



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD
MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO**

FILIPE LÔBO GOMES

**O PRECEITO FUNDAMENTAL COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: POR UMA PERSPECTIVA LEGITIMANTE DO
ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.**

MACEIÓ/AL

2006

FILIPPE LÔBO GOMES

**O PRECEITO FUNDAMENTAL COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: POR UMA PERSPECTIVA LEGITIMANTE DO
ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito
de Alagoas-FDA como requisito parcial para a
obtenção do título de Mestre em Fundamentos
Constitucionais dos Direitos.

Orientador: Dr. George Sarmento Lins Júnior

MACEIÓ/AL

2006

FILIFE LÔBO GOMES

**O PRECEITO FUNDAMENTAL COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: POR UMA PERSPECTIVA LEGITIMANTE DO
ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.**

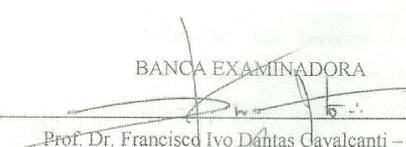
Dissertação apresentada à Faculdade de Direito
de Alagoas-FDA como requisito parcial para a
obtenção do título de Mestre em Fundamentos
Constitucionais dos Direitos.

Orientador: Dr. George Sarmento Lins Júnior

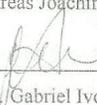
Aprovado em 11 de 11 de 2006.

Nota: 9,5

BANCA EXAMINADORA


Prof. Dr. Francisco Ivo Dantas Cavalcanti – UFPE


Prof. Dr. Andreas Joachin Krell – UFAL


Prof. Dr. Gabriel Ivo – UFAL

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela existência e por uma força interna que me impulsiona a estar sempre efetuando novas conquistas;

À CAPES, de quem tive orgulho de ser bolsista por alguns meses, haja vista impossibilidade decorrente de nomeação em cargo público;

Ao Prof. Dr. George Sarmiento Lins Júnior, orientador presente e atuante na elaboração dessas linhas, um exemplo de serenidade e motivação a ser seguido, como vou fazer, nas orientações de meus alunos. Agradeço ao mestre pelas críticas e sugestões feitas (grande parte delas acatadas) no sentido de fazer um trabalho com a minha personalidade, mas fincado em relevantes bases teóricas;

Aos Profs. Drs. Andréas Joachin Krell, Erinalva Medeiros, Gabriel Ivo e George Sarmiento Lins Júnior, os quais já admirava como aluno na graduação em Direito da Universidade Federal de Alagoas-UFAL, sentimento este sedimentado no mestrado, também em direito, desta Instituição;

Aos Profs. Drs. João Maurício Adeodato, Raymundo Juliano Feitosa e Dirley Cunha por terem abrilhantado o curso com suas pontuais e importantes palestras e intervenções;

Ao professor e tio Paulo Luiz Netto Lôbo, pelo apoio sempre constante no percurso de minha formação acadêmica;

À nossa valorosa Giovana Coda, assistente do mestrado, exemplo de pessoa dedicada e dinâmica;

À nossa valorosa Giovana Coda, assistente do mestrado, exemplo de pessoa dedicada e dinâmica;

Aos amigos da 14ª Vara Criminal da Capital, meu segundo núcleo familiar, em especial, ao Dr. Roldão Oliveira, ao Nilo Meireles, à Patrícia Torres e ao Eliézer Mello, por terem me compreendido e apoiado no desenlace desse grande desafio, o tornar-me mestre;

À FAL – Faculdade de Alagoas, da qual sou professor, pelo apoio institucional e logístico recebido para a concretização deste sonho. Dentro dessa instituição, destaco especial agradecimento ao Prof. Márcio Guedes, pela confiança e compreensão depositadas em meu nome e pelo incentivo sempre presente;

À minha família pelo apoio e compreensão sem medidas, especialmente, às matriarcas da mesma (minhas avós) pela torcida;

À minha esposa, por existir, pela paciência, pelo apoio incondicional e por uma série de valores que mereceriam uma dissertação específica para listá-los. A ela dedico essa conquista;

Aos exemplos que se foram e aos que aqui estão;

Aos eméritos membros desta banca, pela possibilidade de demonstrar os meus conhecimentos aos seus mais abalizados juízos; e

À toda a turma do 1º mestrado em Direito da Universidade Federal de Alagoas, em especial, aos amigos André Granja, Ângelo Braga, Beclaute Oliveira, Catarine Acioli, Marcos Ehrhardt, Marcos Torres, Pedro Henrique, Stela Valéria e Welton Roberto, companheiros nesta árdua jornada.

Contra a globalização do capital oligopolista, há que *globalizar a democracia* – em formas estruturadas democraticamente em si mesmas, enquanto auto-organização móvel, com um "povo" global a ser criado, paulatinamente, por meio da resistência, enquanto ator e veículo da comunicação na esfera pública mundial, da crítica e da formulação de opções melhores: com vistas a uma sociedade mundial futura, na qual a economia exista novamente em função das pessoas, e onde a estas seja possível decidir democraticamente seus destinos na condição de membros iguais de uma sociedade não excludente.¹

¹ MÜLLER, Friedrich. Democracia e Exclusão Social em Face da Globalização. **Revista jurídica virtual da Casa Civil**, Brasília, v. 7, n. 72, maio. 2005. Disponível em:

RESUMO

O tema da dissertação é: “O preceito fundamental como instrumento de concretização dos direitos fundamentais: por uma perspectiva legitimante do Estado Democrático de Direito”. O desenvolvimento deste estudo visa apresentar os efeitos que uma interpretação concretizadora do conceito de preceito fundamental, do rol de legitimados e do princípio da subsidiariedade em sede de argüição de descumprimento de preceito fundamental pode conferir numa perspectiva de legitimar o Estado brasileiro. A análise visa abordar, dentro dos limites traçados anteriormente, alguns dos aspectos mais controversos da Lei nº 9.882/99. O objetivo geral desta dissertação é atestar a propriedade da argüição de descumprimento de preceito fundamental como um instrumento de acesso popular à jurisdição concentrada do Supremo Tribunal Federal em defesa dos direitos fundamentais. Para este fim, foi utilizado o método dedutivo na delimitação do conceito de preceito fundamental, dos elementos que o compõem, com análise mais detida nos direitos fundamentais e no princípio da dignidade da pessoa humana. Dentro do método indutivo, o estudo segue na compreensão do conceito de povo e de sua importância como titular do poder estatal. Desta forma, a base legitimatória do Estado passa a se referir ao conceito de povo, numa dimensão ampla e abrangente à moda de Friedrich Müller, tudo com base na disciplina carreada no parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal, que levanta o fato de que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos, ou diretamente, nos termos da Constituição. O estudo avança, então, na compreensão da função do judiciário como defensor dos preceitos fundamentais, notadamente, os direitos fundamentais, considerando a característica de república substancialista presente no Brasil, onde o atendimento dos anseios sociais justifica uma mudança da quase absoluta teoria da separação dos poderes. A base positiva da assertiva tem sustentação, no tocante à temática discutida, na competência do Supremo Tribunal Federal como guarda da Constituição, conforme o art. 102 da Constituição Federal. Posteriormente, a atenção se volta à teoria da concretização de Müller, uma teoria que preconiza a atividade criativa do intérprete guiada pelo programa da norma e pela realidade (pelo contexto), visando apresentar método e caminho seguros para compreender o rol de legitimados a questionar violação a preceito fundamental e ao princípio da subsidiariedade, conceitos jurídicos indeterminados carentes de complementação para serem aplicados. O método de concretização, nessa linha, é utilizado como importante procedimento para se evitar o ativismo judicial e a arbitrariedade. Ao fim, depois da análise das bases teóricas e jurisprudenciais mais importantes, e consolidando todos os fundamentos aventados anteriormente, avança-se sobre a demarcação dos legitimados a manusear a argüição de descumprimento de preceito fundamental e do princípio da subsidiariedade aplicado a esta, fornecendo-se posição orientada por uma legitimidade ampla, ponderada pelo filtro da transcendência, e pelo entendimento de que o princípio da subsidiariedade deve ter em vista a inefetividade das ações do controle difuso e concentrado de constitucionalidade.

Palavras-chave: Argüição. Descumprimento. Preceito. Concretização. Direitos Fundamentais. Estado. Legitimação.

ABSTRACT

The subject of the dissertation is “The fundamental precept as instrument of materialization of the fundamental rights: for a legitimating perspective of the Democratic State of Right”. The development of the present study seeks to present the effects that an interpretation *concretizadora* of the concept of fundamental precept, of the list of having legitimated and of the principle of the *subsidiariedade* in noncompliance’s arguing of fundamental precept can check in a perspective of legitimating the Brazilian State. The analysis seeks to approach, inside of the limits planed previously, some of the most controversial aspects of the Law no. 9.882/99. The general objective of this dissertation is to attest the property of noncompliance’s arguing of fundamental precept as an instrument of popular access to the concentrated jurisdiction of the Supreme Federal Tribunal in defense of the fundamental rights. To this end, the deductive method was used in the delimitation of the concept of fundamental precept, of the elements that compose it, with more detained analysis in the fundamental rights and at the principle of the human person's dignity. Inside of the inductive method, the study proceeds in the understanding of the people concept and of its importance as titular of the state power. Like this, the legitimating base of the State passes referring to the people concept, in a wide and including dimension to Friedrich Müller's way, everything based on the subject introduced in the only paragraph of the art. 1st of the Federal Constitution, that lifts the fact of whole power emanates from the people, that exercises it by means of its elect representatives or directly, in the terms of the Constitution. The study moves forward, then, in the understanding of the function of the judiciary as defender of the fundamental precepts, notably, the fundamental rights, regarding the characterist of substancialist republic present in Brazil, where the attendance of the social longings justifies a change of the almost absolute theory of the separation of the powers. The positive base of the assertive has supporting, concerning the thematic discussed, in the competence of the Supreme Federal Tribunal as guard of the Constitution, according to the art. 102 of the Federal Constitution. Later on, the attention returns to the theory of the materialization of Müller, a theory that gets the creative activity of the interpreter guided by the program of the norm and for the reality (for the context), seeking to present method and road insurances to understand the list of having legitimated to question violation to fundamental precept and to the principle of the subsidiariedade, uncertain juridical concepts, lacking of complementation for they be applied. The materialization method, in that line, is used as important procedure to avoid the judicial activism and the outrage. To the end, after the analysis of the theoretical and jurisprudential bases more important, and consolidating all the foundations fanned previously, it is advanced about the demarcation of those legitimated to impetrate the noncompliance’s arguing of fundamental precept and of the principle of subsidiariedade applied to this, being supplied position guided by a wide legitimacy, pondered by the filter of transcendency, and for the understanding that the principle of the subsidiariedade should have in mind the ineffectiveness of the actions of the diffuse and concentrated control of constitutionality.

Key-Words: Arguing. Noncompliance. Precept. Materialization. Fundamental rights. State. Legitimation.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADPF – Argüição de descumprimento de preceito fundamental

STF – Supremo Tribunal Federal

Min - Ministro

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	14
1 PRELIMINAR TEÓRICA – DO SISTÊMICO AO SER DIREITO FUNDAMENTAL.....	28
1.1 A conformação do subsistema constitucional de direitos fundamentais.....	28
1.1.1 A noção de sistema.....	28
1.1.2 Sistema jurídico.....	29
1.1.3 (Sub-) Sistema constitucional dos direitos fundamentais.....	32
1.2 Por uma delimitação temática – o sentido do ser direito fundamental.....	35
1.2.1 A classificação dos direitos fundamentais na visão de José Afonso da Silva.....	35
1.2.2 As cláusulas de abertura para a assimilação de novos direitos fundamentais.....	39
2 POR UMA ANÁLISE DEDUTIVA DO CONCEITO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: EM BUSCA DA CONFORMAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	43
2.1 O caminhar na delimitação do conceito de preceito fundamental.....	43
2.1.1 A similitude entre as noções de valores constitucionais e preceitos fundamentais.....	43
2.1.2 O carácter normativo dos preceitos fundamentais.....	45
2.1.3 Por um estudo e compreensão do termo fundamentalidade.....	48
2.1.4 Dos preceitos fundamentais em espécie.....	51
2.2 Notas sobre a concepção de norma jurídica e seus influxos sobre as normas de direitos fundamentais.....	63
2.2.1 O conceito de norma jurídica.....	63
2.2.2 Normas de conduta e normas de estrutura.....	66
2.2.3 Normatividade dos princípios.....	68

2.3 A caracterização das normas (regras e princípios) de direitos fundamentais.....	70
2.3.1 Os caracteres da norma de direito fundamental em Robert Alexy.....	70
2.3.2 O caráter subjetivo e objetivo das normas de direitos fundamentais.....	72
2.4 Contingenciamentos e limites à aplicação das normas de direitos fundamentais.....	74
2.4.1 As trilhas de Humberto Ávila.....	74
2.4.2 Aplicabilidade e concretização dos direitos fundamentais: por uma demarcação necessária.....	76
2.4.3 A aplicabilidade e a eficácia propriamente dita dos direitos fundamentais.....	82
2.4.4 Os efeitos da não aplicação, do descumprimento, das normas que tratam dos direitos fundamentais.....	88
2.5 O princípio da dignidade da pessoa humana como elemento de conformação dos direitos fundamentais.....	91
2.5.1 Evolução histórica do conceito de dignidade da pessoa humana.....	91
2.5.2 Perspectiva atual do princípio da dignidade da pessoa humana.....	93
2.5.3 A dignidade da pessoa humana vislumbrada como <i>ethos</i> da moralidade democrática....	95
2.5.4 O conceito do princípio da dignidade da pessoa humana.....	96
2.5.5 O caráter normativo do princípio da dignidade da pessoa humana.....	98
2.5.6 A dimensão dúplice do princípio da dignidade da pessoa humana.....	101
2.5.7 As funções do princípio da dignidade da pessoa humana.....	103
3 O PERCURSO LEGITIMATÓRIO DA PRÁXIS JUDICIAL: PRELIMINAR ESSENCIAL PARA A COMPOSTURA DE UMA INTERPRETAÇÃO RENOVADA DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL.....	107
3.1 Pela perquirição das relações legitimante e legitimado dos direitos fundamentais.....	107
3.1.1 A legitimação pelo povo.....	107
3.1.2 As concepções de Eros Roberto Grau no padrão legitimante das normas de direitos fundamentais.....	115
3.1.3 A sociedade aberta dos intérpretes como padrão de legitimação.....	117
3.2 O poder judiciário – garante dos direitos fundamentais.....	120

3.2.1 A República constitucional substancialista brasileira e as competências da função judicial do Estado.....	120
3.2.2 Limites e perspectivas à legitimação do Poder Judiciário.....	124
3.2.3 A função criativa dos tribunais e dos juízes na concretização dos direitos fundamentais.....	127
3.2.4 O acesso ao judiciário como um meio de democratização e legitimação do direito.....	130
3.2.5 Da argüição de descumprimento de preceito fundamental como ação e da relevante função do Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional.....	132

4 DA IMPORTÂNCIA DA LINGUAGEM E DA SUA CONTRIBUIÇÃO PARA A COMPREENSÃO DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL.....138

4.1 A virada lingüística e a reviravolta na concepção do fenômeno jurídico.....138

4.1.1 Contextualização temática..... 138

4.1.2 O papel do judiciário na solução da crise de legitimação estatal..... 140

4.1.3 As contribuições da teoria da linguagem (a virada lingüística) na concepção do fenômeno jurídico..... 141

4.2 A construção do direito dentro da teoria lingüística da concretização constitucional.....148

4.2.1 Preliminar teórica - os fundamentos do método de concretização constitucional..... 148

4.2.1.1 A concretização na teoria de Konrad Hesse..... 149

4.2.1.2 A concretização na teoria de Müller..... 150

4.2.1.2.1 O fundamento da teoria da concretização..... 150

4.2.1.2.2 O real e o normado – o caminho lingüístico no sentido da normatividade..... 155

4.2.1.2.3 Breves ponderações sobre o iter do método de concretização constitucional..... 158

4.2.1.2.4. Dificuldades e limites ao processo de concretização constitucional..... 161

4.2.1.2.5 Para uma compreensão da terminologia concretizante: o caminho para a conceituação dos termos âmbito da norma e programa da norma..... 162

5 A LEGITIMIDADE PARA A PROPOSITURA DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL E O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE NUM ENFOQUE DE CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL.....168

5.1 A legitimação popular como elemento nuclear da arguição de descumprimento de preceito fundamental.....	168
5.2 Um novo viés para o princípio da subsidiariedade na arguição de descumprimento de preceito fundamental.....	177
CONCLUSÃO.....	184
REFERÊNCIAS.....	204
ANEXO A – Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999.....	215
ANEXO B – Mensagem de veto nº 1.807, de 3 de dezembro de 1999.....	218

INTRODUÇÃO

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental² é instituto novo carreado pelo direito brasileiro na Constituição Federal de 1988. Ela tinha previsão no parágrafo único do art. 102 da Constituição, em seu texto originário. Entretanto, a Emenda à Constituição Federal nº 03, de 18 de março de 1993, eliminou mencionado parágrafo, cindindo-o em dois, passando a arguição a ter previsão em seu parágrafo primeiro.

Todavia, pelo fato de ser condicionada à edição de Lei a regulamentação da ADPF, o Supremo Tribunal Federal³ entendeu que a sua norma de instituição se apresentava de eficácia limitada.⁴

Posto esse limite, após longos anos, o Ministro da Justiça Íris Rezende editou a Portaria nº 572, de 7 de julho de 1997, estabelecendo comissão incumbida de apresentar sugestões ao Poder Executivo objetivando a regulamentação do disposto no art. 102, parágrafo primeiro, da Constituição Federal.

Passados dois anos de discussões e de propostas legislativas, foi promulgada e publicada a Lei nº 9.882, de 6 de dezembro de 1999.

Em sua regulamentação, pode-se vislumbrar que a ADPF foi posta dentro no cenário jurídico nacional para complementar o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, de sorte a que fossem abrangidos o direito pré-constitucional e o direito municipal,

² Nas próximas referências à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental será utilizada a abreviação ADPF.

³ Nas próximas referências ao Supremo Tribunal Federal será utilizada a abreviação STF.

⁴ AI-AgR 145860 / SP (Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09/02/1993). Supremo Tribunal Federal, **Net**, Brasília. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>. Acesso em: 10 ago. 2006.

sinalizando, ademais, para um sistema misto ou mediano entre o controle de constitucionalidade difuso e concentrado.

No histórico de sua implementação, pode-se destacar, outrossim, que a ADPF foi alçada como instrumento para acabar com a guerra de liminares, como se pode depreender do parágrafo terceiro do art. 5º da Lei 9.882/99.

Convém, contudo, mencionar que a regulamentação carreada pela Lei 9.882/99 tem alguns de seus dispositivos questionados pela ADI nº 2.231-DF.⁵ O julgamento da medida cautelar de mencionada Ação Direta de Inconstitucionalidade, que tem o fito de excluir da aplicação do inciso I do parágrafo único do art. 1º da Lei 9.882/99 a *controvérsia constitucional concretamente já posta em juízo*, bem como suspender o § 3º do artigo 5º de mencionada Lei, sendo ambas as decisões com efeitos *ex nunc* e até julgamento final da ação, encontra-se suspenso pelo pedido de vista formulado pelo Ministro Sepúlveda Pertence.

Perpassado o nascedouro e a polêmica da estatuição de mencionada ação constitucional, cabe delinear, no que reporta ao direito comparado, as semelhanças que a ADPF apresenta com institutos do direito estrangeiro.

Ela apresenta pontos de semelhança com o *writ of certiorari* do direito norte-americano. Esse *writ* consiste em pedido formulado à Suprema Corte norte-americana por qualquer parte, num processo em curso, a fim de que a corte dirima determinada questão já decidida, ou ainda pendente de decisão, desde que existentes especiais razões para tanto.⁶

Apresenta, ademais, pontos de contato com a *Popularklage* do direito Bávaro, uma espécie de ação popular que se destina à impugnação de leis ou atos lesivos aos direitos fundamentais (Constituição da Bavária, art. 98, nº 4).

A ADPF se assemelha, também, ao *Beschwerde* do direito austríaco, uma espécie de recurso constitucional por meio do qual o particular pode impugnar diretamente ao Tribunal Constitucional uma lei violadora de direito fundamental, desde que esgotada previamente a via administrativa. O recurso constitucional austríaco surgiu no Império em 1867 (Lei do Tribunal Constitucional), sendo previsto na Constituição Austríaca de 1920 (art. 144).

⁵ ADI 2231/ DF (Rel. Min. Néri da Silveira, concluso ao Min. Sepúlveda Pertence desde o dia 05.12.2001). Supremo Tribunal Federal, **Net**, Brasília. Disponível em: http://www.stf.gov.br/processos/processo.asp?PROCESSO=2231&CLASSE=ADI&ORIGEM=AP&RECURSO=0&TIP_JULGAMENTO=M. Acesso em: 10 ago. 2006.

⁶ Cf. CUNHA JÚNIOR, Dirley. Arguição de descumprimento de preceito fundamental, *in*: DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). **Ações Constitucionais**. Salvador: Juspodivm, 2006, p. 432.

Contudo, a despeito dos similares carreados, a doutrina é uniforme em assentar a maior identificação da ADPF com o recurso de amparo espanhol e com o recurso constitucional alemão.

Ela se identifica com o *recurso de amparo* espanhol pela possibilidade de qualquer cidadão poder defender um direito fundamental seu perante o Tribunal Constitucional, desde que a violação resulte de ato do poder público e que esteja exaurida a via judicial.^{7 8}

Por outro lado, a nossa ADPF se aproxima também do *verfassungsbeschwerde* alemão, chamado de recurso constitucional alemão, com previsão no art. 93, alínea 1, 4-A, da Lei Fundamental Alemã. Mencionado recurso possibilita que qualquer cidadão o maneje em defesa de direitos fundamentais seus lesados por ato do poder público. Ele, da mesma forma que a similar nacional, está sujeito ao esgotamento da instância judicial ordinária, salvo a possibilidade de existir interesse geral no recurso, ou a existência de prejuízos graves e irreparáveis para o autor, quando o recurso, então, poderá prescindir desse requisito.

Cabe asseverar, entretanto, que o recurso de amparo do direito espanhol e o recurso constitucional do direito alemão são postos em sistemas constitucionais que prescindem do controle difuso de constitucionalidade, bem diferentes do modelo nacional, que apresenta ambos os instrumentos. Assim, ao se processar a interpretação da ADPF, deve-se ter em conta esta peculiaridade na conformação do instituto nacional.

Desta forma, ao se adaptar instrumentos do direito alienígena, como ocorreu na conformação da ADPF, importa cotejar este aspecto, vez que a maioria dos instrumentos estrangeiros aqui carreados são postos para cobrir lacuna deixada por um sistema de controle de constitucionalidade centralizador.

Superadas as discussões em torno dos similares ou precedentes do instituto pátrio, é de se alinhar, aprioristicamente, que a ADPF consiste numa ação constitucional destinada a provocar a jurisdição constitucional concentrada do STF para a tutela dos preceitos mais importantes da nossa Constituição Federal.

Aprofundando o que foi aduzido no parágrafo anterior, cabe alertar que a ADPF apresenta dúplice aspecto. Em seu viés autônomo, ela ganha feições de uma ação de controle

⁷ Vide artigos 53. 2, 161.1.b), e 162.1.b), todos da Constituição Espanhola.

⁸ Esse é o posicionamento, com temperamentos, que se adotará no texto. Frisa-se, contudo, que parte da doutrina e a jurisprudência do STF se orientarem em sentido contrário.

abstrato que faz instaurar um processo objetivo, no qual inexistem partes e litígio no seu caráter concreto. Nesse escopo, ela visa tutelar os direitos fundamentais consagrados explícita ou implicitamente na Constituição, ou seja, nela não se busca, ao menos imediatamente, a proteção de situações individuais ou subjetivas, mas a salvaguarda dos preceitos fundamentais.^{9 10}

Em sua modalidade incidental, por outro lado, o descumprimento de preceito fundamental decorre de uma ação judicial de controle concreto de constitucionalidade, suscitada em razão de processo subjetivo, onde se controverte sobre aspectos relevantes ligados a atos normativos do Poder Público contestados em face de um preceito fundamental. A despeito desse caráter concreto, ela desempenha função de natureza objetiva em defesa de direitos subjetivos fundamentais.¹¹

É justamente por esse caráter incidental que se preconiza a legitimidade ativa dos cidadãos para a propositura de mencionada ação, caracterizando uma espécie de jurisdição que fica a meio termo entre o controle difuso e o controle concentrado. Esse é um dos pontos principais em que se enfocará o trabalho, e um dos pontos mais debatidos na doutrina, como se poderá cotejar na seção 5.

Declinadas, de maneira singela, as modalidades de ADPF, cabe levantar as principais contradições que surgiram no âmbito doutrinário e jurisprudencial a partir da edição da Lei 9.882/99. Dentre essas contradições, ganham destaque para este estudo: o poder conferido ao STF para especificar os limites do que sejam os preceitos fundamentais; a abrangência do princípio da subsidiariedade no manejo da ADPF;¹² e os legitimados para a propositura de

⁹ Cf. CUNHA JÚNIOR, Dirley. Arguição de descumprimento de preceito fundamental, *in*: DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). **Ações Constitucionais**. Salvador: Juspodivm, 2006, p. 448.

