

Art. 9º (VETADO)

Art. 10. Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental.

§ 1º O presidente do Tribunal determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente.

§ 2º Dentro do prazo de dez dias contado a partir do trânsito em julgado da decisão, sua parte dispositiva será publicada em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União.

§ 3º A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.

Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de argüição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Art. 12. A decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido em argüição de descumprimento de preceito fundamental é irrecorrível, não podendo ser objeto de ação rescisória.

Art. 13. Caberá reclamação contra o descumprimento da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, na forma do seu Regimento Interno.

Art. 14. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 3 de dezembro de 1999; 178º da Independência e 111º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO
José Carlos Dias