¹⁰ Reconhecendo o caráter subjetivo amplo da arguição de descumprimento de preceito fundamental tem-se Francisco Wildo, para quem: a ação de descumprimento de preceito fundamental, que, embora tenha natureza de ação direta para o STF, não se destina ao controle abstrato de normas, senão que ao controle *in concreto*, assemelhando-se, porém, à dinâmica do controle concentrado pela via da provocação da questão prejudicial. DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. Jurisdição constitucional: ação e processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 90, v. 783, jan. 2001, p. 126.

¹¹ Cf. CUNHA JÚNIOR, Dirley. Arguição de descumprimento de preceito fundamental, *in*: DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). **Ações Constitucionais**. Salvador: Juspodivm, 2006, p. 478.

¹² Entendendo que o princípio da subsidiariedade se refere a qualquer meio judicial do controle concentrado ou difuso: 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. 133. OLIVEIRA, Fábio César dos Santos. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: comentários à lei nº 9.882, de 03/12/1999. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, p. 165. MORAES, Alexandre de. Comentários à Lei nº 9.882/99 – arguição de descumprimento de preceito fundamental, *in*: TAVARES, André; ROTHENBURG, Walter Claudius (coords). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: análises à luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001, p. 27. TAVARES, André Ramos. Arguição de descumprimento

mencionada ação.¹³ Essas são as bases, esse é o recorte metodológico sobre o qual se desenvolverá o estudo da ADPF como instrumento de legitimação do Estado Democrático de Direito.

No que reporta a práxis do STF nos julgamentos da ADPF, cabe registrar uma pequena estatística sobre as ADPFs admitidas e inadmitidas, sobre a aplicação do princípio da subsidiariedade e sobre o parâmetro de controle que se está a sedimentar no STF, cabendo ressaltar que não é o objetivo deste trabalho aprofundar quais os tipos de atos (decretos, emendas constitucionais, resoluções, súmulas, leis individuais ou gerais) a serem atacados, mas quais os preceitos fundamentais a serem defendidos. Os dados apresentados adiante resultam de consulta às ADPFs existentes, no total de 99, no sítio do STF (www.stf.gov.br), no item *processos, subitem acompanhamento processual*, na data de 10 de agosto de 2006.

Nesse importe, é de se registrar situação interessante no que pertine aos filtros de legitimação ativa processados pelo STF. No que se refere a esse ponto, destaca-se que 26

de preceito constitucional fundamental: aspectos essenciais do instituto na Constituição e na lei, *in*: o mesmo; ROTHENBURG, Walter Claudius (coords). **Argüição de descumprimento de preceito fundamental**: análises à luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001, p. 47. ROTHENBURG, Walter Claudius. Argüição de descumprimento de preceito fundamental, *in*: TAVARES, André; o mesmo (coords). **Argüição de descumprimento de preceito fundamental**: análises à luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001, p. 225. Entendendo que o princípio da subsidiariedade se refere a qualquer meio judicial do controle concentrado: SARMENTO, Daniel. Apontamentos sobre a argüição de descumprimento de preceito fundamental, *in*: TAVARES, André; ROTHENBURG, Walter Claudius (coords). **Argüição de descumprimento de preceito fundamental**: análises à luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001, p. 105. MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**. Atual. e compl. por Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 418.

¹³ Entendendo pela legitimidade ampla em sede de ADPF: TAVARES, André Ramos. **Tratado da Argüição de Preceito Fundamental**: Lei 9.868/99 e Lei 9.882/99. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 404. BARROS, Sérgio Resende. O nó górdio do sistema misto, *in*: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (coords). **Argüição de descumprimento de preceito fundamental**: análises à luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001, p. 195. CUNHA JÚNIOR, Dirley. Argüição de descumprimento de preceito fundamental, *in*: DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). **Ações Constitucionais**. Salvador: Juspodivm, 2006, p. 484. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24 ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 563. Entendendo pelo mesmo rol legitimados do art. 103 da Constituição Federal em sede de ADPF: DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. Jurisdição constitucional: ação e processo de argüição de descumprimento de preceito fundamental. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 90, v. 783, jan. 2001, p. 130. MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**. Atual. e compl. por Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 413-414. OLIVEIRA, Fábio Cesar dos Santos. **Argüição de descumprimento de preceito fundamental**: comentários à lei nº 9.882, de 03/12/1999. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, p. 159. MORAES, Alexandre de. Comentários à Lei nº 9.882/99 – argüição de descumprimento de preceito fundamental, *in*: TAVARES, André; ROTHENBURG, Walter Claudius (coords). **Argüição de descumprimento de preceito fundamental**: análises à luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001, p. 22. SARMENTO, Daniel. Apontamentos sobre a argüição de descumprimento de preceito fundamental, *in*: TAVARES, André; ROTHENBURG, Walter Claudius (coords). **Argüição de descumprimento de preceito fundamental**: análises à luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001, p. 106. 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, p. 149. PAGANELLA, Marco Aurélio. **A argüição de descumprimento de preceito fundamental no contexto do controle de constitucionalidade**. São Paulo: LTr, 2004, p. 88.

ADPFs foram inadmitidas pelo fato de terem sido manejadas por pessoas do povo.¹⁴ ¹⁵ Somam-se a estas, pela conexão de temas, as ADPFs nºs 21/DF e 32/DF, ambas inadmitidas pela ausência de capacidade postulatória - os advogados tiveram seus registros na OAB suspensos ou cancelados.

Cabe reportar, outrossim, que 14 ADPFs¹⁶ não foram admitidas com base no princípio da subsidiariedade. Outras 36 ADPFs¹⁷ se encontram aguardando julgamento.

Com relação a outras casuísticas processuais, apresentam-se os seguintes precedentes: a) extinção pela inépcia: ADPF/5/DF; b) ADPFs prejudicadas: 4/DF, 50/SP, 52/MA (Prejudicada pelo transcurso do mandato. Nessa ação foi sinalizada a imodificabilidade da coisa julgada inconstitucional e a impossibilidade de utilização de ADPF como sucedâneo de ação rescisória) e 86/ES; c) sobrestadas até o julgamento da ADI 2231-DF: 6/RJ, 14/DF, 16/DF, 26/PI e 36/PE; d) impossibilidade de controle de ato normativo revogado: ADPF/8/DF; e) desprovida pelo fato de proposta de Emenda Constitucional não se enquadrar como objeto sindicável do controle concentrado de constitucionalidade – ADPF/43/DF; e f) Conhecimento da Ação como ADI: ADPF/72/PA.

No sentido de sinalizações sobre os preceitos fundamentais a serem sindicados por meio da ADPF, é de se citar os seguintes precedentes: ADPF/6/RS – a qual trata de benefício por equivalência salarial; ADPF/10/AL – tem por base a suspensão de reclamações embasadas em regimento interno de Tribunal de Justiça, cuja cautelar nesse sentido foi deferida; ADPF/14/DF – fixação de piso salarial – salário mínimo; ADPF/DF/16 – Equivalência Salarial; ADPF/PI/26 – Afastamento de vice-reitor do magistério de ensino superior; ADPF/27/RJ – Arquivamento de Habeas Corpus pelo STF; ADPF/33/PA -

¹⁴ São as seguintes: 11/SP, 19/DF, 20/DF, 22/DF, 23/RJ, 25/DF, 27/DF, 28/DF, 29/MG, 30/DF, 31/DF, 34/DF, 35/DF, 38/RJ, 42/RJ, 44/PR, 48/SP, 57/SP, 58/DF, 61/DF, 60/DF, 62/DF, 69/RJ, 75/SP, 91/RO e 92/RO.

¹⁵ Como se verá nas linhas vindouras, serão aduzidos fundamentos que justificam a impropriedade da adoção dessa posição pelos Ministros do STF. Assim, destaca-se o entendimento desse autor no sentido diametralmente oposto à limitação da legitimação popular em sede de ADPF.

¹⁶ São as seguintes: 3/CE, 12/DF, 13/SP, 17/AP, 18/CE, 39/DF – a primeira que levanta a conversão da ADPF em ADI, 56/DF, 63/AP, 64/AP, 65/DF, 66/DF, 78/RJ, 85/CE e 89/DF.

¹⁷ As seguintes ADPFs estão aguardando julgamento: 2/MT, 7/RS, 9/RS, 15/PA, 24/DF, 37/MG, 40/MG, 41/SP, 46/DF – monopólio dos correios, 47/PA, 49/PI, 51/GO, 53/PI, 55/DF, 59/DF, 67/PB - aguardando julgamento com cautelar indeferida sob alegação da impossibilidade de violação da coisa julgada – Rel. Min. Cezar Peluso, 68/SP, 70/DF (mesmo objeto da ADPF/46 – monopólio dos correios, motivo pelo qual foi redistribuída), 71/DF, 73/DF, 74/DF, 76/TO, 77/DF, 81/DF, 82/PE, 83/ES, 84/DF, 88/DF, 90/ES, 93/DF, 94/DF, 95/DF, 96/DF, 97/PA, 98/SP e 99/PE.

Admitida para tolher a vinculação de salários ao salário mínimo; ADPF/45/DF – questionava veto do executivo em Lei de Diretrizes Orçamentárias que violava a garantia de recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde, a qual teve o objeto perdido por revogação da norma atacada; ADPF/46/DF – Monopólio da União para a prestação de serviços postais; ADPF/50/SP – Emenda à Lei Orgânica de Município que proíbe a instalação de empresas de extração de brita com explosivos, a qual foi prejudicada pela revogação da norma questionada; ADPF/54/DF – Aborto de feto anencéfalo e a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana; ADPF/79/PE – mitigação da coisa julgada inconstitucional por aplicação equivocada do princípio da isonomia; ADPF/80/DF – seguimento negado pelo fato das súmulas sem efeitos vinculantes não apresentarem caráter normativo; ADPF/84/DF – regulamentação de relações ocorridas durante o prazo de vigência de Medidas Provisórias; ADPF/86/ES – cobrança de taxa municipal de água e esgoto, a qual foi prejudicada pela revogação da norma; ADPF/87/SP - Concurso para a outorga de tabelionatos de notas e registros no Estado de São Paulo; e ADPF/90/ES – aspectos ligados à segurança pública e à polícia civil.

É esse o panorama jurisprudencial no qual se está amoldando a ADPF.

Volvendo-se à temática da presente dissertação, é de se alinhar os pontos de cotejo a serem empreendidos nas subseções vindouras. Nesse diapasão, é de se destacar que na doutrina nacional são encontrados posicionamentos não muito homogêneos sobre o princípio da subsidiariedade e sobre os legitimados a propor a ADPF. De maneira mais dispersa ainda, poucas são as obras que tratam do caráter legitimante do Estado Democrático de Direito que a noção de preceito fundamental pode conferir e sobre a correlação que a ADPF apresenta com a concretização dos direitos fundamentais.

Adianta-se, contudo, que não é o objetivo deste trabalho tratar das espécies de atos do Poder Público passíveis de serem sindicados por meio da ADPF como se delineou anteriormente. O seu objetivo é o de delimitar as funções do conceito de preceito fundamental no processamento da ADPF, com especial enfoque na concretização dos direitos fundamentais. Nesse intento, far-se-á uso de interpretações renovadas sobre os legitimados ativos e sobre a aplicação do princípio da subsidiariedade, assuntos vislumbrados na ótica desta ação constitucional. É este o norte e o recorte epistemológico do presente estudo. Poder-se-á, contudo, com o fito de ilustrar melhor a perspectiva concretizante dos direitos fundamentais pela ADPF, fazer remessa aos atos do poder público objeto de ataque ou a

outras questões processuais, remessa que, destaque-se, será apresentada com caráter meramente ilustrativo.

Seguindo a linha de pensar proposta, é de se declinar que muito se tergiversa na doutrina e na jurisprudência sobre a dimensão e caracteres essenciais da ADPF. Assim, tendo em vista a situação geradora de controvérsias em que se assenta o presente instituto, permeado de conceitos vagos, ou, melhor dizendo, conceitos jurídicos indeterminados, como o princípio da subsidiariedade, a delimitação do que seja preceito fundamental, o que se soma às dúvidas sobre os legitimados para a sua propositura, é que se justifica a escolha pelo tema.

Portanto, a razão que motiva o recorte cognitivo aqui processado é fundamentada na busca de uma maior precisão conceitual do que sejam os preceitos fundamentais, conteúdo essencial para o uso e operacionalização da ADPF, com vistas a fomentar novos enfoques concretizantes no que se refere aos legitimados ativos e sobre a verdadeira conformação do princípio da subsidiariedade. Esse processar, adiante-se, terá por norte o marco teórico adotado, a teoria da concretização, donde cabe ressaltar que a abordagem será situada dentro da práxis hermenêutica de nossa conjuntura. Todos esses objetivos, é bom frisar, estão voltados para a legitimação do Estado Democrático de Direito através da concretização dos direitos fundamentais.

Quer-se demonstrar, com o apuro desses temas, a importância da ADPF como um instrumento de legitimação do Estado, por meio do qual os cidadãos possam interferir diretamente, e desde que com certas ponderações, na jurisdição concentrada do STF. A análise tem por escopo legitimar o Estado diante do povo através da concretização dos direitos fundamentais, procedimento que terá a ADPF como importante instrumento para a sua realização.

Contextualizando o exposto, é de se referir que o Estado Brasileiro se encontra diante de uma crise de legitimidade. Isso pode ser inferido pela mudança do panorama político com a eleição de um candidato de esquerda após longos anos de administrações de centro-direita e de direita.

A insatisfação com a realidade fez com que o povo determinasse a mudança. Na América Latina não é diferente. Os jornais noticiam o crescimento do populismo, do nacionalismo e a opção por governantes de esquerda.¹⁸

Essa conjuntura, em especial, o caso brasileiro, vem para afirmar a insatisfação com o sistema posto, vem para introduzir ideais de mudança.

A tudo isso se soma o caráter analítico da Constituição Federal de 1988, trazendo vasto cabedal de direitos, caracterizando a República brasileira como uma república substancialista carente de implementação. Implementação que não vem sendo processada a contento pelo Executivo e pelo Legislativo, donde resulta uma mudança de entendimento no que se refere à divisão das funções estatais.

Ao judiciário, nessa perspectiva, cabe a função de fazer prevalecer à substância da Constituição, com vistas a preservar o sistema posto. O *modus operandi* dessa atribuição está ligado à concepção do judiciário como um garante dos direitos fundamentais, de forma a se conceber a ADPF como instrumento para a realização de seu mister. Reforça a sua relevância o fato de seus efeitos serem concentrados, e, como se verá, de possuir legitimação ampla, abarcando todos aqueles que estejam incluídos no conceito de povo de Müller.¹⁹

Só assim, entende-se, será possível a legitimação do Estado. Legitimação que deve ocorrer pela abertura do espaço de discussão política e democrática no qual se tornou o Poder Judiciário no Brasil. Esses são os fundamentos que sinalizam a importância do caminho judicial como meio de possibilitar o acesso à justiça em seu sentido mais amplo a qualquer do povo.

Desta feita, diante desse panorama geral, onde, além das controvérsias doutrinárias, ganha destaque a posição restritiva do STF quando fecha as portas da ADPF para uma legitimação ampla, ou quando faz uma interpretação equivocada do princípio da

¹⁸ Nesse sentido: DIAS, Carlos. Análise: Cuba comemora ascensão de novos governos de esquerda na AL. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 3 mar. 2005. Mundo. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u81315.shtml>. Acesso em: 14 out. 2006; HILSENBECK FILHO, Alexander Maximilian. Governos de “esquerda” e movimentos sociais na América latina: entre a cooptação e a construção de uma democracia autônoma. **Revista Espaço Acadêmico**, São Paulo, ano VI, n. 62, jul. 2006. Disponível em: <http://www.espacoacademico.com.br/062/62hilsenbeckfilho.htm>. Acesso em: 14 de outubro de 2006; e MAIA, Antonio Cavalcanti. Diversidade cultural, identidade nacional brasileira e patriotismo constitucional. **Seminário diversidade cultural brasileira**, Rio de Janeiro, [s.n]. Disponível em: <http://www.casaruibarbosa.gov.br/seminario/diversidadecultural/antonio.cavalcanti.pdf>. Acesso em: 14 out. 2006.

¹⁹ Este assunto será abordado com apuro na subseção 3.1.1.

subsidiariedade, é que se pode vislumbrar quão controversa e indeterminada, tanto doutrinária como jurisprudencialmente, se apresenta a ADPF.

Assim, vê-se que o estudo a ser desenvolvido demonstra grande utilidade pela relevância tanto teórica como prática.

Quanto à utilidade prática, pode-se asseverar a importância que uma maior precisão conceitual do preceito fundamental, que uma melhor compreensão do princípio da subsidiariedade, e que uma amplificação dos legitimados ativos têm na modernidade, permeada que está por uma minimalização neoliberal do Estado, servindo como elementos legitimadores dos anseios da sociedade e do tão sonhado Contrato Social.

Apesar da pretensa indeterminação de seus limites, pode-se vislumbrar a relevância que teria para a concretização dos direitos fundamentais uma conceituação precisa, que fornecesse um maior e melhor instrumental a ser efetivamente argüido por um rol maior de legitimados para o caso de descumprimento.

Quanto à utilidade teórica, traz-se como interessante o fato de se aprofundar o estudo da verdadeira natureza jurídica desta ação, percorrendo os meandros dos princípios constitucionais, da Teoria Geral do Direito, da Teoria Geral do Estado, da Teoria da Linguagem, com especial enfoque na teoria da concretização de Friedrich Müller, bem como na concepção de povo desse autor.

Ainda na esteira da importância teórica, deve-se ressaltar o fato de que podem resultar das indagações teóricas mudanças de orientações que irradiem efeitos na realidade prática e que orientem os julgadores a uma aplicação mais constante e menos oscilante do instituto.

Outro tópico motivador do estudo é o da crescente inobservância, por parte do Estado, das limitações traçadas pelos preceitos fundamentais, o que gera, quase sempre, graves prejuízos à sociedade.

Assim, do antes referido, trazem-se como determinantes para o estudo em tela a conceituação dos preceitos fundamentais, uma nova abordagem do princípio da subsidiariedade e uma amplificação de legitimados ativos, de sorte a que a ADPF possa ter uma investigação mais acurada do estudioso do direito. Essa orientação busca aprofundar os

contornos dessa ação constitucional, fornecendo-se subsídios para uma maior determinação didática e conceitual que possa permitir a efetividade de suas finalidades sociais.

É justamente esta a tarefa do jurista, a de buscar, *in casu*, dentro da novel interpretação constitucional concretizadora, precisar ou fornecer subsídios para que se delimitem os conceitos vagos e indeterminados, ou seja, apanhar o seu objeto de estudo, a norma jurídica, de maneira a efetuar um corte epistemológico necessário à elaboração de proposições descritivas sobre determinada ou determinadas normas jurídicas válidas de um dado ordenamento.

A interpretação concretizadora, nesse passo, apresenta-se como importante elemento de aproximação entre o enunciado normativo (o texto) e o contexto (a realidade). Concretizar não significa aplicar, interpretar, subsumir, individualizar uma norma, mas produzir, diante da provocação decorrente de um dado conflito social, a norma jurídica para esse caso no quadro de uma democracia e de um Estado de Direito.²⁰

No que reporta ao aspecto espacial da pesquisa, acentua-se que foi feita a opção por um estudo delimitado pela realidade brasileira. A delimitação referente à realidade brasileira tem como premissa a noção de ordenamento jurídico, o que neste caso seria representado pela Constituição Federal de 1988, seu ápice, visando recompor a sua legitimidade e permanência no seio social.

É de se destacar, outrossim, que nas linhas vindouras deste texto não existirá um apuro histórico, havendo apenas referências necessárias à situação do tema no tempo e no espaço.

Justificada a escolha temática e a relevância que os resultados do presente estudo podem ter na realidade brasileira, passa-se, de maneira perfunctória, à análise das cinco linhas de abordagem a serem desenvolvidas nas seções desta dissertação.

Na seção 1 do trabalho será aprofundada a noção de sistema jurídico com o fito de fornecer subsídios para a caracterização de um subsistema de direitos fundamentais. A conformação de mencionado subsistema será fundamental para o desenvolvimento das demais seções da dissertação, eis que delineará o elemento fundamental para se compreender o que sejam os direitos fundamentais. Essa seção, portanto, trará um ponto de unidade para a

²⁰ MÜLLER, Friedrich. Concretização da constituição. Tradução de Peter Naumann. In: MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 3 ed. rev. e ampl., Renovar: Rio de Janeiro, 2005, p. 131.

análise. Posteriormente, ainda dentro da primeira seção, enveredar-se-á pelo entendimento dos direitos fundamentais na maneira como postos no sistema jurídico nacional. Essa abordagem, é de se destacar, terá um forte viés positivo, porquanto fincada na Constituição Federal.

Perpassada a análise preliminar dos fundamentos teóricos, enveredar-se-á na segunda seção pela delimitação dos preceitos fundamentais. Nesse sentido, o estudo se deterá na análise do aspecto de fundamentalidade de mencionados preceitos, do seu caráter normativo, findando na listagem dos preceitos fundamentais carreados pela doutrina e jurisprudência pátrias. Depois de assentadas as principais características dos preceitos fundamentais, o estudo volverá para a compreensão do caráter normativo das normas de direitos fundamentais, as regras e princípios que tratam desta temática. A análise da estrutura normativa dos direitos fundamentais se justifica pela temática da dissertação, a de configurar a argüição de descumprimento de preceito fundamental como importante instrumento de concretização dos direitos fundamentais, espécies de preceitos fundamentais. Continuando na listagem das temáticas a serem debatidas no bojo da seção 2, é de se destacar o aprofundamento do estudo das normas de direitos fundamentais, percorrendo desde a sua fundamentalidade até os aspectos objetivo e subjetivo de mencionados direitos. A seção 2 segue, após a análise da estática normativa, para a sua dinâmica, a questão da aplicação das normas de direitos fundamentais. Nesse passo, serão ventilados os conceitos de eficácia, aplicabilidade e os efeitos que podem decorrer do descumprimento dos preceitos fundamentais. Um ponto que merece destaque, nesse quadra da explanação, é o da relevância do método de concretização constitucional como instrumento para garantir a eficácia dos direitos e preceitos fundamentais. Por fim, no desenlace do seção 2, será levantada a importância do princípio da dignidade da pessoa humana, princípio conformador dos direitos fundamentais. O estudo, dentro dessa perspectiva, cotejará o núcleo deste princípio, o mínimo existencial, para percorrer, depois, as funções que o princípio da dignidade da pessoa humana desempenha no ordenamento jurídico nacional. Adianta-se, por hora, que a formatação da seção 2 é proposta num sentido dedutivo, ou seja, de partir do geral, a noção de preceito fundamental, para as peculiaridades, os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana.

A seção 3, na continuidade das propostas da presente dissertação, será orientada por conformar a legitimação judicial na compostura e na defesa dos preceitos fundamentais. Buscando elucidar essa questão, serão estudados o conceito de legitimidade e de povo como

noções preambulares. Essas noções, destaca-se, serão fundamentais para a compreensão das assertivas postas nas seções subseqüentes. Assim, vislumbrada a concepção de povo e de legitimação, o foco será dirigido para a conformação do povo como base de legitimação do Estado. Esse processo, como será aduzido alhures, decorrerá da implementação dos anseios deste mesmo povo pela satisfação de seus direitos fundamentais. A perspectiva desta seção é justamente promover uma reflexão sobre o verdadeiro fim do Estado, com o mote de orientá-lo para a fomentação da participação popular por meio da abertura de novas instâncias de discussão, dentre as quais o judiciário ganha relevo. No descortino da seção 3, ademais, serão aduzidas posturas substancialistas, de garantia da constituição material brasileira, tudo com vistas a subsidiar uma nova função para o judiciário no Estado brasileiro. Essa mudança na concepção do papel do judiciário servirá de base para justificar a legitimação do mesmo em face da população na implementação e controle dos direitos e preceitos fundamentais. Em que declinada essa postura, a seção destacará, em contraponto, os limites a essa nova função dos juízes e tribunais, de maneira a se evitar o ativismo e o decisiocismo judicial. Será destacada, outrossim, a importância do acesso ao judiciário como meio de democratização do direito, importante noção para a defesa de um legitimidade ativa ampla em sede de ADPF. Por fim, e não com menos importância, serão levantados fundamentos para conformar a função do STF, guardião da interpretação constitucional, como verdadeiro Tribunal Constitucional em terras brasileiras. Essa assertiva, adianta-se, é fincada nas decisões proferidas dentro da jurisdição constitucional concentrada que vinculam a atividade dos demais poderes. Disso, pode-se vislumbrar a relevância que o STF possui com relação à decretação da vida ou da morte dos preceitos a serem defendidos por meio da ADPF.

A tessitura da penúltima seção será de fundamental importância para uma compreensão renovada da ADPF. Nesse intento, serão fornecidas as principais bases teóricas, delimitadas pela teoria da linguagem, no sentido de se compreender o nascedouro e a conformação da metódica estruturante de Müller. Serão declinadas as principais contribuições da teoria da linguagem para a compreensão do fenômeno jurídico, dentre as quais ganha importância a situação de ser a linguagem condição de possibilidade para se compreender o mundo. Declinadas as premissas do método de concretização, a análise da seção 4 será direcionada para a compreensão pormenorizada deste método, um método voltado para o relacionamento do âmbito da norma (dos dados reais) com o programa da norma (o enunciado que demarca a realidade sobre a qual a norma vai incidir). Este método, destaca-se,

é a base teórica da presente explanação, uma vez que se apresenta, na opinião deste autor, como o método mais adequado para dar eficácia aos termos e conceitos postos ou decorrentes da Constituição, dentre os quais se avoluma a noção do que seja o preceito fundamental a ensejar o manuseio da ADPF e a conformação do processamento de mencionada ação constitucional (legitimados a impetrá-la e a amplitude do princípio da subsidiariedade).

Por fim, na seção 5, a explanação será direcionada para um enfoque concretizante dentro das perspectivas dos legitimados ativos a impetrar a ADPF e do princípio da subsidiariedade aplicado a esta ação constitucional. Nesse sentido, serão conformadas todas as noções aventadas nos capítulos anteriores (o fato do poder emanar do povo, o caráter de república substancialista brasileira, a aplicabilidade das normas de direitos fundamentais etc.) com o fito de subsidiar interpretações que amplifiquem a eficácia da ADPF como garantia que é da Constituição. Uma garantia, como se verá nas linhas vindouras, orientada no sentido de manter a integridade das instituições por meio da defesa dos valores fundamentais do Estado, em especial, da defesa dos direitos fundamentais. Garantia esta, aliás, que instaura espécie de jurisdição constitucional que fica a meio termo entre o controle difuso e o controle concentrado de constitucionalidade.

1 PRELIMINAR TEÓRICA – DO SISTÊMICO AO SER DIREITO FUNDAMENTAL.

1.1 A conformação do subsistema constitucional de direitos fundamentais

1.1.1 A noção de sistema

É de se atestar, com o fito de dar sustentação ao estudo dos principais aspectos da ADPF, a importância do trilhar pelos meandros das noções básicas da Teoria Geral do Direito. Nesse caminho, essencial se apresenta a caracterização dos direitos fundamentais como um todo harmônico e dotado de elementos comuns que lhes dão unidade. Essa orientação será elementar para os fins deste trabalho, dentre os quais se tem a caracterização da ADPF como instrumento de concretização dos direitos fundamentais e de legitimação do Estado Democrático de Direito. A orientação das subseções vindouras, portanto, é de partir do geral, o sistema, em especial o sistema de direitos fundamentais, para as peculiaridades dos direitos fundamentais e do princípio da dignidade da pessoa humana, elementos integrantes do gênero preceito fundamental.

Dentro desta perspectiva, e sinalizando para a conformação do subsistema dos direitos fundamentais, importa delinear a noção de sistema.

No dizer de J.A.Lima Gonçalves, “o sistema seria a conjunção ordenada, harmônica e unitária de elementos reunidos em torno de um conceito fundamental ou aglutinante”.²¹

Seria, dentro das lições de Norberto Bobbio, uma totalidade ordenada, um *conjunto de entes* entre os quais existe certa ordem, entendida como um relacionamento e coerência destes entes com o todo e entre si, mediante condições que possibilitam esse relacionamento (o elemento aglutinante).²²

²¹ GONÇALVES, J. A. Lima. **Isonomia da norma tributária**. Coleção Estudos de Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 14.

Do exposto, vislumbra-se a presença de dois aspectos, uma conjunção de elementos e um conceito aglutinante que daria ensejo às características de ordenação, harmonia e unicidade a tais elementos.

1.1.2 Sistema jurídico

Aprofundando e delimitando a temática, cabe trazer à lume os aspectos fundamentais do sistema jurídico.

Eros Roberto Grau, posicionando-se sobre o sistema jurídico, assevera que

a conexão aglutinadora das normas que compõe o sistema jurídico – daí a sua unidade – encontra-se nos *princípios gerais do direito* (de *cada direito*). Mas é necessário sabermos, não obstante, que os princípios - como veremos adiante – também são normas. As normas compreendem um gênero do qual são espécies, as regras e princípios. Além disso, como não há concretamente, *o direito*, senão *direitos*, devo reiterar: esses princípios gerais *do* direito realizam-se, concretamente, no bojo de cada direito, como princípios gerais do (deste) direito.²³

Desta forma, tem-se que a noção de sistema jurídico não deve estar vinculada tão somente a uma conjunção ordenada, harmônica e unitária de elementos em torno de um conceito aglutinante. Essa noção deve levar em conta cada sistema de *per si*, ou seja, os princípios gerais de um dado sistema devem ter previsão expressa ou decorrerem implicitamente do direito positivo, não podendo existir sistema sem nenhuma previsão legal.

Do expendido, pode-se conceituar o sistema jurídico como sendo uma reunião (conjunção) harmônica e ordenada de princípios e regras (elementos) em torno de um conceito fundamental ou aglutinante (os princípios gerais de uma dada ordem jurídica, delimitada temporal e espacialmente).

Pertinente para a explanação, todavia, é o alerta de que qualquer ordenamento não se apresenta como sistema, pois podem existir ordenamentos caóticos em que os inter-relacionamentos se desenvolvam de forma ilógica, sendo simples justaposições de normas, não os caracterizando. Desta forma, para que um ordenamento possa ser entendido como

²² Cf. BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, Brasília/São Paulo: Editora UNB/Polis, 1990, p. 71.

²³ Eros Roberto Grau. **O Direito posto e o direito pressuposto**. 3 ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 19.

sistema, necessária se torna uma certa coordenação de seus elementos (normas) entre si e subordinação a princípios coerentes e harmônicos.

Fazendo um estudo sobre as dimensões do sistema jurídico, importantes são as lições de Lourival Vilanova:

O Direito-objeto contém, como capa essencial constitutiva sua, as proposições, que são entes lógicos, cujo veículo expressional adequado é a linguagem. Sendo linguagem proposicional, as partes se inter-relacionam na forma superior de sistema, que é, formalmente, um conjunto. Um conjunto cujos elementos são entes lógicos, com seu critério-de-pertinencialidade ao conjunto. Dissemos: o Direito mesmo, como ente, contém o logos como capa ontológica. Então, a forma-de-sistema reside no Direito-objeto, como reside na Ciência-do-Direito, porquanto o logos proposicional (e suas formas argumentais ou inferenciais) está presente nos dois planos.²⁴

Reconhecida a amplitude do conceito sistema jurídico, pode-se conceituar o Sistema Jurídico da Ciência do Direito como sendo um sistema descritivo, formalizado em proposições descritivas, que não se contradizem entre si e que obedecem à lógica apofântica, ou seja, da verdade ou falsidade. Essas proposições descritivas versam sobre o conjunto de normas jurídicas válidas de um dado ordenamento.

No que se refere ao conceito do Direito-objeto, tem-se que, diferentemente do Sistema da Ciência do Direito, o mesmo se apresenta como composto pelas normas jurídicas, proposições prescritivas, que formam o direito positivo. É de se lembrar, todavia, que, neste caso, as proposições são regidas pelos valores da lógica deôntica, ou seja, validade e não-validade, motivo pelo qual poderão apresentar contradições ou antinomias.²⁵

Mas onde poderia ser encontrado em nosso sistema esta conjunção harmônica e ordenada de princípios e regras (elementos) em torno de um conceito fundamental ou aglutinante? Na Constituição é claro, eis que esta é composta por diversas normas (regras e princípios²⁶) unidas sobre valores fundamentais.

Em termos práticos, a Constituição

configura um sistema normativo aberto de regras e princípios. Suas normas não representam simples *topoi*²⁷, mas mandamentos cogentes, que vinculam diretamente

²⁴ VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 174.

²⁵ Cf. IVO, Gabriel. **Constituição Estadual: Competência para a elaboração do Estado-Membro**. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 35-36.

²⁶ A normatividade dos princípios será tratada na subseção 2.2.3.

²⁷ Os *topoi* configuram lugares comuns na argumentação discursiva, que não vinculam o juiz, mas apenas apresentam-lhe alternativas possíveis para a solução de determinado problema. São, em suma, diretrizes retóricas reveladas pela experiência, que objetivam servir de fio condutor para a descoberta de uma resposta razoável para

os atores públicos e privados. Elas, por outro lado, estão conectadas umas às outras, formando um sistema, no qual cada parte só pode ser plenamente compreendida à luz do todo a que se integra. [...] É certo que, nas sociedades heterogêneas e pluralistas, as constituições acabam resultando de compromissos, fato que as leva a abrigar normas potencialmente conflitantes que podem entrecroçar-se. Isto, porém, não desmerece o caráter sistemático da Constituição, pois a sua unidade não significa a inexistência de tensões entre as suas normas, mas sim a possibilidade de resolução destas tensões a partir de critérios inferidos da própria Constituição. [...] Por outro lado, esse sistema constitucional não é cerrado e auto-suficiente, mas, ao contrário, aberto ao mundo da vida, dinâmico, sujeito a evoluções que o permitam acompanhar as mudanças nos projetos e valores vigentes na sociedade. Por isso, quando se afirma que a Constituição configura um sistema, tem-se em mente não a idéia de sistema lógico-formal, própria das ciências exatas, mas sim a de sistema axiológico-teleológico, no qual a unidade repousa sobre valores fundamentais, explícitos ou pressupostos pela Constituição, que cimentam as partes em que esta se decompõe, conferindo-lhe a necessária organicidade.²⁸

Em suma, e adaptando as noções de Canotilho sobre a caracterização do sistema jurídico português como um sistema normativo aberto de regras e princípios para o caso brasileiro, vislumbram-se na decodificação deste termo para a realidade nacional as seguintes conclusões: (1) o sistema brasileiro é um sistema jurídico porque é um sistema dinâmico de normas; (2) é um sistema aberto porque tem uma estrutura dialógica, traduzida na disponibilidade e “capacidade de aprendizagem” das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da “verdade” e da “justiça”;^{29 30} (3) é um sistema normativo, porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas, é feita através de normas; (4) é um sistema de regras e de princípios, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de princípios como sob a forma de regras.³¹

O direito, então, apresenta-se como um sistema empírico e aberto aos fatos, cujo ingresso se processa por meio das normas jurídicas. Os seus enunciados não derivam implicacionalmente de outros enunciados como num sistema fechado. Sem norma e sem a porção do fato que lhe serve de incidência, sem o suporte fático ou âmbito da norma, como se

o caso concreto. A decisão, na tópica, resulta do confronto dialético entre os diversos *topoi* pertinentes ao caso, devendo prevalecer aquele que contribuir para a construção da solução mais justa. (Cf. SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000, p. 129)

²⁸ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000, p. 131.

²⁹ Essa abertura de sistema, em grande parte é devida ao caráter principiológico de suas normas, é um sistema aberto à moral, impregnado de conceitos básicos da filosofia prática. Cf. PARDO, David Wilson de Abreu Pardo. **Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003, p. 112.

³⁰ A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6 ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 351.

³¹ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3 ed. reimp., Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 1085.

verá na subseção 4.2, não sobrevém a norma. Um dos efeitos do fato jurídico, ou do recorte da realidade processado pelo programa da norma,³² é o estatuir a norma. As normas de organização (e de competência) e as normas do “processo legislativo” (normas de estrutura), constitucionalmente postas, incidem em fatos e os fatos se tornam jurígenos. As fontes do direito são os fatos jurídicos criadores de normas, resultados da qualificação dos fatos como jurídicos por outras normas do sistema. Os efeitos da qualificação dos fatos jurídicos são a constituição, modificação e extinção de relações jurídicas.³³

Portanto, a importância do fato jurídico para a realização da causalidade jurídica é fundamental, uma vez que sem o fato jurídico, eficácia nenhuma advém. Disso se pode concluir que os fatos jurídicos são internos a cada sistema, não existindo fato jurídico fora do sistema. É esse mesmo sistema que juridiciza e desjuridiciza os fatos. É ele que qualifica e dá eficácia jurídica aos fatos tidos por ele como juridicamente relevantes, decorrendo dessa implicação, qualificação e efeitos a causalidade jurídica.³⁴

É nesse sistema que as normas jurídicas têm o caráter de valer, de serem exigíveis, em sua observância e aplicação. A norma isolada não apresenta as condições mínimas para existir juridicamente.³⁵ Daí a importância da concepção do direito como um sistema, porquanto é esse sistema que delimita o âmbito normativo do que pode vir a ser jurídico e do que é jurídico. É na busca do âmbito normativo da ADPF que se dirige a presente análise, donde decorre a importância do estudo de elementos basilares da teoria geral do direito.

1.1.3 (Sub-) Sistema constitucional dos direitos fundamentais

Ocorre, entretanto, que dentro desta totalidade, o Sistema Jurídico, existem diversos subsistemas erigidos a partir de conceitos próprios aglutinantes. Interessa, assim, pela pertinência ao tema, a delimitação dos preceitos fundamentais, a noção de (sub-)Sistema Constitucional de Direitos Fundamentais. Adianta-se a opção pela caracterização do mesmo como Sistema pelo fato de apresentar de *per si* as características de conjunto e conceito

³² Vide subseção 4.2.

³³ Cf. VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 55-57.

³⁴ Cf. Idem, *ibidem*, p. 54-55.

³⁵ Cf. Idem, *ibidem*, P. 55.

aglutinante, e que receberá o prefixo entre parênteses (sub-) apenas como critério distintivo, como se verá nas linhas vindouras.

Pois bem, presente que se encontra no Direito Positivo Pátrio a Sistemática Constitucional e a (sub-)Sistemática Constitucional dos Direitos Fundamentais, impende, como encargo do jurista no seu labor científico, a busca do elemento aglutinante deste (sub-) Sistema.

Pode-se delimitar, através de um estudo dos dispositivos constitucionais pertinentes, que este (sub-) Sistema tem base nos princípios e regras constitucionais que regem os Direitos Fundamentais. O seu elemento aglutinante é o traço de fundamentalidade trazido na subseção 2.1.3 e estudado com maior profundidade na vindoura subseção 2.3.1.

Ao se firmar a existência de um sistema de direitos fundamentais, deve-se ter em vista que o mesmo não se apresenta como um sistema lógico-dedutivo (autônomo e auto-suficiente), mas, sim, um sistema aberto e flexível, receptivo a novos conteúdos e desenvolvimentos, integrado ao restante da ordem constitucional, além de sujeito aos influxos do mundo circundante.³⁶

A coerência deste sistema encontra justificativa – para além de sua vinculação com um ou mais valores (princípios fundamentais, *v.g.*, o princípio da dignidade da pessoa humana) fundamentais – em referenciais fornecidos pelo próprio direito constitucional positivo. Nesse sentido, assume papel relevante a norma contida no art. 5º, parágrafo 1º da Constituição Federal, preconizando que todos os direitos e garantias fundamentais foram elevados à condição de normas jurídicas diretamente aplicáveis e, portanto, capazes de gerar efeitos jurídicos. Essa juridicidade reforçada se apresenta como importante elemento distintivo. Outro elemento de importância é a sua condição de cláusulas pétreas, trazida no inciso IV do parágrafo 4º do art. 60 da Constituição. Com base neste dispositivo, mencionados direitos e garantias se apresentam como limites materiais à reforma constitucional.³⁷

Assim, verifica-se que além de se identificarem certos elementos comuns - o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, bem como sua proteção contra a ação erosiva do legislador - podem ser considerados como

³⁶ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5 ed. rev. atual. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 83-84.

³⁷ Cf. Idem, *ibidem*, p. 84-85.

elementos identificadores de um (sub-)sistema de direitos fundamentais a sua abertura e autonomia relativa no âmbito do próprio sistema constitucional que integram.³⁸

Destacando que o sistema de direitos fundamentais se apresenta como um sistema de valores legitimante do Estado, é de se citar Rudolf Smend, para quem os direitos fundamentais seriam

[...] los representantes de um sistema de valores concreto, de um sistema cultural que resume el sentido de la vida estatal contenida na Constitución (105). Desde el punto de vista político, esto significa una voluntad de integración material; desde el punto de vista jurídico, la legitimación del orden positivo estatal y jurídico. Este orden positivo es válido sólo en cuanto que representa este sistema de valores y precisamente por él se convierte en legítimo.^{39 40}

Portanto, a idéia de sistema jurídico é totalmente conexas com a noção dos direitos fundamentais como uma ordem objetiva de valores.⁴¹ Os direitos fundamentais se apresentam como elementos fundadores do Estado social e democrático de Direito e, portanto,

³⁸ Entendendo existente o sistema de direitos fundamentais, tem-se Mário Lúcio Quintão Soares *in* Processo Constitucional, democracia e direitos fundamentais, *in*: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 411.

³⁹ Rudolf Smend. **Constitución y derecho constitucional**. Tradução de José M. Beneyto. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 232.

⁴⁰ Contudo, esposando as lições de Reale, entende-se a impropriedade de se falar em sistema cultural, eis que a cultura está a meio caminho entre o ser e o dever-ser, o que não se dá com os valores.

⁴¹ Radbruch trata o direito como fato cultural, ou seja, um fato relacionado a um valor, aos valores imanentes à cultura. Cf. RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Tradução de Marlene Holzhausen. Martins Fontes: São Paulo, 2004, p. 12. Reale é dissonante de tal postura, porquanto não entende a cultura como valor (pertinente ao mundo do dever ser), mas como elemento integrante, inconcebível sem a correlação ser-dever ser. Ela é enquanto deve ser. Ela está no intermédio entre o ser e o dever ser. Ele preconiza, ademais, que o homem, cujo *ser* é o seu *dever* ser, constitui o mundo da cultura à sua imagem e semelhança, razão pela qual todo bem cultural só *é* enquanto *deve ser*, e a “intencionalidade da consciência” se projeta e se revela como intencionalidade transcendental na história das civilizações. REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 7 ed. rev., São Paulo: Saraiva, 1975, v. 1, p. 171 e 193. Nesse ponto, adota-se a postura de Reale (vide nota de rodapé 42).

como elementos que estão na cúspide do ordenamento jurídico.^{42 43 44} O caráter objetivo assacado, outrossim, vem para atestar a positivação desses valores dentro do ordenamento.⁴⁵

Do exposto, só se pode concluir pela existência de um (sub-)sistema de direitos fundamentais, fixados que estão na fundamentalidade e no forte aspecto valorativo como elemento de coesão, além dos aspectos de auto-aplicabilidade e da condição de cláusulas pétreas trazidos no art. 5º da Constituição Federal. São esses elementos que justificam a existência desse (sub-)sistema, noção que será essencial para a desenvoltura e caracterização da ADPF como instrumento de concretização dos direitos fundamentais e legitimação estatal. Esse é o recorte metodológico pelo qual se optou.

1.2. Por uma delimitação temática – o sentido do ser direito fundamental

1.2.1 A classificação dos direitos fundamentais na visão de José Afonso da Silva

⁴² PARDO, David Wilson de Abreu Pardo. **Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 123.

⁴³ Dentro deste contexto, é de se dar relevo ao posicionamento de Miguel Reale sobre a tridimensionalidade do direito. Para este autor, o valor faria parte da compostura da norma, seria um elemento de complementação e conformação desta. Ele não vislumbra o valor como um objeto ideal, mas como elemento dinâmico da norma. O valor, para ele, como experiência histórico cultural, constituiria a realidade (função ôntica), facilitaria a compreensão da realidade por ele constituída (função gnoseológica) e determinaria condutas (função deontológica). REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 2 ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 1971, p. 59-63. Reale destaca, ademais, que os valores representam o mundo do dever ser, das normas ideais segundo as quais se realiza a existência humana, refletindo-se em atos e obras, em formas de comportamento e em realizações de civilização e cultura, ou seja, em bens que representam o objeto das ciências culturais. REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 7 ed. rev., São Paulo: Saraiva, 1975, v. 1, p. 174. Contudo, por coerência teórica, importa aduzir que Müller só admite o caráter normativo dos valores nas hipóteses em que o programa normativo assim determinar, essa é a ponderação que se fará à teoria de Reale. Para maiores informações sobre essa postura vide a nota de rodapé 68.

⁴⁴ É de se assacar, dentro da concepção valorativa, a persistência desse aspecto em autores tidos por positivistas. Isso pode ser inferido pelo aspecto da norma fundamental de Kelsen, a qual não faz parte de uma ordenação positiva, tendo, contudo, de ser pressuposta com base em valores. Cf. LOSANO, Mario G. Losano. **Introdução à edição italiana de o problema da justiça**. in: KELSEN, Hans. O problema da justiça. Tradução de Batista Machado. 2 ed, São Paulo: Martins Fontes, 1996.

⁴⁵ Grau tem opinião divergente da preconizada por entender que a teoria da ordem de valores é perigosa pelo fato de possibilitar o surgimento de juízos irracionais, desapegados de bases normativas. Cf. GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 2 ed. , São Paulo: Malheiros, 2003, p. 185.

Alinhavada que foi a noção do (sub-)sistema de direitos fundamentais, cabe dirigir o estudo para a determinação do sentido do que seja direito fundamental.

Assim, não pretendendo esgotar o tema das dimensões de direitos fundamentais, o que não é o objeto deste trabalho, faz-se a opção pela classificação preconizada por José Afonso da Silva, por sua adequação ao sistema jurídico nacional, para depois proceder ao estudo das cláusulas de abertura para novos direitos fundamentais. Essa seção do trabalho, frisa-se, apresenta-se essencial para entender a concepção de direito fundamental, permitindo sua ligação com o aspecto concretizante da ADPF.

José Afonso da Silva destaca que a classificação dos direitos fundamentais no Brasil deve ter por base os critérios de conteúdo, que se refere à natureza do bem protegido e ao objeto de tutela, e da fonte. Desta forma, no que respeita ao critério da fonte, o direito brasileiro apresenta três fontes dos direitos e garantias: a) os expressos (art. 5º, I a LXXVIII); b) os decorrentes dos princípios e regime adotados pela Constituição; c) os decorrentes de tratados internacionais adotados pelo Brasil, desde que recepcionados, ou, no aspecto constitucional formal (como emendas constitucionais), os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados de acordo com o processo de formação de Emendas Constitucionais previsto no art. 60 da Constituição, conforme disposições constantes no parágrafo 3º do art. 5º da Constituição Federal inserido pela Emenda Constitucional nº 45 de 31 de dezembro de 2004.⁴⁶

Assim, dentro do critério da fonte, se os direitos fundamentais já expressamente garantidos são justificáveis pela só referência ao texto fundamental que os estatui, os direitos materiais, ainda não formalizados, encontram no próprio parágrafo 2º do art. 5º da Constituição Federal a referência positiva básica a partir da qual podem ser levantados argumentos em favor de sua existência jurídica. No caso dos direitos decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, tem-se que nos mesmos se encontram escritas disposições referentes às normas de direito fundamental, tendo em vista que a norma carreada no parágrafo mencionado formata o *status* de normas constitucionais de direito fundamental, quando, é claro, seja atendida a não contrariedade desses com os princípios adotados pela Constituição.⁴⁷

⁴⁶ Cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24 ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 182-183.

⁴⁷ Cf. PARDO, David Wilson de Abreu Pardo. **Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 86-87.

No que pertine a um estudo acurado da disciplina dos parágrafos 2º e 3º do art. 5º da Constituição Federal, entende-se por bem deixar a sua análise para a subseção subsequente.

Pelo critério do conteúdo, por outro lado, a classificação das diversas dimensões de direitos fundamentais se apresenta da seguinte forma: a) direitos fundamentais do homem-indivíduo: aqueles que reconhecem a autonomia dos particulares, conferindo iniciativa e independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e do Estado. São os chamados direitos individuais do art. 5º da Constituição Federal, também conhecidos como liberdades-civis e/ou liberdades-autonomia (liberdade, igualdade, segurança e propriedade); b) direitos fundamentais do homem-nacional: são aqueles que têm por conteúdo e objeto a definição da nacionalidade e suas faculdades (art. 14 da Constituição Federal), também chamados de direitos democráticos ou direitos de participação política; c) direitos fundamentais do homem-social: são aqueles assegurados ao homem em suas relações sociais e culturais (art. 6º, saúde, educação, seguridade social etc.); d) direitos fundamentais do homem-membro de uma coletividade: os direitos coletivos (art. 5º); e e) os direitos fundamentais ditos de terceira geração:⁴⁸ direitos fundamentais do homem-solidário, ou direitos fundamentais do gênero humano (direito à paz, ao desenvolvimento, à comunicação, ao meio ambiente e ao patrimônio comum da humanidade).⁴⁹

Reforça-se essa opção pela posição de George Sarmento no sentido de que, em geral, os direitos fundamentais estão vinculados aos princípios axiológicos da liberdade, igualdade, solidariedade e democracia, tendo como objetivo maior a concretização da dignidade da pessoa humana. Tudo isto pode ser deduzido dos direitos fundamentais do homem-indivíduo, do homem-nacional, do homem-social, do homem-membro de uma coletividade e do homem-solidário, delineados na concepção de José Afonso da Silva. Portanto, a cada princípio axiológico corresponde uma categoria de direitos fundamentais.⁵⁰

É de se assacar, em complemento da concepção direitos do homem-solidário de José Afonso da Silva, que, ao lado das diversas dimensões de direitos, existem os direitos de solidariedade, os quais não devem ser pensados exclusivamente na relação indivíduo e

48

□ Entende-se mais correto o uso de dimensão.

⁴⁹ Cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24 ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 183-184.

⁵⁰ SARMENTO, George. “Pontes de Miranda e a teoria dos direitos fundamentais”. **Revista do mestrado em direito da Universidade Federal de Alagoas**. ano I, nº 1, janeiro/dezembro de 2005, Maceió: Nossa Livraria, 2005, p. 31.

Estado, porquanto possuem uma dimensão essencial de deverosidade – como são os casos dos direitos-deveres de proteção da natureza, de defesa do sistema ecológico e do patrimônio cultural, e, em alguns aspectos, os direitos dos consumidores.⁵¹

Esses direitos, numa perspectiva histórica, são direitos de uma quarta categoria, não basicamente direitos de defesa (primeira dimensão), nem direitos de participação (segunda dimensão), muito menos, direitos de prestação (terceira dimensão), uma vez que especialmente dirigidos ao Estado. Eles formam um complexo de todos os outros. São circulares com uma dimensão horizontal característica de uma dimensão objetiva, protegendo bens que, embora possam ser individualmente atribuídos e gozados, são, ao mesmo tempo, bens comunitários atinentes a todos aqueles que estão vivos e às futuras gerações em hipóteses em que esteja em causa a sobrevivência da sociedade. Ao fim, assaca-se, dentro das lições de Vieira de Andrade, que os direitos fundamentais têm de ser os direitos básicos, essenciais, principais, que caracterizam a pessoa, mesmo que não estejam previstos no catálogo da Constituição, mas só esses. Eles devem ser considerados essenciais, no tempo histórico, à dignidade dos homens que formam a comunidade.⁵²

Contudo, cabe assinalar que as normas e institutos que visam garantir as posições subjetivas de vantagem, com vistas à proteção das normas e promoção da dignidade da pessoa humana, apresentam-se como garantias institucionais dos direitos fundamentais, abrangidas que estão pelo campo desses direitos. Já as normas e institutos que explicitam os princípios de conformação econômica, social ou política da comunidade estatal, estão fora do âmbito dos direitos fundamentais. É essa purificação que deve ser processada. Ela é essencial para o entendimento do conceito de preceitos fundamentais como gênero que abarca os direitos fundamentais e suas garantias mais os princípios de conformação do Estado, duas categorias totalmente antagônicas, mas reunidas por um fim comum, a essencialidade em relação ao Estado.

Convém aclarar, portanto, que, a despeito do seu caráter de representação da integridade do ordenamento, os princípios conformadores não se apresentam como direitos fundamentais. Assim, os princípios da separação dos poderes, da representação política de base eletiva, do pluralismo de expressão e organização política, da descentralização

⁵¹ Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 3 ed. Livraria Almedina: Coimbra, 2004, p 64.

⁵² Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 3 ed. Livraria Almedina: Coimbra, 2004, p. 98-99.

administrativa, da participação, da independência do poder judicial, da organização econômica e social, dos princípios da constitucionalidade, da legalidade e da imparcialidade da administração, todos eles, condicionam e garantem o exercício dos direitos políticos e das liberdades cívicas, dos direitos pessoais e dos direitos sociais, mas não constituem em si, nem nas suas refrações diretas, matéria dos direitos fundamentais.⁵³

É inadequado, portanto, atrair à matéria de direitos fundamentais todas as normas de organização pelo fato de condicionarem o exercício dos direitos ou de neles se repercutirem, porque isso denotaria a concepção da autonomia do homem individual como o princípio único e absoluto da Constituição, e a autonomia pessoal tem limites. Os mesmos efeitos decorreriam do processo de diluição dos direitos fundamentais na organização estatal, confundindo-os com as condições econômicas, sociais e políticas da sua realização e transformando-os em meros instrumentos da instauração ou da conservação de um determinado regime político-social, porque isso significaria ignorar a autonomia ética de cada homem, a qual é postulada pelo princípio da dignidade da pessoa humana.⁵⁴

Por oportuno, aproveitando os dados apresentados para a identificação das normas de direito fundamental, cumpre abrir um parêntese para traçar uma distinção, ainda que de cunho predominantemente didático, entre as expressões “direitos do homem”, “direitos humanos” e “direitos fundamentais”. A primeira expressão representa os direitos naturais não, ou ainda não positivados. A segunda expressão dá conta dos direitos positivados na esfera do direito internacional, ao passo em que a última expressão, esta que mais interessa ao presente estudo, representa os direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado.⁵⁵ Ver-se-á nas linhas vindouras quão importante se apresentará mencionada distinção quando do estudo da abertura para a caracterização de direitos fundamentais dada pelos parágrafos 2º e 3º do art. 5º da Constituição Federal.

Ao cabo dessa seção, só se pode chegar à conclusão de que os direitos fundamentais devem ser extraídos de um determinado sistema jurídico, estando intimamente direcionados a garantir ou conferir direitos ao cidadão, motivo que justifica a exclusão das normas de organização social de mencionada categoria, o que, para o presente estudo, é fundamental

⁵³ Cf. Idem, *Ibidem*, p. 95-97.

⁵⁴ Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 3 ed. Livraria Almedina: Coimbra, 2004, p. 95.

⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5 ed. rev. atual. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 36.

para se entender o caráter abrangente, não só de direitos fundamentais, da ADPF. Os preceitos fundamentais da ADPF são gênero em que se englobam os direitos fundamentais e as normas de organização social.

1.2.2 As cláusulas de abertura para a assimilação de novos direitos fundamentais

Importa, neste ponto, traçar alguns comentários sobre os dispositivos insertos nos parágrafos 2º e 3º do art. 5º da Constituição Federal. Mencionados dispositivos abrem o leque de direitos e garantias fundamentais, atestando que também se incluem nesta categoria os decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, e dos Tratados e Convenções Internacionais sobre direitos humanos, alçados a Emendas Constitucionais, quando forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros.

A amplitude tratada anteriormente representa o movimento expansionista dos direitos fundamentais que se irradia hodiernamente. Estes dispositivos constitucionais compõem cláusulas de abertura, conferindo natureza constitucional fundamental às situações que se enquadram em seus suportes fáticos. Essa tessitura se dá diante da assunção da dignidade da pessoa humana⁵⁶ e dos direitos fundamentais como axiomas do fenômeno constitucional, legitimando materialmente a Constituição, numa fundamentação substantiva e paramétrica para os atos do poder público.

José Luis Bolzan de Moraes afirma que este é um fator inafastável para o trato da temática relativa aos direitos humanos, e, mais ainda, para a compreensão do papel desempenhado pelos tratados internacionais relativos aos direitos humanos, num processo que podemos chamar de *internacionalização do direito constitucional* que se contempla pela

⁵⁶ Princípio que receberá o estudo acurado no subseção 2.5.

*internalização/constitucionalização do direito internacional público (dos direitos humanos).*⁵⁷

58

Em sentido análogo, tem-se Antônio Augusto Cançado Trindade, tratando da necessária confirmação dos tratados internacionais sobre os direitos humanos, dotando-os no plano interno de sua máxima eficácia:

há que promover a chamada “ratificação universal” dos tratados de direitos humanos – propugnada pelas duas Conferências Mundiais de Direitos Humanos (Teerã, 1968, e Viena, 1993) – contribuindo, assim, a que se assegure que a universalidade⁵⁹ dos direitos humanos venha a prevalecer nos planos não só conceitual, mas também operacional (a não-seletividade).⁶⁰

Assim, pode-se antecipar uma transmutação dos conceitos de direitos humanos para o conceito de direitos fundamentais, desde que atendidos os pressupostos constitucionais, desde que ocorra a sua declaração.

Entretanto, dentro das concepções do Professor George Sarmento, entende-se pertinente a inserção no espectro das Cláusulas de abertura da concepção de direitos fundamentais supra-estatais.⁶¹ Os mesmos são provenientes da ordem jurídica internacional.

⁵⁷ MORAIS, José Luis Bolzan de Moraes. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 89. Referido autor menciona que na doutrina nacional Antônio Augusto Cançado Trindade, Celso Antônio Bandeira de Mello e Flávia Piovesan defendem teses análogas.

⁵⁸ Pontes de Miranda (Cf. MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. Tomo I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 224-225) já destacava que as normas que tornam os Direitos das Gentes executáveis no plano interno são declaratórias. Em suas palavras: “A regra jurídica de uma coletividade que de outra recebe competência originariamente distribuída não é só *executória*. A evolução da técnica constitucional está, precisamente, em tal explicitude de declaração. A ordem jurídica, que dita a lei, pode deixar a outra, interior ou subordinada a ela a fixação do tempo no qual se há de executar. À ordem jurídica, que a recebe, não é dado determinar, de si só, o tempo em que haja de executar, nem optar entre a fórmula geral executória ou a medida executória de caso em caso. Só à influência da terminologia da divisão dos poderes se há de atribuir a noção de executoriedade. Donde a confusão. Quando o Estado, manda que se respeitem as regras de direito das gentes comum, quer *declarar* a sua *subordinação*, de modo geral, *em regra sua*, que nada adiciona a regra das gentes.”

⁵⁹ Tratando sobre o aspecto da universalidade dos direitos humanos, Paulo Bonavides carrega posicionamento consentâneo com a mais evoluída doutrina constitucional: “A nova universalidade procura, enfim, subjetivar de forma concreta e positiva os direitos de tríplice geração na titularidade de um indivíduo que antes de ser homem deste ou daquele país, de uma sociedade desenvolvida ou subdesenvolvida, é pela sua condição de pessoa um ente qualificado por sua pertinência ao gênero humano, objeto daquela universalidade.” (BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 14 ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 574). Nesse mesmo sentido se posiciona Ferrajoli In FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 40-44.

⁶⁰ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Dilemas e desafios da proteção internacional dos direitos humanos, *in*: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de; *et alli* (orgs.). **Educando para os direitos humanos** – pautas pedagógicas para a cidadania na universidade. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 30-31.

⁶¹ Pontes de Miranda destaca que os direitos fundamentais ou são supra-estatais ou não-supra-estatais, sendo esses os que se acham diretamente ligados com os ideais que presidiram a feitura da Constituição e concebidos nela como direitos básicos (Cf. MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Democracia, liberdade e igualdade**: os três caminhos. Atualizador Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2002, p. 85). Em seu

Estão contidos na Declaração Universal de Direitos do Homem (1948), nos pactos que a regulamentaram em 1966 e em outras normas de direitos das gentes. Eles têm incidência independente do reconhecimento constitucional, eis que pertencem a uma ordem jurídica exterior e acima do Estado. O Estado, quando os coteja, atua, então, como clarificador de conteúdo ou definidor de exceções pela mediação processada pelo legislador constituinte ou ordinário. São paradigmas para as normas de direito interno, inclusive as normas postas na Constituição, e consubstanciam prova da coalizão de postulados antagônicos em prol da fixação de valores universais. Esses direitos fundamentais supra-estatais são incorporados ao sistema jurídico na condição de normas constitucionais, leis ordinárias ou de emendas constitucionais.⁶²

Müller se posiciona de igual forma, assentando que a declaração não-normativa dos Direitos Humanos de 1948 produz um efeito análogo ao dos padrões político-morais no interior da família constitucional. Esses padrões, destaque-se, não são normas jurídicas nem textos de normas, mas fornecem ao trabalho jurídico apenas âmbitos materiais e devem, para que possam produzir efeitos internos nos países, ter sido absorvidos como textos de normas no ordenamentos jurídico nacional respectivamente tematizado.⁶³

Assim, concluindo sobre esta subseção, só se pode asseverar que o caráter fundamental de um direito prescinde de sua positivação na Constituição Federal ou de seu enquadramento nas cláusulas de abertura da Constituição, as quais amplificam, em muito, o âmbito de defesa da ADPF. Pode-se até dizer que poderão ser objeto de defesa os direitos supra-estatais recebidos pela ordem interna, donde o caráter transcendental aduzido na seção 5 seria, não nacional, mas internacional.

Comentários à Constituição de 1967 (MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. Tomo IV, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 629-632), Pontes conceitua os direitos supra-estatais: “Os *direitos supra-estatais* são, de ordinário, direitos fundamentais absolutos. Não existem *conforme os cria ou regula a lei*; existem a despeito das leis que os pretendam modificar ou conceituar. Não resultam das leis: precedem-nas; não têm o conteúdo que elas lhes dão, recebem-no do direito das gentes. O Estado pode, em todo o caso, considerar absoluto direito que não é supra-estatal, pôsto que não possa tornar mera garantia, ou excluir, direito supra-estatal. [...] Os direitos fundamentais supra-estatais são direitos *declarados*, direitos que preexistem à ordem jurídica do Estado, são direitos de outra ordem jurídica e as regras jurídicas, que os consagram, são regras jurídicas declaratórias.

⁶² Cf. SARMENTO, George. “Pontes de Miranda e a teoria dos direitos fundamentais”. **Revista do mestrado em direito da Universidade Federal de Alagoas**. ano I, nº 1, janeiro/dezembro de 2005, Maceió: Nossa Livraria, 2005, p. 46-47.

⁶³ MÜLLER, Friedrich. **Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo**. Tradução de Peter Naumann. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2004, p. 118-119.

2 POR UMA ANÁLISE DEDUTIVA DO CONCEITO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: EM BUSCA DA CONFORMAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 O caminhar na delimitação do conceito de preceito fundamental

2.1.1 A similitude entre as noções de valores constitucionais e preceitos fundamentais

Perpassada a noção sobre o (sub-)sistema de direitos fundamentais e adiantados alguns posicionamentos sobre os direitos fundamentais no ordenamento nacional, ganhando monta, neste aspecto, a distinção entre estes e as normas de organização, compete delinear o que se pode nominar como preceito fundamental. Alerta-se, nesse passo, que o enfoque será dirigido pela análise dos direitos fundamentais e do princípio da dignidade da pessoa humana (espécies do gênero preceito fundamental). Esse é o recorte metodológico adotado no presente estudo.

Volvendo à sinonímia entre as noções de valores constitucionais e preceitos fundamentais, convém esclarecer, a título de intróito, que a lesão a qualquer norma

constitucional não será objeto da ADPF. A norma constitucional objeto da argüição de descumprimento é a que compreende prescrição constitucional fundamental.⁶⁴

Traçado este parâmetro, e antes de adentrar na determinação do conteúdo da ADPF, salienta-se o necessário estudo dos “valores constitucionais”⁶⁵ como premissa aclaratória.

Os valores constitucionais são o resultado da proclamação jurídica de normas constitucionais com superioridade hierárquica em relação às demais, apresentando-se como valores supremos e perenes, vertidos através de regras e princípios.^{66 67 68 69}

Analisada a conformação dos valores constitucionais, cabe frisar que a sua perenidade, contudo, não tem o condão de tolher a sua dinamicidade interna, obra a ser realizada pelos intérpretes das normas que os consubstanciam. Dentro da jurisdição constitucional, desta forma, é que se vê a importância da atividade do Tribunal Constitucional, cuja missão, como intérprete superior, é a de fixar e desenvolver os valores constitucionais.⁷⁰

⁶⁴ Cf. PINHO, Judicael Sudário de. **Temas de direito constitucional e o Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Atlas, 2005, p. 140.

⁶⁵ Termo utilizado por André Ramos Tavares *In* Argüição de descumprimento de preceito constitucional fundamental: aspectos essenciais do instituto na constituição e na lei, *in*: o mesmo; ROTHENBURG, Walter Claudius (coords). **Argüição de descumprimento de preceito fundamental**: análises à luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001, p. 49.

⁶⁶ Cf. *Idem*, *ibidem*, p. 49-50.

⁶⁷ Exemplo de um sistema de valores mundial é o da Declaração Universal de Direitos do Homem, manifestação cabal de que um sistema de valores pode ser humanamente fundado e reconhecido, que pode, enfim, ser objeto de um consenso geral, um *consensus omnium genium* ou *humani generis*. *In* SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**: retórica e historicidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 247.

⁶⁸ A teoria de valores, segundo Andréas Joachin Krell, estabelece que os direitos fundamentais atuam sobre as relações jurídicas diante dos poderes públicos e dos cidadãos entre si. Assim, os valores assentados nos Direitos Fundamentais são capazes de impregnar toda a ordem jurídica, como o exercício da discricionariedade administrativa e o preenchimento das cláusulas gerais do direito civil (“boa-fé, “bons costumes” etc.). Dentro desta concepção, o Estado tem uma obrigação de *não fazer* intervenções em áreas protegidas pelos Direitos Fundamentais, mas também uma obrigação *positiva* de fazer tudo para a sua realização, mesmo se não existir um direito público subjetivo do cidadão. *In* KRELL, Andréas Joachin. *in* **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002, p. 78.

⁶⁹ Convém esclarecer, com o fito de dar uniformidade doutrinária à exposição, dado que utilizaremos a metódica estruturante de Müller, que os direitos fundamentais não serão considerados aqui como valores, não no sentido estrito do termo, mas como normas jurídicas. Atrás deles estão representações de valores da dignidade, liberdade e igualdade de todos os seres dotados de semblante humano. Cabe delinear que, tão logo a constituição os positiva, eles são direito vigente. A partir de então a interpretação deve levar em conta que os mesmos são normas. Afirma-se, quem pretende estampar os direitos humanos somente como “valores” procede justamente, por essa razão, à sua desvalorização. Cf. MÜLLER, Friedrich. “Interpretação e concepções atuais dos direitos do homem”, Tradução de Peter Naumann, **Anais da XV Conferência Nacional da OAB**. Foz do Iguaçu, 1995, p. 542.

⁷⁰ Cf. TAVARES, André Ramos. Argüição de descumprimento de preceito constitucional fundamental: aspectos essenciais do instituto na constituição e na lei, *in*: o mesmo; ROTHENBURG, Walter Claudius (coords). **Argüição de descumprimento de preceito fundamental**: análises à luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001, p. 49.

Assim, tem-se, para o estudo em tela, que ao Tribunal Constitucional compete à fixação dos valores constitucionais, ou melhor, dos preceitos fundamentais de uma dada ordem jurídica. Essa missão, em nosso país, cabe ao STF,⁷¹ o que se confirma, além do fato deste Tribunal ser o guardião da Constituição, pela possibilidade de o mesmo determinar o alcance do conceito de preceito fundamental, como se pode vislumbrar da indeterminação da disposição constante no parágrafo 1º do art. 102 da Constituição Federal, somada ao art. 1º da Lei nº 9.882/99.

2.1.2 O caráter normativo dos preceitos fundamentais

Nesse passo, vislumbrada que foi a noção de valores fundamentais, cabe aduzir algumas considerações sobre a fundamentalidade, seu elemento unificador, e a normatividade dos preceitos fundamentais, ou seja, a possibilidade de se fazerem valer coativamente.

Dentro deste espectro, e de maneira preambular, relevantes são as lições de André Ramos Tavares:

adota-se, comumente, uma categoria geral, um gênero, que são as normas; e suas espécies, as regras e os princípios. Estas duas últimas, pois, são elementos que compõem o conjunto maior denominado normas. [...] Nos quadrantes do Direito a noção de preceito ancora-se na idéia de “ordem”, “mandamento”, “comando”, identificando-se, uma vez mais, com o conteúdo que se encontra tanto em regras como princípios. Assim, torna-se sinônimo de “norma”, no sentido empregado acima, designativo das regras e dos princípios jurídicos.⁷²

Ademais, buscando destacar a fundamentalidade como elemento de atração para a categoria dos preceitos fundamentais, André Ramos Tavares relata o abarcamento dos princípios fundamentais pela noção de preceitos fundamentais, sendo certo, contudo, que a noção de fundamentalidade vai mais longe para alcançar outras normas não principiológicas (as regras, quando fundamentais), e mesmo excluir alguns princípios, por não serem

⁷¹ Entendimento que será mais bem detalhado na seção 3.2.5.

⁷² TAVARES, André Ramos. Arguição de descumprimento de preceito constitucional fundamental: aspectos essenciais do instituto na constituição e na lei, *In*: o mesmo; ROTHENBURG, Walter Claudius (coords). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: análises à luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001, p. 50-51.

fundamentais (mas apenas dotados de certo grau de abstração). Em uma palavra, os termos *preceitos* e *princípios* são inconfundíveis.⁷³

Afirma-se, outro não podia ser o entendimento, que os preceitos como valores superiores que são do ordenamento, dirigindo o seu desenvolvimento, só poderiam assim se estabelecer se fossem dotados da impositividade⁷⁴ característica das normas jurídicas.

Reforçando o exposto, ganha importe a relação que José Afonso da Silva estabelece entre preceito fundamental e princípio fundamental:

‘Preceitos fundamentais’ não é expressão sinônima de ‘princípios fundamentais’. É mais ampla, abrange a estes e todas prescrições que dão sentido básico do regime constitucional, como são, por exemplo, as que apontam para a autonomia dos Estados, do Distrito Federal e especialmente as designativas de direitos e garantias fundamentais (tít. II).^{75 76}

O que se levantou até agora é justificado pelo postulado hermenêutico da máxima efetividade⁷⁷ das normas constitucionais, pelo qual: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê.⁷⁸ Assim, maior eficácia deve ser dada à concepção de preceito fundamental.

Adiantadas algumas noções básicas sobre a composição do termo “preceito fundamental”, importa, antes de adentrar numa diferenciação mais aprofundada entre preceitos fundamentais e normas (regras e princípios), tecer alguns comentários sobre o que seja preceito.

De Plácido e Silva verifica que preceito é

Derivado do latim *praeceptum*, exprime a ordem, a regra ou o mandado que se deve observar e guardar. Na linguagem forense é a expressão usada para designar a *norma*

⁷³ Idem, *ibidem*, p. 51.

⁷⁴ Incondicionalidade da incidência. Cf. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 12 ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 72 e 73.

⁷⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24 ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 530-531.

⁷⁶ Em sentido análogo, 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. 120, assenta: “Da mesma forma que os princípios fundamentais não podem ser excluídos do catálogo de preceitos fundamentais, o mesmo ocorre com os direitos e garantias fundamentais. Estes receberam, tanto do constituinte como da própria evolução da sociedade, a característica de serem essenciais. O cumprimento desses direitos revela a “vontade” da Constituição.”

⁷⁷ Entende-se que o termo mais acertado seria eficácia, porquanto a efetividade da norma jurídica se diferencia dessa, eis que se refere à adequação do comportamento da comunidade ao modelo de conduta traçado pela norma jurídica, ou seja, a norma jurídica é aceita e aplicada por seus destinatários, sendo a eficácia mais ligada aos efeitos jurídicos de uma determinada norma.

⁷⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3 ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 1149.

de conduta imposta judicialmente, a uma pessoa, para que faça ou deixe de fazer certa coisa, sob cominação de pena pecuniária, *se não cumpre a ordem*. No Direito Constitucional preceitos ou regras são as normas constitucionais de maior densidade e especificidade do que os princípios, estes mais genéricos.⁷⁹

Continuando nessa distinção, constata-se que se a Constituição denomina determinada categoria de “preceitos fundamentais”, não se pode pretender que sejam todos os preceitos (constitucionais) fundamentais. Apenas parcela deles deverá diferenciar-se dos demais preceitos constitucionais, parcela esta aglutinada⁸⁰ por uma qualidade comum que os une, a saber, a fundamentalidade.^{81 82}

Em complemento, cabe destacar com Canotilho que

A articulação de princípios e regras, de diferentes tipos e características, iluminará a compreensão da constituição como um sistema interno assente em princípios estruturantes fundamentais que, por sua vez, assentam em *subprincípios e regras constitucionais* concretizadores desses mesmos princípios. Quer dizer: a constituição é formada por regras e princípios de diferente grau de concretização (= diferente densidade semântica).⁸³

⁷⁹ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Atualizado por Geraldo Magela Alves e Nagib Slaib Filho. 15 ed., versão. 1.0, São Paulo: Forense, 1999, CD-ROM, verbete preceito.

⁸⁰ Lourival Vilanova (VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 289) prefere a terminologia critério-de-pertinência. O critério-de-pertinência seria o elemento implícito ou explícito necessário para reunir determinados objetos em um determinado conjunto. É o que há de comum entre os diversos elementos de um conjunto.

⁸¹ Cf. TAVARES, André Ramos. Arguição de descumprimento de preceito constitucional fundamental: aspectos essenciais do instituto na Constituição e na Lei, *in*: o mesmo; ROTHENBURG, Walter Claudius (coords). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 52.

⁸² No sentido de reforçar a importância e a singularidade do preceito a ser protegido, Celso Bastos e Aléxis Galilás de Souza Vargas verberam: [...] não se trata de fiscalizar a lesão a qualquer dispositivo da que é, sem dúvida, a maior Constituição do mundo, mas tão-somente aos grandes princípios e regras basilares deste diploma. (BASTOS, Celso Ribeiro; SOUZA, Alexis Galilás. A arguição de descumprimento de preceito fundamental e a advocatária. **Revista jurídica virtual da Casa Civil**, Brasília, v. 1, n. 8, jan. 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_08/arg_descump_Celso.htm. Acesso em: 10 ago. 2006). Se posiciona da mesma forma Ingo Wolfgang Sarlet (SARLET, Ingo Wolfgang. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: alguns aspectos controversos, *in*: TAVARES, André; ROTHENBURG, Walter Claudius (coords). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 152): ‘Sem que aqui se vá apontar e avaliar os entendimentos já existentes, parece-nos que devam prevalecer as posições que tenham como elemento comum o fato de levarem a sério o termo *fundamental*, salvaguardando, neste ponto, o espírito e a essência da Constituição, de tal sorte que preceitos fundamentais possam ser considerados todas as normas constitucionais (ainda que não expressamente positivadas) enunciando princípios e direitos fundamentais, evidentemente não restritos aos Títulos I e II de nossa Carta Magna.’ Soma-se, ainda, às assertivas retro, as lições de Roberto Mendes Mandelli Junior (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. 115), salientando: Portanto, preceito fundamental da Constituição não seria qualquer dispositivo constitucional, mas somente aqueles preceitos, regras ou princípios, explícitos ou implícitos, que caracterizam a essência da Constituição, isto é, opções políticas fundamentais adotadas pelo constituinte.

⁸³ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3 ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 1099.

Portanto, do que foi expendido até o momento, é de se fixar que para o enquadramento na categoria dos preceitos fundamentais, necessário se torna a presença do caráter fundamentalidade nas regras e princípios, ou seja, eles devem possuir o caráter de elementos básicos e superiores para a conformação do regime constitucional brasileiro.

2.1.3 Por um estudo e compreensão do termo fundamentalidade

Assentada que está a fundamentalidade como elemento aglutinante dos preceitos fundamentais, importa tracejar os seus contornos e peculiaridades.

Solvendo o questionamento anterior, tem-se que o preceito é considerado como fundamental quando o mesmo se apresentar imprescindível, basilar ou inafastável. Essa espécie de preceito abarca tanto os princípios constitucionais como algumas regras dotadas de fundamentalidade. É caracterizado como elemento de identificação de uma Constituição, conformando a sua essência. Os preceitos fundamentais albergam, em seu conjunto, a alma de uma Constituição,^{84 85 86} e, embora se permita a mudança ou até a supressão de alguns desses preceitos, pela via reformadora (já que nem todos se encontram acobertados pela garantia explícita da intangibilidade), pode-se seguramente afirmar que uma alteração mais extensa provocaria a mudança da própria Constituição até então vigente.⁸⁷

⁸⁴ Linares Quintana, in QUINTANA, Linares. **Tratado de interpretación constitucional**: principios, métodos y enfoques para la aplicación de las constituciones. Buenos Aires: Abeledo: Perrot, 1998, p. 289, *apud* André Ramos Tavares, Argüição de descumprimento de preceito constitucional fundamental: aspectos do instituto na Constituição e na lei, *in*: o mesmo; ROTHENBURG, Walter Claudius (coords.). **Argüição de descumprimento de preceito fundamental**: análises à luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001, p. 53.

⁸⁵ Os preceitos fundamentais são as regras de proceder, as normas, os ensinamentos, as ordens, as determinações e as prescrições básicas, essenciais e necessárias à – crescente-se – ordem jurídica do país, à Constituição e, por conseguinte, à sociedade considerada em seu todo. (PAGANELLA, Marco Aurélio. **A argüição de descumprimento de preceito fundamental no contexto do controle de constitucionalidade**. São Paulo: LTr, 2004, p. 63).

⁸⁶ São no dizer de Pontes de Miranda, limites aos poderes do Estado supra-estatais ou não. (MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. Tomo IV, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 625 e 629).

⁸⁷ Cf. TAVARES, André Ramos. Argüição de descumprimento de preceito constitucional fundamental: aspectos essenciais do instituto na constituição e na lei, *in*: o mesmo; ROTHENBURG, Walter Claudius (coords.). **Argüição de descumprimento de preceito fundamental**: análises à luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001, p. 52-54.

Esmiuçando ainda mais a concepção de fundamentalidade, desta feita, dentro da seara dos direitos fundamentais, é de se citar o estudo de Robert Alexy sobre o conteúdo destes. Eles, em seu estudo, devem representar os interesses e carências que, em geral, podem e devem ser protegidos e fomentados pelo direito. Um interesse ou uma carência é, nesse sentido, fundamental, quando a sua violação ou não satisfação significa ou a morte ou sofrimento grave ou toca no núcleo essencial da autonomia. Daqui são compreendidos não só os direitos de defesa liberais clássicos, senão, por exemplo, também direitos sociais que visam o asseguramento de um mínimo existencial.⁸⁸

Contudo, ganha relevo um estudo dos diferentes escopos da fundamentalidade, os seus âmbitos formal e material.

A fundamentalidade formal, assim, está ligada ao direito constitucional positivo e resulta dos seguintes aspectos: a) os direitos têm natureza supralegal, dado que estão no ápice de nosso ordenamento jurídico; b) na qualidade de normas constitucionais, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) da reforma constitucional (art. 60 da CF); c) por fim, cuidam de normas diretamente aplicáveis e que vinculam de forma imediata as entidades públicas e privadas (art. 5º, § 1º, da CF).⁸⁹

Já a fundamentalidade material decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais elementos constitutivos da Constituição material, contendo decisões sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade. Essa noção permite a abertura da Constituição (art. 5º, § 2º, da CF) a outros direitos fundamentais não constantes de seu texto. Nesse aspecto, são abarcados os direitos materialmente fundamentais, situados fora do catálogo, mas integrantes da Constituição formal.⁹⁰

Perquiriu-se até o momento sobre os escopos da fundamentalidade, mas até agora não se adentrou em seu cerne. Nabais é elucidativo em tal questão ao preconizar que se impõe repor a liberdade como o ‘bem jurídico’ (ou denominador) – em seu plano concreto - comum de todos os direitos fundamentais e, por conseguinte, como parâmetro da sua fundamentalidade. Uma liberdade, frisa, responsável, pois só no seio duma comunidade

⁸⁸ ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático**. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tradução de Luís Afonso Heck. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 217, jul./set., 1999, p. 61.

⁸⁹ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5 ed. rev. atual. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 86.

⁹⁰ Cf. Idem, *ibidem*, p. 87.

pensada e organizada em termos de Estado moderno os direitos fundamentais são suscetíveis de ser usufruídos plenamente.⁹¹

Volvendo-nos para a apuração da fundamentalidade em regras e princípios, espécies do gênero preceito fundamental, é de se destacar a lição de André Ramos Tavares:

pode-se afirmar que nem todo princípio constitucional é um preceito fundamental e nem todo preceito fundamental será uma norma (regra) principiológica, apenas adquirindo essa qualidade na medida em que seja pertencente à categoria dos princípios. Assim, todo princípio é, naturalmente um preceito, mas não um preceito qualquer, antes apresentando natureza principiológica (já que entre os preceitos existem regras). E será preceito fundamental apenas em casos nos quais se agregar à sua condição principiológica a natureza da fundamentalidade. [...] Uma ‘simples’ regra pode revestir-se da qualidade de preceito fundamental na medida em que se apresente como crucial, vital dentro do sistema jurídico pátrio, embora sem chegar a alcançar o patamar de um princípio, dada sua baixa abstratividade (por se tratar de uma regra). Nem por isso se deixam de compreender algumas regras como cardeais dentro do sistema. Assim, qualitativamente falando, algumas normas podem ocupar o mesmo nível que os princípios para fins de proteção pela medida constitucional especial da arguição de descumprimento de preceito fundamental.⁹²

Jorge Miranda, tratando dos princípios fundamentais, leciona que a importância destes não deve ser medida por critérios conjunturais, e tampouco esgotar-se na menção explícita feita pelo texto constitucional, de modo que, ao lado dos princípios constitucionais e dos políticos constitucionais, os princípios axiológicos fundamentais correspondem aos limites transcendentais do poder constituinte, seriam o liame entre o direito natural e o direito positivo.⁹³

Neste ponto do trabalho, depois de transmitidas informações perfunctórias sobre as regras e princípios fundamentais, remete-se o leitor para a subseção 2.3.1, para se ter uma exata noção da conformação de ambos como parâmetro de sindicabilidade da ADPF.

Do cotejo dos posicionamentos da subseção 2.3.1 com os aspectos dos preceitos fundamentais, tem-se que estes tanto podem estar positivados como não positivados. Servem como elementos importantes para a sua determinação o uso das concepções de fundamentalidade formal e material e dos instrumentais ofertados pela “relação de precisão” e pela “fundamentação iusfundamental correta”, critérios de adequação, devendo ser levada em

⁹¹ Cf. NABAIS, José Casalta. Algumas reflexões críticas sobre direitos fundamentais, *in*: VARELA, Antunes; AMARAL, Diogo de Freitas do; MIRANDA, Jorge; CANOTILHO, J.J. Gomes (orgs.). **Ab vno ad omnes: 75 anos da coimbra editora – 1920-1995**. Coimbra: Coimbra, 1998, p. 995-997.

⁹²

⁹³ TAVARES, André Ramos. **Tratado da Arguição de Preceito Fundamental**: Lei 9.868/99 e Lei 9.882/99. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 124-125.

⁹³ Cf. MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo II, 4 ed., Coimbra: Coimbra, 1998, p. 317.

conta a realidade social em que se encontra a norma e os âmbitos materiais – prevalência da constituição material - traçados pelo programa normativo iusfundamental.

2.1.4 Dos preceitos fundamentais em espécie

Depois de delineada a fundamentalidade como elemento essencial da concepção dos direitos fundamentais, voltar-se-à a explanação para a conceituação e especificação destes.

No que importam os parâmetros anteriores, traz-se a vista os ensinamentos de Canotilho, para quem os preceitos⁹⁴ seriam normas Constitucionais que teriam uma primazia na ordem de valores constitucionais. Em suas palavras: “Embora saiba-se que do ponto de vista jurídico-formal, inexistente hierarquia entre as normas da Constituição, é certo que algumas são mais relevantes do que outras, desfrutando de primazia, na ordem de valores em que se esteia o direito positivo.”⁹⁵

Cabe analisar, em complemento da exposição, o significado da expressão “preceitos decorrentes da Constituição”, constante no final do § 1º do art. 102, da Constituição Federal. Ora, por sua abertura e como será delineado na subseção 2.3.1, esta expressão tem o mote de abarcar tanto os preceitos explícitos como os implícitos. Se se trata de preceitos considerados constitucionais e fundamentais, significa que eles foram consagrados na Constituição, decorrendo daí que eles devem constar expressa ou implicitamente nesta, isto é, não podem derivar de normas infraconstitucionais.

O Ministro Oscar Dias Corrêa, que integrou a comissão que elaborou o anteprojeto que resultou na Lei nº 9.882/99, citado pelo Ministro Néri da Silveira no julgamento da ADPF/1/RJ já havia destacado:

cabe exclusiva e soberanamente ao STF conceituar o que é descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição, porque promulgado o texto

⁹⁴ Apesar de se referir a preceitos, entende-se que Canotilho faz referência a preceitos fundamentais, dada a superioridade que o mesmo atribui a esses.

⁹⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 196.

constitucional é ele o único, soberano e definitivo intérprete, fixando quais são os preceitos fundamentais, obediente a um único parâmetro – a ordem jurídica nacional, no sentido mais amplo. Está na sua discricção indicá-los.⁹⁶

Vê-se, do exposto, a importância do STF na delimitação dos preceitos fundamentais, padrões de legitimação do Estado Democrático de Direito. Frise-se, importância, porquanto a comunidade jurídica não pode calar no desenvolvimento desta ação constitucional. Feitas as devidas ponderações, é de se alinhar que a função deste Tribunal, ao complementar o conteúdo legal, ganha matiz de direção da sociedade, de governo. Esta sociedade, cabe referir, espera ao menos respostas corretas sobre os direitos de seus cidadãos, para que seus direitos sejam levados à sério. Incumbe justamente ao Supremo declarar, não constituir, quais os direitos se incorporarão na noção de “preceito fundamental”, de modo a se encontrar um meio termo entre o bem-estar geral e os direitos individuais. Nesse processo, não se pode infringir um direito fundamental e nem inflá-lo demais, dando mais importância do que ele merece, sob pena de se incorrer na negação do mesmo. Deve-se, isto sim, afirmar a promessa da maioria às minorias que a sua dignidade, garantidora do mínimo existencial, e a sua igualdade política – aquela que preconiza que os membros mais frágeis da comunidade política têm direito à mesma consideração e ao mesmo respeito que o governo concede aos seus membros mais poderosos, de modo que, se algumas pessoas têm liberdade de decisão, qualquer que seja o efeito sobre o bem-estar geral, todas as pessoas devem ter a mesma liberdade – serão respeitadas. Só assim procedendo, é que se poderá conferir à lei a possibilidade de ser respeitada. Pois, se não se levar os direitos a sério, é evidente que não se levará a lei a sério.

⁹⁷ ⁹⁸ Cabe a ele – o STF – plasmar tal conceito, baseando-se na consideração do dado axiológico (dos valores da constitucionais) subjacente ao ordenamento constitucional.⁹⁹

⁹⁶ ADI 1/ RJ-QO (Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 03.02.2000). Supremo Tribunal Federal, **Net**, Brasília. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>. Acesso em: 10 ago. 2006.

⁹⁷ Posições adaptadas da obra **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 286-314, de Ronald Dworkin.

⁹⁸ Konrad Hesse (HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Tradução de Pedro Cruz Villalon. 2 ed., Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 69) tratando da força normativa da Constituição, traz posições interessantes sobre a importância da interpretação constitucional: “[...] resulta de fundamental importancia para la preservación de la fuerza normativa de la Constitución la *interpretación constitucional*. Esta se encuentra sometida al mandato de la realización óptima de la norma. [...] La interpretación correcta será aquella que, bajo las condiciones concretas de la situación dada, realice de forma el *sentido* de la regulación normativa.”

⁹⁹ Todas as temáticas tratadas neste parágrafo merecerão um estudo mais acurado nas subseções vindouras da presente dissertação.

Em que pese a relevância do STF na interpretação do que seja “preceito fundamental”, vislumbra-se que a doutrina não pode calar, devendo perscrutar os lindes deste conceito num sentido de auxiliar a Corte Constitucional brasileira na delimitação do conteúdo da ADPF.¹⁰⁰

Adianta-se, dentro deste espaço de preenchimento conferido ao STF, que se pode enxergar um dos sinais mais fortes para a configuração de uma corte constitucional brasileira.

Continuando na explanação, dentro da referência que o Ministro Néri da Silveira fez ao Ministro Oscar Dias Corrêa, vislumbra-se que no STF já ocorreu sinalização no que importa a delimitação dos preceitos fundamentais a dar espaço à ADPF:

parece-nos, porém, que, desde logo, podem ser indicados, porque, pelo próprio texto, não objeto de emenda, deliberação e, menos ainda, abolição: a forma federativa do Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos poderes, os direitos e garantias individuais. Desta forma, tudo o que diga respeito a essas questões vitais para o regime pode ser tido como preceitos fundamentais. Além disso, admita-se: os princípios do Estado democrático, vale dizer, soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho, livre iniciativa, pluralismo político; os direitos fundamentais individuais e coletivos; os direitos sociais; os direitos políticos, a prevalência das normas relativas à organização político administrativa [...] ¹⁰¹

Num sentido semelhante, tem-se Gilmar Ferreira Mendes, o qual traz elenco de preceitos fundamentais expressamente positivados:

assim, ninguém poderá negar a qualidade de preceitos fundamentais da ordem constitucional aos direitos e garantias individuais (art. 5º, dentre outros). Da mesma forma, não se poderá deixar de atribuir essa qualificação aos demais princípios protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, § 4º, da CF: o princípio federativo, a

¹⁰⁰ Streck tem posicionamento incisivo nesse sentido: a tarefa de identificar e atribuir sentido aos “preceitos fundamentais” de que fala a ADPF, antes de ser do Supremo Tribunal Federal, *é da comunidade científica, a quem cabe construir as condições de possibilidade para uma adequada interpretação do dispositivo constitucional. Não podemos olvidar que, exatamente pela falta de uma teoria constitucional e de uma teoria geral do Estado adequadas, a Constituição brasileira anda não aconteceu.* A Constituição não é o que o Supremo Tribunal diz que é, como acredita certa teoria jurídica. É verdade que o Supremo Tribunal diz a última palavra sobre o sentido da Constituição. Entretanto, o STF somente o faz em face de uma intersubjetividade lingüística que se instaura na sociedade. O Supremo Tribunal, ao atribuir sentido a um texto, não o faz a partir da subjetividade de cada um dos julgadores, ou seja, a partir do cogito de cada um dos ministros. Há uma situação hermenêutica em que cada um está inserido. Cada um falará a partir de seu modo de ser no mundo, de sua faticidade, de sua historicidade. Há todo um conjunto de pré-juízos que conformam a pré-compreensão do intérprete. É do interior dessa tradição que o jurista falará, devendo suspender seus zelosos pré-juízos, para realizar uma fusão de horizontes. Por isso, a Constituição não é (e hermenêuticamente não pode ser) o que o Supremo Tribunal disser que ela é. A Constituição é um todo constituído pela tradição jurídica. Ocorre que, em sendo a tradição dominada por pré-juízos inautênticos, o resultado que exurgirá certamente não será aquele que aponta para um(*sic*) otimização do texto compromissário dirigente da Constituição de 1988. Veja-se, por exemplo, o sentido atribuído pelo Supremo Federal ao mandado de injunção. STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 656, nota 22.

¹⁰¹ ADPF nº 1-RJ (questão de ordem) (Rel. Min. Néri da Silveira, j. 3-2-2000). STF, **Net**, Brasília. Disponível em: <http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nphbrs?d=INFO&s1=176&u=http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/default.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=INFON&p=2&r=32&f=G&l=20>. Acesso em: 10 ago. 2006.

separação de Poderes, o voto direto, universal e secreto.¹⁰² [...] Por outro lado, a própria Constituição explicita os chamados “princípios sensíveis”, cuja violação pode dar ensejo à decretação de intervenção federal nos Estados-membros (art. 34, VII). É fácil de ver que a amplitude conferida às cláusulas pétreas e a idéia de *unidade de Constituição* (*Einheit der Verfassung*) acabam por colocar parte significativa da Constituição sob proteção dessas garantias. Tal tendência não exclui a possibilidade de um *engessamento* da ordem constitucional, obstando à introdução de qualquer mudança de maior significado.¹⁰³

Importa, contudo, diante da caracterização como preceito fundamental do art. 5º da Constituição Federal, como se pode inferir dos posicionamentos do Ministro Néri da Silveira e de Gilmar Mendes, fazer remessa à subseção 1.2.2 deste trabalho, no intento de se entender as cláusulas de abertura para a assimilação de novos direitos fundamentais.

Dirley Cunha, no mesmo caminho, acrescenta como elementos integrantes do conceito de preceito fundamental as cláusulas pétreas implícitas, que seriam aquelas consagradas dentro do texto constitucional, como, por exemplo, a vedação de modificar o próprio titular do Poder Constituinte Originário e do Poder Reformador. Outra espécie de cláusula pétrea implícita seria a referente à impossibilidade de alterar o processo constitucional de Emenda.¹⁰⁴

Trilhando o estudo da práxis jurisprudencial atinente à ADPF, é de se citar o Ministro Gilmar Mendes, o qual se pronunciou taxativamente sobre os preceitos fundamentais no julgamento da ADPF/33/PA, uma das poucas julgadas procedentes, que tinha por base a vinculação do quadro de salários do Instituto de Desenvolvimento Econômico-Social do Pará – IDESP ao salário mínimo. O Min. Gilmar Mendes aduziu em seu *decisum* que os preceitos fundamentais tidos por violados para a concessão da medida cautelar foram o princípio federativo e o direito social fundamental ao salário mínimo digno (arts. 7º, inciso IV, 1º e 18 da Constituição), ambos levantados com o fito de impedir o comprometimento da ordem jurídica e das finanças do Estado. Em seu voto, carrou o seguinte rol de preceitos fundamentais: direitos e garantias individuais; cláusulas pétreas; princípios sensíveis: sua

¹⁰² No mesmo sentido, vide Daniel Sarmiento, detalhando que o rol de preceitos fundamentais engloba os direitos fundamentais, as cláusulas pétreas e os princípios fundamentais da República previstos nos artigos 1º ao 5º do Texto Magno. *In* SARMENTO, Daniel. Apontamentos sobre a argüição de descumprimento de preceito fundamental, *in*: TAVARES, André; ROTHENBURG, Walter Claudius (coords). **Argüição de descumprimento de preceito fundamental**: análises à luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001, p. 91.

¹⁰³ MENDES, Gilmar Ferreira. Argüição de descumprimento de preceito fundamental: parâmetro de controle e objeto, *in*: TAVARES, André; ROTHENBURG, Walter Claudius (coords). **Argüição de descumprimento de preceito fundamental**: análises à luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001, p. 128-129.

¹⁰⁴ Cf. CUNHA JÚNIOR, Dirley. Argüição de descumprimento de preceito fundamental, *in*: DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). **Ações Constitucionais**. Salvador: Juspodivm, 2006, p. 444.

interpretação, vinculação com outros princípios e garantia de eternidade; e a densidade normativa ou significado específico dos princípios fundamentais.¹⁰⁵

Bom, dos trechos carreados, pode-se inferir importante contribuição para o entendimento do que quer representar o termo preceito fundamental. Nesse percurso, ganha importância, ao lado dos direitos fundamentais, a manutenção da estrutura estatal como parâmetro de controle.

É de se reportar que mencionada ADPF teve sua Cautelar referendada pelo Pleno em 29-10-2003, de maneira a suspender todos os processos em curso e os efeitos das decisões judiciais que versem sobre a aplicação do dispositivo questionado, a qual perdurou até a data de 7.12.2005, quando, de maneira unânime, foi julgado o mérito para declarar a ilegitimidade do decreto questionado a partir da Constituição de 1988, sem ocorrer pronunciamento sobre o período anterior.

Continuando com o Ministro Gilmar Mendes, e complementando a delimitação do que seja preceito fundamental, apresenta-se a fundamentação ofertada na ADPF 87/SP¹⁰⁶, onde se discute o Provimento nº 612/98 do Conselho Superior da Magistratura do Estado de São Paulo que estabeleceu as regras para a realização dos concursos para a outorga de delegações de notas e de registro do Estado de São Paulo. Cabe frisar que o pedido de liminar nesta ADPF foi indeferido.

No corpo da decisão da ADPF/87, o Min. Gilmar Mendes aduziu que a ADPF não está delimitada somente pela proteção aos direitos fundamentais. Citou decisões alemãs sobre a provocação de lesões à liberdade de ação decorrente de contrariedades a princípios e

¹⁰⁵ ADPF 33-PA (Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 29.10.2003). Supremo Tribunal Federal, **Net**, Brasília. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/processos/processo.asp?PROCESSO=33&CLASSE=ADPFMC&ORIGEM=JUR&RECURSO=0&TIP_JULGAMENTO=M-20/6/2006> . Acesso em: 10 ago. 2006. Com cautelar deferida no mesmo sentido e aguardando o julgamento de mérito: ADPF 47-PA (Rel. Min. Eros Grau, aguardando julgamento de mérito, cautelar deferida). Supremo Tribunal Federal, **Net**, Brasília. Disponível em <[http://www.stf.gov.br/dj/MontaPaginaDJ.asp?ORIGEM=AP&CLASSE=ADPF&PROCESSO=47&TIP_JULGAMENTO=MC&RECURSO=0&CAPITULO=2&NUM_MATERIA=37&MATERIA=3&BRS=&TITULO=
<span%20class=titulo>%20DJ%20Nr.%20241%20%2016/12/2005%20%20Ata%20Nr.%2037%20%20RELAÇÃO%20DE%20PROCESSOS

](http://www.stf.gov.br/dj/MontaPaginaDJ.asp?ORIGEM=AP&CLASSE=ADPF&PROCESSO=47&TIP_JULGAMENTO=MC&RECURSO=0&CAPITULO=2&NUM_MATERIA=37&MATERIA=3&BRS=&TITULO=
<span%20class=titulo>%20DJ%20Nr.%20241%20%2016/12/2005%20%20Ata%20Nr.%2037%20%20RELAÇÃO%20DE%20PROCESSOS

)> . Acesso em: 10 de ago. 2006.

¹⁰⁶ ADPF 87-SP (Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 31.03.2006). Supremo Tribunal Federal, **Net**, Brasília. Disponível: [http://www.stf.gov.br/dj/MontaPaginaDJ.asp?ORIGEM=AP&CLASSE=ADPF&PROCESSO=87&TIP_JULGAMENTO=MC&RECURSO=0&CAPITULO=6&NUM_MATERIA=45&MATERIA=2&BRS=1940435&TITULO=
<span%20class=titulo>%20DJ%20Nr.%2067%20-%202006/04/2006%20%20Ata%20Nr.%2045%20-%20Relação%20de%20Processos%20Originários%20%20Despachos%20dos%20Relatores

](http://www.stf.gov.br/dj/MontaPaginaDJ.asp?ORIGEM=AP&CLASSE=ADPF&PROCESSO=87&TIP_JULGAMENTO=MC&RECURSO=0&CAPITULO=6&NUM_MATERIA=45&MATERIA=2&BRS=1940435&TITULO=
<span%20class=titulo>%20DJ%20Nr.%2067%20-%202006/04/2006%20%20Ata%20Nr.%2045%20-%20Relação%20de%20Processos%20Originários%20%20Despachos%20dos%20Relatores

) Acesso em: 10 ago. 2006.

disposições constitucionais, tanto nos aspectos formal como material. Nesse sentido, concluiu que uma norma jurídica só pode restringir o âmbito de liberdade individual após passar por filtros de reserva legal e de reserva constitucional, esta processada na maioria dos casos ao se ver o ordenamento como dotado de um sistema de direitos fundamentais. Daí é que se pode inferir que uma violação à lei acaba por resultar em uma violação aos direitos fundamentais.

Todos esses argumentos foram levantados, e aí é de se acompanhar, para justificar, em casos excepcionais, a sindicabilidade de atos regulamentares em face da Constituição. São afirmações interessantes que sinalizam a orientação do STF no sentido de ampliar a concepção e o âmbito da, tão mitigada, arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Outrossim, alerta-se para a existência na jurisprudência do STF de precedente na seara de preceitos fundamentais tributários. A ADPF 86/ES ¹⁰⁷ que questionava a cobrança de taxa municipal de água e esgoto, após resposta ao pedido de informações, restou prejudicada por perda de objeto, foi revogada a Lei Municipal nº 38, de 16/05/05, da Prefeitura de Barra do São Francisco. Através dela foi aberta janela para se verificar a sindicabilidade de exações tributárias fixadas pelos Municípios. Contudo, a despeito do precedente, apresenta-se entendimento no sentido de ser pertinente a análise do Controle de Constitucionalidade das leis municipais em face da Constituição do Estado-Membro, ao menos para negá-la, eis que, como será visto adiante, mesmo diante dessa possibilidade, pertinente e efetivo é o controle em sede de ADPF pelo seu caráter transversal e transcendente, ou seja, de padronização do direito nacional. ¹⁰⁸

Continuando na delimitação jurisprudencial do que seja preceito fundamental e do seu âmbito de controle, com especial enfoque no princípio da dignidade da pessoa humana, importa carrear as decisões proferidas pelo STF nas ADPFs nºs 45/DF e 54/DF.

¹⁰⁷ ADPF 86-ES (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 26.04.2006). Supremo Tribunal Federal, **Net**, Brasília. Disponível em: < [http://www.stf.gov.br/dj/MontaPaginaDJ.asp?ORIGEM=AP&CLASSE=ADPF&PROCESSO=86&TIP_JULGAMENTO=M&RECURSO=0&CAPITULO=6&NUM_MATERIA=1&MATERIA=10&BRS=1899500&TITULO=
<span%20class=titulo>%20DJ%20Nr.%2023%20%2001/02/2006%20-%20Ata%20Nr.%201%20%20Relação%20de%20Despachos/Decisões%20do%20Presidente

. Acesso em: 10 ago. 2006.](http://www.stf.gov.br/dj/MontaPaginaDJ.asp?ORIGEM=AP&CLASSE=ADPF&PROCESSO=86&TIP_JULGAMENTO=M&RECURSO=0&CAPITULO=6&NUM_MATERIA=1&MATERIA=10&BRS=1899500&TITULO=
<span%20class=titulo>%20DJ%20Nr.%2023%20%2001/02/2006%20-%20Ata%20Nr.%201%20%20Relação%20de%20Despachos/Decisões%20do%20Presidente

)

¹⁰⁸ Vide subseção 4.2.

A ADPF 45/DF¹⁰⁹ questionava veto do executivo sobre artigo da Lei Orçamentária Anual de 2004 que importou em desrespeito a preceito fundamental decorrente da Emenda Constitucional nº 29/2000, violando a garantia mínima de recursos financeiros a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde. Todavia, a ação foi julgada prejudicada em face da perda superveniente de seu objeto, foi editada Lei que restaurou a integralidade do artigo vetado.

Os posicionamentos carreados pelo relator dessa ADPF, Min. Celso de Mello, foram pioneiros no sentido de se entender a delimitação do que sejam os preceitos fundamentais. O Ministro levantou a questão da legitimidade constitucional¹¹⁰ do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de Políticas Públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental de maneira positiva ou negativa. Em seu *decisum*, destacou a dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao STF, a qual é posta para vedar o arbítrio estatal na efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais.

O Min. Celso de Mello levantou, também, o caráter relativo da liberdade de conformação do legislador, em face da necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do *mínimo existencial*.¹¹¹ por fim, afirmou a total viabilidade da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração).

Perpassado o destaque dos pontos relevantes deste precedente, destaca-se o entendimento deste autor no que pertine ao acerto desses posicionamentos. Trata-se de orientação que sinaliza a postura do STF numa maior concretização dos direitos fundamentais, inclusive os sociais, investido que o mesmo está, de maneira supletiva e nos casos de abuso, na substituição do Poder Legislativo e do Poder Executivo na formatação de seu caráter de Tribunal Constitucional. Lamenta-se, todavia, a perda do objeto nessa ADPF.

¹⁰⁹ ADPF 45/DF (Rel. Min. Celso de Mello, j. 29.04.2004). Supremo Tribunal Federal, **Net**, Brasília. Disponível em <[http://www.stf.gov.br/dj/MontaPaginaDJ.asp?ORIGEM=AP&CLASSE=ADPF&PROCESSO=45&TIP_JULGAMENTO=MC&RECURSO=0&CAPITULO=6&NUM_MATERIA=61&MATERIA=2&BRS=1558064&TITULO=
<span%20class=titulo>%20DJ%20Nr.%2084%20-%2004/05/2004%20-%20Ata%20Nr.%2061%20-%20Relação%20de%20Processos%20Originários%20-%20Despachos%20dos%20Relatores

](http://www.stf.gov.br/dj/MontaPaginaDJ.asp?ORIGEM=AP&CLASSE=ADPF&PROCESSO=45&TIP_JULGAMENTO=MC&RECURSO=0&CAPITULO=6&NUM_MATERIA=61&MATERIA=2&BRS=1558064&TITULO=
<span%20class=titulo>%20DJ%20Nr.%2084%20-%2004/05/2004%20-%20Ata%20Nr.%2061%20-%20Relação%20de%20Processos%20Originários%20-%20Despachos%20dos%20Relatores

)>. Acesso em: 10 ago. 2006.

¹¹⁰ Essa legitimação merecerá estudo acurado na subseção 4.1.

¹¹¹ Como se verá adiante, subseção 2.5, o mínimo existencial se apresenta como o núcleo elementar do princípio da dignidade da pessoa humana.

No que tange à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF, é de se relatar a grande polêmica que suscitou e que ainda suscita, porquanto trata da questão do aborto de fetos anencéfalos.

No dia 1/7/2004 foi deferida medida cautelar pelo Relator, Ministro Marco Aurélio, no sentido de sobrestar todos os processos e decisões não transitados em julgado que tratassem do assunto, acolhendo também o reconhecimento do direito constitucional da gestante em submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencéfalos, a partir de laudo médico atestando a deformidade, a anomalia que atingiu o feto. O Relator destacou que se deve viabilizar, mesmo que de modo precário e efêmero, os valores da Carta Magna, dentre os quais o princípio da dignidade da pessoa humana.

Na data de 20 de outubro de 2004, no prosseguimento do julgamento, o STF, por maioria, referendou a primeira parte da liminar concedida, no que se refere ao sobrestamento dos processos e decisões não transitados em julgado, vencido o Ministro Cezar Peluso, e revogou a liminar deferida, na segunda parte, em que reconhecia o direito constitucional da gestante de se submeter à operação terapêutica de partos anencéfalos, vencido o Relator e os Ministros Carlos Britto, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence.

Na seqüência do julgamento, na data de 28 de abril de 2005, depois de levantada questão de ordem, o STF, por maioria, entendeu admissível a ADPF, determinando o retorno ao relator para exame da aplicação ou não do art. 6º, parágrafo 1º da Lei 9.882/99, vencidos os Ministros Eros Grau, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Carlos Velloso que não a admitiam.

Em que pertinentes os votos contrários, adota-se postura consonante com a admissibilidade dessa ADPF. Ora, mais uma vez, como ocorrido na ADPF 45/DF, os ministros do STF se posicionaram no sentido de dar preponderância a um dos valores máximos da Constituição Federal, o princípio da dignidade da pessoa humana, no caso, o princípio da dignidade da gestante e do feto. É dentro desse contexto valorativo constitucional que se assaca inexistir razão para aqueles que entendem de forma diferente. Assim, merece prosperar e ser julgada no mérito a presente ADPF, tudo com vistas a dar concretização ponderada entre o direito à vida e à dignidade da pessoa humana, ou melhor dizendo, o direito a uma existência digna ou com possibilidade de vir a ser.

Doutra banda, fechado o parêntese sobre os precedentes jurisprudenciais, e buscando delimitar espacialmente o contexto em que devem ser entendidos os preceitos fundamentais,

Gilmar Mendes destaca que a compreensão dos preceitos fundamentais deve decorrer de um determinado sistema constitucional, do exame sistemático das disposições constitucionais integrantes do modelo constitucional que permitirá explicitar o conteúdo de determinado conceito.¹¹²

Em seus ensinamentos, aliás, Gilmar Mendes carrega importante posicionamento do Ministro Castro Nunes sobre a interpretação dos “princípios sensíveis”, o qual é colacionado por sua modernidade e propriedade ao tema ora abordado:

*os casos de intervenção prefigurados nessa enumeração se enunciam por declarações de princípios, comportando o que possa comportar cada um desses princípios como dados doutrinários, que são conhecidos na exposição do direito público. E por isso mesmo ficou reservado o seu exame, do ponto de vista de conteúdo e da extensão e da sua correlação com outras disposições constitucionais, ao controle judicial a cargo do Supremo Tribunal Federal. Quero dizer com estas palavras que a enumeração é limitativa como enumeração. [...] A enumeração é taxativa, é limitativa, é restritiva, e não pode ser ampliada a outros casos pelo Supremo Tribunal. Mas cada um desses princípios é dado doutrinário que tem de ser examinado no seu conteúdo e delimitado na sua extensão. Daí decorre que a interpretação é restritiva apenas no sentido de limitada aos princípios enumerados; não o exame de cada um, que não está nem poderá estar limitado, comportando necessariamente a exploração do conteúdo e fixação das características pelas quais se defina cada qual deles, nisso consistindo a delimitação do que possa ser consentido ou proibido aos Estados.*¹¹³

Portanto, desde a década de 40, já existia posição assentando o uso de interpretação restritiva no alcance – rol de institutos protegidos, mas não no conteúdo dos objetivos protegidos por uma determinada garantia constitucional. Portanto, essencial é a compreensão do conteúdo dos preceitos a serem sindicados por meio de ADPF, não de seus aspectos formais.

Em reforço da interpretação que confira maior expressão jurídica às normas constitucionais - dentre elas os preceitos fundamentais – como será asseverado na subseção 2.4.3, tem-se, juntamente com Alexandre de Moraes,¹¹⁴ que os preceitos fundamentais englobam os direitos e garantias fundamentais da Constituição, bem como os fundamentos e

¹¹² Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: parâmetro de controle e objeto, *in*: TAVARES, André; ROTHENBURG, Walter Claudius (coords). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: análises à luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001, p. 130.

¹¹³ Repr. n. 94, Rel. Min. Castro Nunes, *Arquivo Judiciário* 85/31 (34-35), 1947, *apud* Gilmar Ferreira Mendes. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: parâmetro de controle e objeto, *in*: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (coords.). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: análises à luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001, p. 131.

¹¹⁴ Cf. MORAES, Alexandre de. Comentários à Lei nº 9.882/99 – arguição de descumprimento de preceito fundamental, *in*: TAVARES, André; ROTHENBURG, Walter Claudius (coords). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: análises à luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001, p. 17.

objetivos fundamentais da República, de forma a consagrar maior efetividade às previsões constitucionais.

Ives Gandra da Silva Martins em seu *Comentários à Constituição do Brasil*, pronunciando-se sobre quais seriam os princípios fundamentais, os pilares do Estado Democrático Brasileiro, destacou que:

o texto constitucional consagra como princípios fundamentais (art. 1º): a forma federativa do Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação de poderes; os direitos e garantias individuais, vedando a deliberação de proposta de emenda tendente a abolir qualquer um desses princípios (art. 60, § 4º), vigas-mestras do Estado democrático brasileiro. Deles defluem, naturalmente, outros princípios, também fundamentais, à medida que asseguram a estabilidade da ordem jurídica nacional, como, por exemplo: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana¹¹⁵, os valores sociais do trabalho, a livre iniciativa, o pluralismo político, a distribuição de competências entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, as garantias da ordem econômica e financeira, a proteção à criança, à velhice, aos menos afortunados.¹¹⁶

Fábio Cesar dos Santos Oliveira, a seu turno, nos oferta síntese interessante da doutrina nacional no que se refere à delimitação de quais seriam os preceitos fundamentais. Ele destaca haver certa concordância na doutrina ao apontar, além dos princípios fundamentais expressos nos artigos 1º e 4º, os direitos e garantias fundamentais (art. 5º) e as demais cláusulas pétreas (forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes) preconizados pelo artigo 60, § 4º, bem como, segundo entendimento esposado por Zeno Veloso e Walter Claudius Rothenburg, “os princípios constitucionais sensíveis”, cuja violação autoriza a intervenção federal ou estadual.¹¹⁷

Aos direitos fundamentais, declinados como espécies de preceitos fundamentais pela unanimidade dos autores, acrescentam-se, ademais, as garantias institucionais. Elas assentam compromissos jurídico-constitucionais de perenidade das instituições que refletem valores indissociáveis da organização social, organizadas que estão pela Lei Nacional. No caso brasileiro, é de se citar como exemplo de garantias institucionais a proteção da família, o

¹¹⁵ Nesse sentido, vide ADPF/4-DF, onde se discutia fixação de salário base abaixo do salário mínimo como descumprimento de preceito fundamental. Essa ADPF foi admitida, tendo sido declarada prejudicada por perda de objeto. ADPF/4-DF (Rel. Ellen Gracie, j. 02.08.2006). Supremo Tribunal Federal, *Net*, Brasília. Disponível em: http://www.stf.gov.br/processos/processo.asp?INTERFACE=1&ARGUMENTO=ADPF%2F4&rdTipo=1&PROCESSO=4&CLASSE=ADPF&ORIGEM=AP&RECURSO=0&TIP_JULGAMENTO=. Acessado em 10 de ago. 2006.

¹¹⁶ MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. v. 4, t. III, 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 239.

¹¹⁷ OLIVEIRA, Fábio Cesar dos Santos. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à lei nº 9.882, de 03/12/1999*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, p. 107.

instituto da propriedade privada, a iniciativa privada, a instituição do júri e a transmissão hereditária de bens.

Por servirem como instrumentos de garantia dos maiores valores constitucionais e de diversos direitos fundamentais, pode-se afirmar que se as garantias institucionais desaparecerem ou se degradarem, tais direitos deixarão de ser desfrutados por seus titulares. Assim, haverá inconstitucionalidade sempre que ocorrer modificação em norma jurídica que implique a supressão de instituições constitucionais, motivo pelo qual entende-se que as mesmas devem constar no rol dos preceitos fundamentais.¹¹⁸

Nesse diapasão, pode-se ver quão amplo é o escopo dos preceitos fundamentais, abrangendo os mais diversos pontos de apoio do Estado democrático brasileiro. Não é só em palavras, contudo, que foi atestada esta amplitude, eis que o STF, através do voto exarado pelo Ministro Celso de Mello no julgamento do AGRRE 271.286-RS, deu conotação ampla ao termo preceito fundamental, abarcando o direito público subjetivo à saúde (art. 196, da Constituição da República). Eis a parte de maior relevância para o objetivo deste estudo:

Na realidade, o reconhecimento judicial da validade jurídica do programa de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas pessoas portadoras do vírus HIV/AIDS, deu efetividade a *preceitos fundamentais* da Constituição da República (arts. 5º e 196), representando, na consecução do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade.¹¹⁹ (itálico do autor)

Alexandre de Moraes, fazendo um estudo sobre a conformação do recurso constitucional alemão – garantia da Constituição semelhante a nossa ADPF e que mereceu singela abordagem no intróito deste texto – acentua que o objeto para a interposição do recurso constitucional perante o Tribunal Constitucional alemão é a violação de direitos fundamentais ou direitos assemelhados a esses por parte do poder público.¹²⁰

Nessa linha, o similar alemão tem uma forte tendência de proteção do ser humano como fim último do Estado.

¹¹⁸ Cf. SARMENTO, George. “Pontes de Miranda e a teoria dos direitos fundamentais”. **Revista do mestrado em direito da Universidade Federal de Alagoas**. ano I, nº 1, janeiro/dezembro de 2005, Maceió: Nossa Livraria, 2005, p. 71.

¹¹⁹ Re-AGr 271286/RS (Rel. Celso de Mello, j. 12.09.2000). Supremo Tribunal Federal, **Net**, Brasília. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>. Acessado em 10 de ago. 2006

¹²⁰ MORAES, Alexandre de. Comentários à Lei nº 9.882/99 – arguição de descumprimento de preceito fundamental, *in*: TAVARES, André; ROTHENBURG, Walter Claudius (coords). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: análises à luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001, p. 17.

No presente estágio do trabalho, portanto, só cabe afirmar que os direitos fundamentais e os princípios fundamentais devem ser considerados “preceitos fundamentais” no contexto do sistema constitucional brasileiro.

Ao cabo desta subseção, conclui-se, juntamente com André Ramos Tavares, que ‘preceito’ é qualquer norma, no sentido estrito já assinalado (regras ou princípios). Contudo, a noção de ‘preceito fundamental’ se refere a uma parcela dos princípios constitucionais (já que nem todos eles são preceitos fundamentais), bem como, de outra parte, se refere às regras cardiais de um sistema constitucional, constituídas, essencialmente, pelo conjunto normativo assecuratório dos direitos humanos.¹²¹

Daí a relevância da delimitação do conceito de preceito fundamental, de tal sorte a que se implemente a sua justiciabilidade.¹²²

É dentro deste contexto que se conclui a análise ofertando o seguinte conceito e padrões de atuação de preceito fundamental, dado que a doutrina não pode ficar silente diante da relevância da conformação de tão importante padrão de sindicabilidade constitucional: preceito fundamental é qualquer norma constitucional (princípio ou regra) que seja dotada do aspecto da fundamentalidade, ou seja, do caráter de ser prescrição essencial e básica da ordem do país e da sociedade considerada como um todo. São normas que representam os valores conformadores e de identificação de uma Constituição, os quais não se apresentam de uma forma taxativa, mas que podem, a priori, ser detalhados, dentro de nosso sistema constitucional, da seguinte maneira: os princípios fundamentais expressos nos artigos 1º e 4º, ganhando preponderância aqui o princípio da dignidade da pessoa humana; os direitos e garantias fundamentais do art. 5º e aqueles direitos declarados fundamentais pelos dispositivos dos parágrafos 2º e 3º desse mesmo artigo; as cláusulas pétreas do parágrafo 4º do art. 60; as cláusulas pétreas implícitas – a vedação de se modificar o titular do poder constituinte originário, do poder constituinte reformador e a impossibilidade de mudança no processo constitucional de emendas à Constituição; os princípios constitucionais sensíveis; as violações à reserva legal e constitucional; os direitos sociais; as garantias institucionais; e todos os princípios decorrentes e resguardadores dos elencados anteriormente. Em suma,

¹²¹ TAVARES, André Ramos. **Tratado da Arguição de Preceito Fundamental**: Lei 9.868/99 e Lei 9.882/99. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 122.

¹²² Possibilidade de o titular activo poder recorrer aos tribunais para accionar judicialmente – em caso de necessidade – a satisfação dessas pretensões jurídicas contra os respectivos destinatários passivos. (Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3 ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 378).

todos os direitos que compõem todas as dimensões dos direitos fundamentais. Essas normas asseguram, em última análise, os direitos inerentes ao ser humano. A referibilidade ao ser humano como fim último do Estado é o aspecto principal a ser sindicado por meio da ADPF.

Apresentado esse panorama, é de se destacar que o enfoque das seções vindouras estará relacionado ao estudo dos direitos fundamentais e do princípio da dignidade da pessoa humana como nortes para a compreensão do preceito fundamental como instrumento de legitimação do Estado Democrático de Direito. Antes, todavia, será feito um estudo sobre as normas jurídicas.

2.2 Notas sobre a concepção de norma jurídica e seus influxos sobre as normas de direitos fundamentais

2.2.1 O conceito de norma jurídica

Carreado o escopo do que sejam os preceitos fundamentais, dentre os quais avolumam em importância para o presente estudo os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana, e delimitada a concepção de (sub-)sistema de direitos fundamentais nacional, cabe a redução e particularização temática no sentido de se estudar as normas de direitos fundamentais.

Assim, o esclarecimento a que se dirige este tópico tem por mote delimitar o âmbito da atividade que será desenvolvida para a estruturação das normas de direitos fundamentais (espécies do gênero preceitos fundamentais). Destaca-se que este é o recorte metodológico da presente dissertação, a qual tem por orientação caracterizar a ADPF como instrumento de concretização dos direitos fundamentais, e, via de consequência, como instrumento de legitimação do Estado Democrático de Direito.

Volvendo ao tema, é de se citar a lição Canotilho. Mencionado autor, ao traçar a distinção entre o enunciado e a norma jurídica, assim se posiciona:

deve distinguir-se entre *enunciado* (formulação, disposição) da *norma* e *norma*. A *formulação da norma* é qualquer enunciado que faz parte de um texto normativo (de ‘uma fonte de direito’). *Norma* é o sentido ou o significado adscrito a qualquer disposição (ou a um fragmento de disposição, combinação de disposição, combinações de fragmentos de disposições). Disposição é parte de um texto ainda a interpretar; *norma* é parte de um texto interpretado.¹²³

Prima facie, vislumbra-se a importância do papel do intérprete na extração da significação, o que nos leva a citar as lições de Eros Roberto Grau - para quem a atividade interpretativa é uma prudência, decorrendo disto o fato de que as normas não são objeto de demonstração, mas de justificação. Sobre o papel transformador do intérprete, Eros Roberto Grau acentua a necessidade de mais *censores, críticos* do direito, do que de meros expositores dele. Interpretar o direito, nessa perspectiva, importa em transformá-lo.¹²⁴

Por outro lado, no dizer de Marcos Mello, a norma jurídica “constitui um modelo de conduta estabelecido pela comunidade jurídica, como resultado da valoração dos fatos da vida, com a finalidade de obter a adaptação do homem à convivência social harmônica.”^{125 126}

Aproveitando os pensamentos elencados, vê-se que para as normas de direito constitucional, de conteúdo immanentemente valorativo, é difícil de se vislumbar a incidência das mesmas, sua operacionalidade, sem uma mediação concretizadora¹²⁷ do intérprete, motivo pelo qual se entende que em determinados casos é a norma que deixa ao intérprete o preenchimento de seu conteúdo através dos valores do sistema jurídico, no que se compraz com a doutrina de Marcos Mello, ou seja, não cabe ao intérprete determinar seu conteúdo sem que a norma abra essa possibilidade.¹²⁸

¹²³ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 203.

¹²⁴ Cf. GRAU, Eros Roberto. **O Direito posto e o direito pressuposto**. 3 ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 16 e 33.

¹²⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 12 ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 14.

¹²⁶ Carreia-se este pequeno trecho da obra de Marcos Mello por entendê-lo pertinente para a desenvoltura do método de concretização de Müller, voltado que está para a solução do problema através do uso de diversos métodos de interpretação fincados na norma, como se verá na subseção 4.2.1.2.. Não se está aqui, frisa-se, a defender o posicionamento de Marcos Mello, mas a aproveitá-lo no que pertinente, na questão da valoração, eis que entendemos as posições de Eros Grau e Canotilho mais adequadas à compreensão do fenômeno jurídico.

¹²⁷ Esse ponto será melhor estudado adiante na subseção 4.2.

¹²⁸ Miguel Reale tem posição consentânea. Para ele: a norma [...] representa para o jurista uma integração de fatos segundo valores, ou, por outras palavras, é expressão de *valores* que vão se concretizando na condicionalidade dos *fatos histórico-sociais*. REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 7 ed. rev., São Paulo: Saraiva, 1975, v. 2, p. 448.

Delineada que foi a perspectiva metodológica da presente subseção, e voltando ao detalhamento das espécies normativas, vislumbra-se com Canotilho que as regras e princípios são duas espécies de normas, ou seja, ao se processar a sua distinção, deve-se ter em vista que a mesma é normativa.¹²⁹

Efetuada a distinção entre ambas, Canotilho acentua que

em primeiro lugar, os princípios são normas jurídicas impositivas de uma *optimização*, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos; as *regras* são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida (nos termos de Dworkin: *applicabel in all-or-nothing fashion*); a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebel'sky), a convivência de regras é antinômica; os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se. Consequentemente, os princípios ao constituírem *exigências de optimização*, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como regras, à 'lógica do tudo ou nada'), consoante o seu *peso* e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra *vale* (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos.¹³⁰ Como se verá adiante, em caso de *conflito entre princípios*, estes podem ser objecto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas 'exigências' ou 'standards' que, em 'primeira linha' (*prima facie*), devem ser realizados; as regras contêm 'fixações normativas' *definitivas*, sendo insustentável a *validade*¹³¹ simultânea de regras contraditórias. Realça-se também que os princípios suscitam problemas de *validade e peso* (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de *validade* (se elas não são correctas devem ser alteradas).¹³²

Todavia, em que pese referida distinção, pode-se vislumbrar um certo relacionamento entre regras e princípios, vez que em virtude da referência a valores ou de sua proximidade axiológica (da 'justiça', da 'idéia de direito', dos 'fins de uma comunidade'), os princípios têm uma *função normogenética* e uma *função sistêmica*: são o fundamento de regras jurídicas e têm *idoneidade irradiante* que lhes permite 'ligar' ou cimentar objetivamente todo o sistema constitucional. Compreende-se, assim, que as 'regras' e os 'princípios', para serem ativamente operantes, necessitam de *procedimento e processos* que lhes dêem operacionalidade prática.¹³³

¹²⁹ Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3 ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 1086.

¹³⁰ Faz-se a ressalva, dentro das lições de Marcos Mello em seu **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 12 ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 98-100, de que podem existir normas eficazes inválidas.

¹³¹ Tem-se, usando das lições de Marcos Mello, que o termo correto aqui seria incidência, conforme o seu **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 12 ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 71-72.

¹³² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3 ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 1087-1088.

¹³³ Cf. Idem, *ibidem*, p. 1089.

Desta forma, dada a amplitude do conceito de normas jurídicas, conclui-se com Gabrielle Bezerra Sales no sentido de que “a norma jurídica¹³⁴, não é o direito como enunciou a ortodoxia positivista: ela expressa o direito. Não se pode tomar a parte pelo todo; por isso, o enfoque da norma jurídica sendo o Direito, é no mínimo, reducionista.”¹³⁵

Em suma, e como se verá adiante na subseção 4.2, a norma jurídica é resultado da intervenção do intérprete, que poderá ser processada em maior ou menor grau, dada a indeterminação do enunciado ou desde que o mesmo o permita. Ela, portanto, será construída pelo intérprete.

2.2.2 Normas de conduta e normas de estrutura

Perpassada a concepção de normas jurídicas, é de se proceder ao estudo da classificação das normas jurídicas em normas de conduta e, principalmente, em normas de estrutura, aspectos de fundamental importância para o alcance dos objetivos deste trabalho.

Para que se possa falar sobre as normas jurídicas de conduta e de estrutura, importa destacar, como primeiras linhas, as lições de Norberto Bobbio sobre a relevância que esses tipos de normas têm na caracterização e complexidade do ordenamento jurídico:

é a presença e frequência dessas normas para a produção de outras normas (normas de estrutura) que constituem a complexidade do ordenamento jurídico. Entretanto, do ponto de vista formal, a teoria da norma jurídica havia parado na consideração das normas como imperativos, entendendo por imperativo a ordem de fazer ou de não fazer (normas de conduta). Contudo, quando levamos em consideração as normas para a produção de outras normas (normas de estrutura), entendidas como comandos de comandar etc., devemos colocá-las ao lado das imperativas (normas de conduta), entendidas como comandos de fazer ou de não fazer [...] Motivo pelo qual somente a consideração do ordenamento no seu conjunto nos permite aceitar a presença dessas normas para a produção de outras normas.¹³⁶

As normas de conduta estão diretamente voltadas para a conduta das pessoas, para a normatização de suas relações intersubjetivas. Já as normas de estrutura ou de organização dispõem sobre órgãos, procedimentos e estatuem de que modo as regras devem ser criadas, transformadas ou expulsas do sistema. Ambos os caracteres se apresentam nas normas de

¹³⁴ Não é o direito puro, mas guarda relação estreita com os fatos, os valores que a ensejaram, assim como com o ordenamento jurídico em que ela se insere.

¹³⁵ SALES, Gabrielle Bezerra. **Teoria da norma constitucional**. São Paulo: Manole, 2004, p. 55.

¹³⁶ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, Brasília/São Paulo: Editora UNB/Polis, 1990, p. 45.

direitos fundamentais, vez que regulam relações intersubjetivas (seu aspecto de direito subjetivo) e conformam o âmbito e a edição de normas (seu aspecto de direito objetivo).¹³⁷

Norberto Bobbio, na continuidade da explanação, posiciona-se da seguinte forma sobre as normas de estrutura:

As normas de estrutura podem também ser consideradas como normas para a produção jurídica: quer dizer, como as normas que regulam os procedimentos de regulação jurídica. Elas não regulam o comportamento, ou, mais exatamente, o comportamento que elas regulam é o de produzir normas.¹³⁸

Do exposto, percebe-se a relevância das normas de estrutura no sistema jurídico, uma vez que delimitam materialmente e formalmente como o legislador deve produzir as normas de conduta e, até mesmo, outras normas de estrutura, estabelecendo as matérias, órgãos, condições e os procedimentos por meio dos quais surgem normas jurídicas válidas.

Com efeito, e diante das lições retro, constata-se que no exame da constitucionalidade de determinada norma que se refira direta ou indiretamente a um direito fundamental, necessária se tornaria a verificação da conformidade desta com o (sub-)sistema normativo de direitos fundamentais, apurando-se se a mesma seria válida ou inválida. E sua inconstitucionalidade decorreria exatamente da violação das disposições prescritas por essas normas de direitos fundamentais, que, no entender deste autor, assumem, além do caráter de normas de conduta, feições de normas de estrutura, seja no que tange ao aspecto formal (inobservância ao processo legislativo), seja no que pertine ao material (conteúdo dos comandos estabelecidos pelas normas de estrutura).

Impende frisar, numa análise da estrutura dessas normas, que as normas de conduta se expressam pelo conectivo dever-ser intraproposicional, deôntico, que se encontra no conseqüente da norma jurídica, modalizado em permitido, obrigado e proibido, o que ocorre da mesma forma com as normas de estrutura, eis que estas regulam um comportamento, o de produzir regras jurídicas.

Nesse sentido, importante é o posicionamento de Marcelo Jatobá Lôbo:

Se a regra de produção jurídica dispõe sobre um comportamento, não o faz para descrevê-lo, senão para qualificá-lo deônticamente, modalizando-o em um dos três modais interdefiníveis: proibido (V) permitido (P) e obrigatório (O). Sendo a linguagem do direito positivo prescritiva, como já se afirmou que é, sua referência às condutas só pode ter uma finalidade: a de prescrevê-las, predicando-lhes a permissão,

¹³⁷ Temática que terá abordagem aprofundada na seção 2.3.2.

¹³⁸ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, Brasília/São Paulo: Editora UNB/Polis, 1990, p. 45.

a proibição ou a obrigatoriedade. Essa constatação reforça a uniformidade sintática das normas do sistema, que possuirão sempre a mesma arquitetura lógica, independentemente de serem elas de conduta ou de produção jurídica.¹³⁹

Portanto, percebe-se a importância do entendimento das normas de estrutura para que se possa avançar no desiderato aclaratório das normas de direitos fundamentais, eis que estas acabam por regular a produção de outras normas, determinando o conteúdo material e formal por intermédio de sua incidência, e, portanto, apresentando eficácia. Essa força é decorrente, justamente, do caráter sistêmico e conformador dos direitos fundamentais.¹⁴⁰ As noções de normas de conduta e de normas de estrutura são fundamentais, desta feita, para se entender o poder cogente dos direitos fundamentais na atuação do poder público, de maneira a possibilitar, em hipótese de violação, e desde que atendidos os critérios declinados na seção 5, o manuseio da ADPF.

2.2.3 Normatividade dos princípios

Assentada que ficou, mesmo que de maneira superficial na subseção 2.2.1, a caracterização dos princípios como normas, impende aprofundar os contornos de sua normatividade.

As discussões sobre a normatividade ou não dos princípios já suscitou muitas controvérsias doutrinárias, as quais, na atualidade, estão em processo de pacificação.

Antes de adentrarmos no estudo normativo dos princípios, importante é a colação das constatações de Ruy Samuel Espíndola sobre a adaptação da doutrina moderna à nova característica dos princípios, ou seja, sua normatividade:

hoje, no pensamento jurídico contemporâneo, existe unanimidade em se reconhecer aos princípios jurídicos o *status* conceitual e positivo da norma de direito, de norma jurídica. Para este núcleo de pensamento, os princípios têm positividade, vinculatividade, são normas, obrigam, têm eficácia positiva e negativa sobre os comportamentos públicos ou privados bem como sobre a interpretação e a aplicação de outras normas.¹⁴¹

¹³⁹ LÔBO, Marcelo Jatobá. **Competência para a instituição da contribuição de melhoria – exercício obrigatório**. Monografia apresentada à disciplina Direito Tributário I do curso de mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2001, f. 21.

¹⁴⁰ O caráter conformador dos direitos fundamentais merecerá um estudo acurado na seção 2.3.2.

¹⁴¹ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 55.

Marcos Bernardes de Mello, fazendo um estudo sobre o caráter normativo dos princípios, assaca importantes conclusões. Para mencionado autor, uma norma para ser considerada jurídica deve ter duas características essenciais: i) formal, referente a completude de sua estrutura proposicional, ou seja, a descrição de um suporte fático e a prescrição de um preceito; e ii) material, concernente ao poder de incidência, vinculando as condutas previstas aos seus comandos.¹⁴²

Assim, considerando que as normas jurídicas podem ser expressas com maior ou menor grau de indeterminação ou até mesmo por meio de elipses, tanto com relação ao suporte fático e ao preceito, verifica-se que os princípios são normas, vez que a determinação, indeterminação, ou uma suposta incompletude não se apresentam como critérios relevantes para se aferir a normatividade.^{143 144}

Por outro lado, no que se refere à incidência, vislumbra-se que a aplicabilidade das normas jurídicas depende da sua incidência,¹⁴⁵ de modo que aquela decorre desta, o que só vem para fortalecer o poder de incidência dos princípios, dada a remansosa jurisprudência do STF reconhecendo o poder vinculante destes.¹⁴⁶

Num critério sancionista, constata-se também a adequação dos princípios, eis que existem ínsitas no sistema jurídico sanções inespecíficas, as quais visam garantir a sua valência como um todo. Esta situação pode muito bem ser inferida da declaração de inconstitucionalidade de leis ou atos que sejam contrários aos direitos fundamentais.

Finalmente, no cotejo das normas-regras (=preceitos constitucionais determinados), tem-se como ponto pacífico que as mesmas não podem prevalecer em face dos princípios, o que só vem para confirmar o caráter vinculante e normativo destes.

¹⁴² Cf. Informações constantes em MELLO, Marcos Bernardes de. **Nota sobre o caráter normativo dos princípios**. Texto apresentado no curso de Mestrado em Fundamentos Constitucionais dos Direitos. Maceió: Universidade Federal de Alagoas, 2004.

¹⁴³ MELLO, Marcos Bernardes de. **Nota sobre o caráter normativo dos princípios**. Texto apresentado no curso de Mestrado em Fundamentos Constitucionais dos Direitos. Maceió: Universidade Federal de Alagoas, 2004.

¹⁴⁴ Marcos Mello assevera que as normas jurídicas analisadas como parte do sistema jamais podem constituir proposições jurídicas incompletas, porquanto estas não existem sem conexão entre si, mas se encadeiam de modo a constituir a unidade do sistema jurídico que, afinal, integrado por normas e princípios, torna-se pleno e abrangente (sic) todo o direito de uma comunidade. (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 12 ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 28-29.)

¹⁴⁵ Pondere-se este argumento com as informações constantes na nota de rodapé nº 168.

¹⁴⁶ Cf. Informações constantes em MELLO, Marcos Bernardes de. **Nota sobre o caráter normativo dos princípios**. Texto apresentado no curso de Mestrado em Fundamentos Constitucionais dos Direitos. Maceió: Universidade Federal de Alagoas, 2004.

Desta feita, só se pode assacar que os princípios, destacando-se aqui os fundamentais, possuem caráter normativo justamente por apresentarem os aspectos formais e materiais para a caracterização como norma, servindo como elementos importantes na conformação de outras regras jurídicas. Tudo o que foi exposto é reforçado pela integração das normas (pelo preenchimento das lacunas) de um dado sistema jurídico.¹⁴⁷

Assim, reconhecido está o caráter normativo dos princípios,¹⁴⁸ em especial os fundamentais, porquanto conformam e orientam a edição e aplicação de outras normas, além de serem dotados de sanção em caso de descumprimento. Essa noção, destaque-se, apresenta especial importância para a caracterização da ADPF como instrumento de concretização dos direitos fundamentais, eis que a mesma tem em seu escopo a defesa de diversos conteúdos principiológicos. Ela, como assentado, apresenta um forte caráter instrumental de realização desses.

2.3 A caracterização das normas (regras e princípios) de direitos fundamentais

2.3.1 Os caracteres da norma de direito fundamental em Robert Alexy

Compreendido o subsistema de direitos fundamentais, aduzida a proteção da ADPF no que pertine aos direitos fundamentais, levantadas as concepções de normas jurídicas e de direitos fundamentais, cabe vislumbrar as normas, regras e princípios, de direitos fundamentais. As normas de direitos fundamentais, dentro do desiderato do presente estudo, apresentam-se como pautas de defesa da ADPF em prol da legitimação do Estado Democrático de Direito.

Tornando à temática, é de se referir o posicionamento de Robert Alexy em sua obra *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Nela, Alexy traz importantes assertivas para a compreensão das normas de direito fundamental.

¹⁴⁷ Cf. Idem, *ibidem*.

¹⁴⁸ Eros Grau, por outros fundamentos, entende que os princípios implícitos e explícitos são normas jurídicas. Cf. GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 2 ed. , São Paulo: Malheiros, 2003, p. 45.

Numa de suas primeiras conclusões, ele relata que “normas de derecho fundamental son solo aquéllas que son expresadas directamente por enunciados de la LF (disposiciones de derecho fundamental).”¹⁴⁹

Mais adiante, ele alarga o seu entendimento trazendo a concepção de uma “*relación de precisión*”, isto é, uma relação de sintonia que o pretense direito fundamental deveria ter com o texto da Constituição. Esta evolução de pensamento teve o condão de abarcar as normas de direito fundamental não positivadas. Assim, Alexy sintetiza: “Las normas de derecho fundamental pueden, por ello, dividirse em dos grupos: en las normas de derecho fundamental directamente estatuidas por la Constitución y las normas de derecho fundamental a ellas adscriptas.”¹⁵⁰

Posteriormente assaca mais um critério, o da “*fundamentación iusfundamental correcta*”, pelo qual uma norma não positivada seria uma norma de direito fundamental se fosse possível lhe dar uma fundamentação iusfundamental correta.¹⁵¹

Por fim, e não com menos importância, Alexy cita parte da obra de Müller, na qual se estabelece que a norma jurídica tem a sua conformação determinada pela realidade social, ao mesmo tempo em que a conforma e conforma a si mesma. Eis os trechos:

[...] “la norma jurídica (está) también determinada por la realidad social, por el ámbito normativo¹⁵²” [...] Por lo tanto, “ la norma jurídica há de ser entendida como un proyecto vinculante que abarca tanto lo reglante como lo que ha de ser reglado” [...] Con respecto a los derechos fundamentales esto significa, en palabras de Müller, lo siguiente: “ Los derechos fundamentales son garantías de protección objetivamente acuñadas, de determinados complejos individuales y sociales concretos de acción, organización y de materias. Estos ‘ámbitos materiales’ son constituidos en ‘ámbitos normativos’ por el reconocimiento y garantía de la regulación normativa, del ‘programa normativo’ iusfundamental. Los ámbitos normativos participan em la normatividad práctica, es decir, son elementos codeterminantes de la decisión jurídica.”¹⁵³

Sumariando as lições, tem-se que os direitos fundamentais tanto podem estar positivados como não positivados, servindo como elementos importantes para a sua determinação o uso dos instrumentais ofertados pela “relação de precisão” e pela

¹⁴⁹ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 66.

¹⁵⁰ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 70.

¹⁵¹ Cf. Idem, ibidem, p. 71.

¹⁵² Terminologia adotada por Müller e exposta na subseção 4.2.

¹⁵³ Friedrich Müller. **Juristische methodic**, 2 ed., Berlim, 1976, p. 60, 121, 193 e 194, *apud* Robert Alexy. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 74-75.

“fundamentação iusfundamental correta”, critérios de adequação, devendo ser levada em conta a realidade social em que se encontra a norma e os âmbitos materiais, vertidos em âmbitos normativos – prevalência da constituição material - traçados pelo programa normativo iusfundamental. Esses critérios, entende-se, mostram-se essenciais para se filtrar uma situação de violação ou não aos preceitos fundamentais. São programas prévios para se identificar a existência ou não de preceitos fundamentais a serem violados, vinculados que estão à noção de fundamentalidade.

2.3.2 O caráter subjetivo e objetivo das normas de direitos fundamentais

Assinalados os caracteres das normas de direitos fundamentais, cabe tratar dos escopos objetivo e subjetivo dessas espécies normativas.

Luigi Ferrajoli leciona que o direito subjetivo fundamental: “es una expectativa a la que corresponde una obligación: a una expectativa positiva corresponde una obligación positiva de prestación, a una expectativa negativa corresponde una obligación negativa de no lesionar.”¹⁵⁴

Vê-se, na visualização de direitos subjetivos de Ferrajoli, duas dimensões, uma de prestações (positiva) e outra de abstenções (negativa). Referidas dimensões demonstram efeitos, matéria de que trata a consequência da norma jurídica, destacando, assim, o caráter eficaz e normativo dos direitos fundamentais.

Em reforço da exposição, volvendo-se à visão da teoria geral do direito, na comparação entre direitos e deveres, e dentro do âmbito dos direitos fundamentais subjetivos, pode-se assacar com George Sarmento que estes direitos têm a sua satisfação processada em três direções (deveres): “ a) dever de abstenção na esfera de liberdade do titular; b) dever de proteção dos direitos fundamentais contra agressões externas; c) dever de promoção de

¹⁵⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 57.

prestações fácticas (políticas e serviços públicos) ou normativas (imposições legiferantes) destinadas à satisfação dos direitos fundamentais.”¹⁵⁵

Perpassada a análise do carácter eficaz e subjetivo dos direitos fundamentais, importa perscrutar sobre o que sejam os direitos objetivos. Nesse sentido, merecem destaque os seguintes ensinamentos de Karl Engisch sobre a conceituação de direito objetivo e a sua diferenciação com relação aos direitos subjetivos:

exemplos clássicos de atribuições de direitos aos indivíduos são-nos as garantias fundamentais de Direito Constitucional [...] A linguagem jurídica corrente distingue entre direito objectivo e direito subjetivo. O direito objectivo é a ordem jurídica, o conjunto das normas ou regras jurídicas que nós há pouco concebemos como imperativos. O direito subjetivo é a legitimação conferida pelo Direito (Berechtigung).¹⁵⁶

Carreada essa definição preliminar, importa perscrutar sobre a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, atente-se, como elementos de concretização do princípio da dignidade da pessoa humana e de legitimação do Estado. A faceta objetiva dos direitos fundamentais significa que às normas que os prevêem é outorgada função autônoma que transcende a perspectiva subjetiva, e que, além disso, desemboca no reconhecimento de conteúdos normativos. Essa perspectiva objetiva acaba por agregar uma mais-valia jurídica, um reforço da juridicidade dos direitos fundamentais. Estes passam, diante da condição de normas que incorporam determinados valores e decisões essenciais, a servir como parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos estatais. Além disso, devem ser observados como parâmetros para a criação e constituição de organizações (ou instituições) estatais e para o procedimento. Eles passam a ser entendidos como norte para a aplicação e interpretação das normas procedimentais. São, por causa disso, critérios para a formatação do direito organizacional, auxiliando na efetivação da proteção aos direitos fundamentais, de modo a se evitarem os riscos de uma redução do significado do conteúdo material deles, o que a doutrina chama de retrocesso.¹⁵⁷

Andreas Krell elucida que a compreensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais é essencial para o detalhamento dos *deveres* do Estado, porquanto a vinculação de todos os

¹⁵⁵ Cf. SARMENTO, George. “Pontes de Miranda e a teoria dos direitos fundamentais”. **Revista do mestrado em direito da Universidade Federal de Alagoas**. ano I, nº 1, janeiro/dezembro de 2005, Maceió: Nossa Livraria, 2005, p. 77.

¹⁵⁶ ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução de João Batista Machado, 7 ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 41-42.

¹⁵⁷ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5 ed. rev. atual. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 156 a 164.

poderes aos direitos fundamentais contém não só uma obrigatoriedade negativa do Estado de *não fazer* intervenções em áreas protegidas pelos Direitos Fundamentais, mas também uma obrigação *positiva*, de fazer tudo para a sua realização, mesmo se não existir um direito público subjetivo do cidadão.¹⁵⁸

Findando a explanação dessa subseção, é de se citar Viera de Andrade, o qual se posiciona muito bem sobre os caracteres dos direitos fundamentais. Para ele, a perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais está ligada à concepção de conferimento de posições jurídicas atribuídas ou reconhecidas aos indivíduos e cidadãos. Já na sua dimensão objetiva, não se consegue vislumbrar a consagração de posições jurídicas, mas o estabelecimento de princípios de organização e de ação social, econômica e política, que visam principalmente garantir esses direitos, são as chamadas garantias institucionais.¹⁵⁹

Desta forma, os direitos fundamentais são dotados, porque deles decorrem diversos efeitos, de eficácia. Eles conferem legitimidade para que os cidadãos os possam fazer valer (caráter subjetivo) perante o Estado, e, simultaneamente, vinculam a atividade do Estado e de todos os âmbitos jurídicos (caráter objetivo), estipulando, em ambos os casos, obrigações negativas (de abstenção) e positivas (de prestação).¹⁶⁰

Os direitos fundamentais, assim, apresentam-se como aqueles direitos carreados no âmbito normativo constitucional (prevalência da Constituição Material), traçados que são pelo programa normativo iusfundamental. Eles resguardam, no caráter objetivo, a ordem jurídica, e, no caráter subjetivo, a legitimação dos cidadãos para pleiteá-los. É por isso que se atesta o caráter da ADPF como instrumento de legitimação do Estado na garantia das dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais, eis que ela está posta para a defesa desses direitos.

2.4 contingenciamentos e limites à aplicação das normas de direitos fundamentais

¹⁵⁸ Cf. KRELL, Andreas Joachin. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 78.

¹⁵⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 3 ed. Livraria Almedina: Coimbra, 2004, p.74-75.

¹⁶⁰ SOARES, Mário Lúcio Quintão. Processo Constitucional, democracia e direitos fundamentais, *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 410.

2.4.1 As trilhas de Humberto Ávila

Delineados os direitos fundamentais como objetos a serem defendidos pela ADPF e estudados seus contornos e aspectos, importa adentrar nas peculiaridades e dificuldades de aplicação das normas de direitos fundamentais. Esses aspectos serão essenciais para se compreender o fenômeno da concretização dos direitos fundamentais a ser tratado na subseção 4.2.

Dentro deste ponto, e como início da explanação, serão utilizadas as lições traçadas por Humberto Ávila.

Humberto Ávila distingue as regras e princípios. As regras têm por escopo a descrição de fatos e a regulação de condutas, possuindo aplicabilidade ligada pela correspondência entre a construção conceitual dos fatos e as normas e finalidades que lhes dão suporte. Nesse sentido, elas geram decisões específicas. Os princípios, por outro lado, são finalísticos, dependem da realização de comportamentos para serem . Eles servem como critérios para a tomada de decisões.¹⁶¹

Em sua obra *Teoria dos Princípios*, Humberto Ávila traz uma concepção nova, a de postulados, que seriam normas metódicas que estruturam a interpretação e aplicação de princípios e regras mediante a exigência, mais ou menos específica, de relações entre elementos com base em critérios.¹⁶²

Seriam postulados em seu entender: a ponderação¹⁶³ de bens - buscando uma avaliação dos bens envolvidos; a concordância prática - que prega a realização máxima dos valores envolvidos; a proibição do excesso - que veda a aplicação de normas de uma forma em que se retire a sua eficácia; o da igualdade - vinculado às condições específicas dos envolvidos; o da razoabilidade - o qual prega, em suma, a essencialidade da relação entre a norma e o caso concreto; e o postulado da proporcionalidade - composto por seus elementos:

¹⁶¹ Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 4 ed. rev., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 130-131.

¹⁶² Cf. Idem, *ibidem*, p. 87-90.

¹⁶³ Veja-se neste sentido ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 95 e ss.

adequação entre o meio e o fim; necessidade; e proporcionalidade em sentido estrito – relação entre o meio e o fim, ou seja, geração de mais benesses do que prejuízos.¹⁶⁴

Na desenvoltura da aplicabilidade das normas de direitos fundamentais, principalmente, de conteúdo principiológico, e, em alguns casos, de conteúdo normativo, as balizas apresentadas por Humberto Ávila se tornam essenciais para a solução de controvérsias e colisões. São critérios que servem para fornecer caminhos seguros para que se garanta a máxima eficácia das normas constitucionais de direitos fundamentais. Esses parâmetros, portanto, servem como critérios fundamentais para se proceder a ponderações na hora de se aplicar mais de um preceito fundamental, ou seja, para se aferir qual preceito fundamental, dentre mais de um que esteja em entrelcho, deverá ser escolhido na hora da confecção de uma norma de decisão, ou, até mesmo, qual ponderação deverá ser processada dentre dois preceitos fundamentais para que ocorra a aplicação ótima do direito.¹⁶⁵

2.4.2 Aplicabilidade e concretização dos direitos fundamentais: por uma demarcação necessária

Apresentados os critérios para a aplicação das normas de direitos fundamentais, e antes de adentrar no estudo da aplicabilidade dos direitos fundamentais, espécies do gênero preceitos fundamentais, cumpre delimitar o conceito de aplicabilidade.

A aplicabilidade, segundo José Afonso da Silva, seria a

qualidade do que é aplicável. No sentido jurídico, diz-se da norma que tem possibilidade de ser aplicada, isto é, da norma que tem capacidade de produzir efeitos jurídicos. Não se cogita saber se ela produz *efetivamente* esses efeitos. Isso já seria uma perspectiva sociológica, e diz respeito a sua *eficácia* social.¹⁶⁶

¹⁶⁴ Cf. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 4 ed. rev., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 93-125.

¹⁶⁵ Um exemplo em que é necessária a ponderação entre preceitos fundamentais é o do aborto de fetos anencéfalos carreado na ADPF/54/DF. Nessa ação, existe um conflito entre o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana.

¹⁶⁶ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6 ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 13.

Aplica-se a lei interpretando. Mas uma norma só é aplicável plenamente se estiver aparelhada para incidir. A aplicabilidade das normas constitucionais (também de outras) depende especialmente de saber se estão vigentes, se são legítimas e se têm eficácia.¹⁶⁷

Para João Batista Herkenhoff, a aplicação do direito consiste em submeter o fato concreto à norma que o regule. “A aplicação transforma a norma geral em norma individual, sob a forma de sentença ou decisão administrativa.”¹⁶⁸

Por fim, elucidando a questão, Marcos Mello assenta:

A lei que vige e incide é aplicável. [...] a aplicabilidade concerne ao plano da *realização* do direito no meio social, pela imposição de suas normas através dos organismos estatais e que pode, por isso, falhar. A incidência e a vigência estão na dimensão normativa do direito, em um plano de validade, portanto de natureza lógica, e não no campo das realidades fáticas (sociológico) onde se dá a aplicação. Aplicar o direito é tornar efetivas a vigência e a incidência das normas jurídicas, não fazê-las incidir (*exceto se tal ato humano componha o suporte fático*¹⁶⁹), porque a incidência é incondicional.¹⁷⁰ (itálico do autor)

Marcos Mello assaca em outra quadra que a aplicação, dessarte, é momento posterior em relação à incidência e, naturalmente, dela dependente. Por isso, a errada aplicação da norma não altera a veracidade da incidência. Se a aplicação foi de norma que não incidiu, é necessário restabelecer-se a verdade, aplicando-se a norma realmente incidente, corrigindo-se o erro. Portanto, a incidência não depende da sua aplicação, pois se assim fosse não haveria razão para os instrumentos de correção do *error iuris*. Todavia, a incidência só pode decorrer da vigência. Mesmo que se concretizem os fatos previstos em seu suporte fático, a norma em *vacatio legis*, não incidirá, motivo pelo qual não poderá ser aplicada.¹⁷¹

¹⁶⁷ Cf. Idem, *ibidem*, p. 51-52.

¹⁶⁸ HERKENHOFF, João Batista. **Como aplicar o direito**. 4 ed. rev. atual., Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 9.

¹⁶⁹ É o que se dá nos casos de aplicação de diversos direitos fundamentais, o que interessa para o presente estudo, dado seu forte caráter valorativo, cabendo ao intérprete preencher a indeterminação e as lacunas dos elementos da estrutura da norma (suporte fático e preceito). É com base nesta ressalva do professor Marcos Mello que se defenderá, em determinados casos, a construção do conteúdo das normas pelos intérpretes, a aplicabilidade (concretização) dos direitos fundamentais. O que se quer destacar é que não se está a fazer tábula rasa da incondicionalidade da incidência, mas que o preenchimento do conteúdo das normas de direitos fundamentais, em sua maioria, necessita de uma mediação concretizadora para a partir daí serem eficazes. São os valores sociais que, em grande medida, preenchem este conteúdo diante das falhas ou aberturas do sistema. Advertindo-se, todavia, que se deve respeitar os limites, mesmo que mínimos, traçados pela norma. O que será melhor estudado na subseção 4.2.

¹⁷⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 12 ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p.82.

¹⁷¹ Cf. Idem, *ibidem*, p. 73-81.

Todavia, em que pesem as assertivas retro, vê-se que a aplicabilidade dos direitos fundamentais não pode estar vinculada diretamente à incidência de suas normas, todas dotadas de grande conteúdo axiológico, o que demonstra uma preponderância do intérprete no preenchimento deste conteúdo, na adequação de comandos, mesmo que indeterminados, à realidade fática, completando os elementos do conteúdo da norma para que a mesma incida. Esta incidência só pode se dar por intermédio da aplicabilidade, desde que consoante com o sistema jurídico, e quando não for contra os valores sociais. Usando das lições de Marcos Mello, constata-se que as normas de direitos fundamentais abrem espaço para que o intérprete implemente a sua incidência e as façam efetivas.

Conceituada a aplicabilidade como a realização do direito no meio social, na individualização da norma, cabe analisar os momentos em que aquela se processa. Nesse sentido, José de Oliveira Ascensão aduz:

o primeiro momento é aquele que está ligado à verificação de que o fato corresponde à abstrata previsão normativa. Mas essa verificação não se reduz a uma descrição histórica, supõe com grande freqüência uma elaboração autônoma. Quer dizer, o momento da aplicação sempre acrescenta alguma coisa que não poderia estar na regra por si só, pois implica uma ulterior valoração. O segundo momento está cingido a determinação das conseqüências jurídicas. E tão-pouco¹⁷² devemos supor que no enlace entre a estatuição abstrata e a formação dos efeitos concretos nenhuns problemas surgem, como se tudo estivesse na regra e bastassem a leitura e a transposição mecânica desta para o caso singular. Pelo contrário, é preciso frequentemente um trabalho de adaptação da conseqüência abstrata ao caso singular. Essa necessidade de adaptação pode ter as mais variadas causas; mas há uma tendência crescente de confiar o momento de aplicação a modelação das conseqüências no caso concreto. Nomeadamente, isso resulta da tendência da *individualização*.^{173 174}

José Oliveira Ascensão, ademais, traz importantes posicionamentos sobre a distinção entre aplicabilidade e interpretação, destacando a importância do intérprete quando se tem que proceder a valorações, uma vez que o mesmo é chamado a determinar o direito aplicável ao caso e a resolvê-lo efetivamente. A primeira parte é tarefa de interpretação. Mas não quer dizer que a interpretação tenha sido realizada perfeitamente, que tudo está terminado quando se apuram as regras sobre a mesma matéria. É necessário demonstrar que se aplicam ao caso configurado, o que se dá pelo exame das características da situação para justificar que se acomoda à previsão normativa. A aplicação não é mera operação lógica, pela qual o intérprete se limita a verificar a correspondência daquela situação à descrição abstrata que consta da lei,

¹⁷² Palavra de acordo com o português de Portugal.

¹⁷³ ASCENÇÃO, José de Oliveira. **O direito**: introdução e teoria geral – uma perspectiva luso-brasileira. 9 ed., rev., Livraria Almedina: Coimbra, 1995, p. 590-598.

¹⁷⁴ Frise-se que a aplicação aqui, como em Marcos Mello, está ligada a efetivar a vigência e a incidência da norma jurídica.

a subsunção, vez que esta se apresenta insuficiente sempre que seja necessário proceder a valorações, como se dá no caso de se apreciar as significações de conceitos jurídicos indeterminados. Daí é que salta a importância da valoração do fato.¹⁷⁵ ¹⁷⁶ É este o entendimento que deve informar a aplicabilidade dos preceitos fundamentais, onde é aberta ao intérprete a possibilidade de proceder à valorações e ponderações.

Ascensão, preconiza, portanto, que dentro da seara valorativa, caso de maioria dos direitos fundamentais, a norma concede ao intérprete a possibilidade de fixar algumas partes ou os próprios elementos de sua estrutura, o que se soma ao cotejo do sistema jurídico, à análise dos valores sociais, à vedação de contrariedade aos valores fundamentais da juridicidade (paz social, bem comum, justiça, ordem, segurança) e à natureza das coisas.

Marcos Mello tem posicionamento semelhante, destacando que a incidência da norma jurídica pressupõe que todos os elementos que constituem o seu suporte fático se tenham materializado, o que leva à problemática de que a concreção do suporte fático não envolve somente aspectos dogmáticos, mas questões de ordem filosófica – como as das lacunas da lei e seu preenchimento pelo intérprete, as da própria validade do direito objetivo resultante de normas impostas pelo Estado – e também de natureza sociológica – como as que dizem respeito à atualização das leis.¹⁷⁷

Seguindo na explanação, é de se citar Michel Temer no processamento da distinção entre eficácia jurídica e aplicabilidade:

*eficácia jurídica*¹⁷⁸, por sua vez, significa que a norma está apta a produzir efeitos na ocorrência de relações concretas; mas já produz efeitos jurídicos na medida em que a sua simples edição¹⁷⁹ resulta na revogação de todas as normas anteriores que com ela conflitam. Embora não aplicada a casos concretos, é aplicável no sentido jurídico antes apontado. Isto é: retira a eficácia da normatividade anterior. É eficaz *juridicamente*, embora não tenha sido aplicada concretamente.¹⁸⁰

¹⁷⁵ ASCENÇÃO, José de Oliveira. **O direito**: introdução e teoria geral – uma perspectiva luso-brasileira. 9 ed., rev., Livraria Almedina: Coimbra, 1995, p. 589-590.

¹⁷⁶ Entendemos mais adequado o termo realização, historização do fato, como será demonstrado no Estudo da metódica estruturante de Müller na seção 4.2.

¹⁷⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 12 ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 83.

¹⁷⁸ A efetividade da norma jurídica se diferencia da eficácia, eis que aquela se refere à adequação do comportamento da comunidade ao modelo de conduta traçado pela norma jurídica, ou seja, a norma jurídica é aceita e aplicada por seus destinatários.

¹⁷⁹ Entende-se que Michel Temer quis falar em vigência.

¹⁸⁰ TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 19 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 23.

Voltando ao eixo do trabalho, tem-se que a Constituição, devido ao seu caráter aberto – representado pelos mais variados valores, às vezes conflituosos - necessita de métodos para resolver as situações onde ocorram conceitos jurídicos indeterminados, para proceder à integração de lacunas e para equacionar os conflitos principiológicos, oxigenando a jurisdição constitucional e lhe conferindo o dinamismo e o enfrentamento de seus problemas mais complexos.¹⁸¹ Muitas das vezes não existe uma única solução para cada caso, mas respostas mais ou menos razoáveis para enfrentar o problema. É essa relativização que tem informado a aplicação do direito numa sociedade pluralista e globalizada. O direito, no contexto hodierno, necessita de instrumentos para solver esta problemática.

A busca dessas soluções, se não está aprisionada à lógica formal, também não é livre de limitações de ordem sistemática. Ela deve ser teleologicamente orientada à promoção dos valores que lastreiam a ordem constitucional e que são os elementos retores do sistema jurídico.

É nesse sentido que se apresenta o método da concretização.¹⁸² Tal método vislumbra a interpretação como um processo criativo, no qual o sentido da norma interpretada só pode ser obtido em face do problema concreto sobre o qual ela incide.^{183 184}

A concretização da norma constitucional pressupõe a sua pré-compreensão, uma formulação antecipada e abstrata de uma idéia sobre o seu conteúdo e limites. A partir da pré-compreensão, o intérprete aproxima-se do caso concreto, através de uma atuação tópica, orientada ao problema, mas limitada pela norma. Não se trata de um processo segmentado em duas partes, mas de um processo coeso e “circular”.¹⁸⁵

Na concretização, os elementos fornecidos pelos métodos clássicos de interpretação (literal, sistemático, histórico e teleológico), bem como pelos princípios específicos de interpretação constitucional (da unidade da Constituição, da efetividade, da concordância

¹⁸¹ Vide a seção 3.2 sobre a legitimação do poder judiciário.

¹⁸² Este método será estudado em pormenores na subseção 4.2.

¹⁸³ Cf. SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2000, p. 133-134.

¹⁸⁴ A concretização, nos dizeres de Grau, é a derradeira etapa da interpretação. A interpretação e a concretização se superpõem. GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 2 ed. , São Paulo: Malheiros, 2003, p. 26. Todavia, em que pese a similitude que Grau defende entre a interpretação e aplicação em sua obra “Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito”, opta-se pelo posicionamento de José de Oliveira Ascensão, entendendo-os como momentos diversos, um de valoração e o outro de verificabilidade das conseqüências.

¹⁸⁵ Cf. SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2000, p. 134.

prática etc.) são considerados como *topoi* (pontos de vista), devendo ser submetidos à discussão para se verificar quais fornecem premissas justas e razoáveis para a solução do problema,¹⁸⁶ ou, dentro das lições de Hesse, devem ser submetidos al juego de las opiniones em favor y contra y fundamentar la decisión de la manera más clarificadora y convincente posible.¹⁸⁷

Contudo, é de se destacar que a hermenêutica concretizadora não faz parte da tópica, pois preconiza o primado da norma em face do problema, conquanto essa preconiza justamente o inverso.¹⁸⁸

Nos dizeres de Hesse,

la interpretación constitucional es “concretización” (*Konkretisierung*). Precisamente lo que no aparece de forma clara como contenido de la Constitución es lo que debe ser determinado mediante la incorporación de la “realidad” de cuya ordenación se trata (*supra*, nº 45 y ss.). En este sentido la interpretación constitucional tiene carácter creativo: el contenido de la norma interpretada sólo queda completo con su interpretación; ahora bien, sólo en ese sentido posee carácter creativo; *la actividad interpretativa queda vinculada a la norma.*¹⁸⁹ (itálico do autor)

Nessa atividade, tem-se que a norma, enquanto geral e abstrata, ainda não é imediatamente normativa. Só passa a ter normatividade imediata quando se concretiza, quando se transforma em norma de decisão. Esta normatividade resulta da decisão de um caso jurídico, da sua aplicação a um caso jurídico a decidir imediatamente, da fixação de uma norma de decisão. No plano da concretização normativo-constitucional, a mediação metódica da normatividade pelos sujeitos concretizadores assume uma de suas manifestações mais relevantes. Todavia, esta atividade de concretização deve estar adstrita ao texto da norma, editado pelas entidades democráticas e juridicamente legitimadas da ordem constitucional. A norma de decisão, que representa a medida de ordenação imediata e concretamente aplicável a um problema, não é uma grandeza autônoma, independente da norma jurídica, nem uma decisão voluntarista do sujeito de concretização; deve, sim, reconduzir-se à norma jurídica geral.¹⁹⁰

¹⁸⁶ Cf. Idem, *Ibidem*, p. 134.

¹⁸⁷ HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Tradução de Pedro Cruz Villalon. 2 ed., Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 43.

¹⁸⁸ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2000, p. 134.

¹⁸⁹ HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Tradução de Pedro Cruz Villalon. 2 ed., Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 40-41.

¹⁹⁰ Cf. J CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3 ed. reimp., Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 1146-1147.

A concretização constitucional se apresenta, portanto, como um método procedimental destinado a garantir a eficácia da Constituição.¹⁹¹ Ela constitui, na verdade, uma decorrência da estrutura geralmente aberta e principiológica da norma constitucional, e, igualmente, do caráter histórico do compreender.¹⁹² Assim, é de se destacar a propriedade do método de concretização na aplicabilidade e defesa dos preceitos fundamentais, eis que orientado a garantir a eficácia da Constituição dentro dos lindes normativos. A pertinência de mencionada teoria em sede de ADPF, ademais, tem base na conformação aberta do termo preceito fundamental e da interpretação do princípio da subsidiariedade, o que soma aos conflitos existentes no que pertine ao rol de legitimados a propor mencionada ação constitucional.

Portanto, tendo em vista as dificuldades para a aplicação das normas de direitos fundamentais, é que se justifica o uso do método de concretização constitucional na aplicação dos direitos fundamentais, e, como não poderia deixar de ser, dos preceitos fundamentais, gênero destes, de sorte a que sejam preenchidos os espaços admitidos pelo programa normativo com os dados da realidade, tudo com vistas a se garantir eficácia e até mesmo efetividade a esses núcleos de fundamentalidade. Assim, o método de concretização se apresenta curial para garantir eficácia e efetividade à ADPF como instrumento de legitimação do Estado Democrático de Direito.

2.4.3 A aplicabilidade e a eficácia propriamente dita dos direitos fundamentais

Carreados os parâmetros e as dificuldades para a aplicação das normas de direitos fundamentais, cabe adentrar na eficácia propriamente dita destes. Frisa-se que a análise aqui empreendida tem o objetivo de aprofundar os contornos dos direitos fundamentais, com vistas a propiciar um melhor manuseio da ADPF na defesa dessas espécies de preceitos fundamentais. Esse é o recorte metodológico e o contexto em que se insere a explanação empreendida nesta subseção.

Tracejado que foi o conceito de aplicabilidade na subseção anterior, e o de eficácia jurídica, de maneira bastante superficial, compete, antes de aprofundar a análise nos aspectos

¹⁹¹ Nesse sentido, veja-se GALINDO, Bruno. **Direitos Fundamentais**: análise de sua concretização constitucional. Curitiba: Juruá, 2004, p. 167.

¹⁹² PARDO, David Wilson de Abreu Pardo. **Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 143.

da eficácia jurídica propriamente dita dos direitos fundamentais (espécies do gênero preceitos fundamentais), delinear o seu conceito e proceder a algumas distinções. Nesse sentido, a eficácia do Direito apresenta duas concepções, a eficácia social (efetividade) e a eficácia jurídica. A eficácia social é representada pela perfeita consonância de uma conduta com a previsão legal - a norma é realmente obedecida e aplicada - é a capacidade de se atingir os objetivos fixados na norma, de realizar os ditames jurídicos objetivados pelo legislador. Por outro lado, a eficácia jurídica diz respeito à aplicabilidade (realizabilidade, praticidade), exigibilidade ou executoriedade da norma, favorecendo à produção de efeitos.¹⁹³

No que reporta à eficácia jurídica, cabe discernir o que seja aplicabilidade, exigibilidade e executoriedade. A exigibilidade resulta da adequação da norma jurídica ao seu fundamento de validade, ou seja, ao fato de ela ser válida diante do sistema jurídico como um todo. A execução, por outro lado, consiste numa atividade impositiva do fato, numa atividade desenvolvida por funcionários competentes para que seja realizado o comando normativo. A aplicabilidade, por fim, seria a criação de uma norma concreta a partir da fixação do significado de um texto normativo abstrato em relação a um determinado caso.¹⁹⁴

Andreas Krell, no que importa ao deslinde dessa subseção, apresenta interessante conceito de eficácia jurídica: “Por eficácia jurídica entendemos a capacidade (potencial) de uma norma constitucional para produzir efeitos jurídicos.”¹⁹⁵

Depois de apresentadas estas breves noções, destaca-se que não é o objetivo do presente trabalho aprofundar a questão sobre os diversos planos de eficácia das normas constitucionais, cingindo o tema a uma teoria geral da eficácia dos direitos fundamentais.

Postas essas premissas, adentrar-se-á na seara da eficácia e, em decorrência, da aplicabilidade dos direitos fundamentais¹⁹⁶ como postos no ordenamento pátrio. Assim, deve-se ter em vista que, à luz do significado trazido no art. 5º, parágrafo 1º da Lei Fundamental, aos poderes públicos incumbe a tarefa de extrair das normas que consagram os direitos fundamentais a maior eficácia possível, outorgando-lhes efeitos reforçados, já que não há como desconsiderar a circunstância de que a presunção de aplicabilidade imediata e plena

¹⁹³ Cf. SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6 ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 60 e 66.

¹⁹⁴ Cf. NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994, p. 44.

¹⁹⁵ KRELL, Andreas Joachin. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 39.

¹⁹⁶ Observe-se a ressalva feita na nota de rodapé nº 168, e que deve permear a concepção das vindouras linhas.

eficácia que milita em favor dos direitos fundamentais constitui, em verdade, um dos esteios de sua fundamentabilidade formal no âmbito da Constituição.¹⁹⁷ Justifica-se, assim, uma aplicabilidade imediata sem o intermédio da mediação concretizadora ou com seu uso moderado nos casos de valores, conceitos indeterminados, lacunas etc.

Desta forma, ao se negar aos direitos fundamentais esta condição privilegiada, implicaria em negar-lhes a própria fundamentalidade. Não por outro motivo – isto é, pela sua especial relevância na Constituição – já se afirmou que, em certo sentido, os direitos fundamentais (e a estes poderíamos acrescentar os princípios fundamentais) governam a ordem constitucional.¹⁹⁸

Em confirmação do expendido, Gabrielle Bezerra Sales assaca que

a propósito, a distinção entre os poderes constituinte, reformador e legislativo é que estabelece a garantia dos direitos fundamentais e da estruturação do Estado, salvaguardando-os da sanha legiferante de governos antidemocráticos. Nesse sentido, os direitos fundamentais, como núcleo das constituições modernas, estão no plano supra-estatal, jamais podendo vir a ser objeto de adulteração, seja de forma comissiva, seja omissiva.¹⁹⁹

Continuando o estudo, é de se citar o posicionamento de José Afonso da Silva com relação à eficácia limitada das normas constitucionais programáticas. As normas programáticas seriam, para esse autor, aquelas em que o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos e jurisdicionais) como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado. Eles, justamente por isso, não teriam eficácia imediata.²⁰⁰ Dentro dessa concepção, alerta-se que mencionado autor concebe os direitos sociais como normas programáticas.

Cabe alertar, contudo, que José Afonso da Silva tem posicionamento no sentido de distinguir as normas programáticas dos princípios constitucionais, princípios políticos que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte, normas que dirigem os atos de criação e aplicação do direito. Nestes, ele vê direito vigente e diretamente aplicável.²⁰¹

¹⁹⁷ Veja-se neste sentido a subseção 2.1.3.

¹⁹⁸ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5 ed. rev. atual. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 272.

¹⁹⁹ SALES, Gabrielle Bezerra. **Teoria da norma constitucional**. São Paulo: Manole, 2004, p. 146.

²⁰⁰ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6 ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 138-140.

²⁰¹ Idem, *ibidem*, p.143.

Feita essa ponderação, e em que pese o entendimento de José Afonso da Silva de que as normas que tratam de direitos fundamentais, naqueles casos em que se exija lei ordinária para dar capacidade de execução em termos de regulamentação daqueles interesses visados, têm eficácia limitada, o mesmo entende que muitas dessas normas podem ser aplicadas diretamente por meio de outras providências. Ele finda, numa posição moderada e intermediária, por mitigar a eficácia limitada das normas programáticas, conferindo-lhes eficácia jurídica imediata, direta e vinculante nas hipóteses em que essas normas: estabelecem um dever para o legislador ordinário; condicionam a legislação futura, com a consequência de serem inconstitucionais as leis ou os atos que as ferirem; quando informam a concepção de Estado e da sociedade e inspiram a sua ordenação jurídica, mediante atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum; quando constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; quando condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário; e quando criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou desvantagem.²⁰²

Entretanto, em que avançadas essas concepções, José Afonso da Silva entende que as normas programáticas não produzem direitos subjetivos em seu aspecto positivo, geram-nos em seu aspecto negativo, dum dever de abstenção pelo legislador e pela administração pública, conferindo ao beneficiário a possibilidade de invalidação dos atos contrários às normas programáticas.²⁰³ Todavia, não se compactua com esse posicionamento, entendendo presente nas normas programáticas os caracteres de prestação e abstenção pelo Poder Público. Funda-se esta concepção nas lições de Andreas Krell, para quem os Direitos Fundamentais Sociais não são direitos *contra* o Estado, mas sim direitos *através* do Estado, exigindo do poder público certas prestações materiais, dado o seu forte caráter eficaz.^{204 205}

²⁰² SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6 ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 163-164.

²⁰³ Idem, *Ibidem*, p. 177-178.

²⁰⁴ KRELL, Andreas Joachin. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 19.

²⁰⁵ Contudo, a despeito de parte da doutrina de orientação liberal negar a fundamentabilidade dos direitos sociais, vê-se, como bem assevera Ingo Sarlet, que: “ em que pese a atual divergência a respeito da fundamentabilidade dos direitos sociais de um modo geral e dos limites de sua exigibilidade em juízo, constata-se – pelo menos entre nós e em expressiva parcela da doutrina (mas também, embora talvez com menor ênfase) e da jurisprudência – um crescente consenso no que diz com a plena justiciabilidade da dimensão negativa (defensiva) dos direitos sociais em geral e da possibilidade de se exigir em juízo pelo menos a satisfação daquelas prestações vinculadas ao mínimo existencial, de tal sorte que também nesta esfera a dignidade da pessoa humana (notadamente quando conectada com o direito à vida) assume a condição de um metacritério para as soluções tomadas no caso concreto, o que, de resto, acabou sendo objeto de reconhecimento em decisão recente do nosso Supremo Tribunal Federal (Sarlet se refere ao julgamento da ADPF nº 45 MC/DF (decisão proferida em 29.04.04)), quando o relator, Min. Celso de Mello, em decisão monocrática e a despeito de

Nessa mesma linha, refutando os posicionamentos de José Afonso da Silva, frisa-se o entendimento do professor George Sarmiento, quando o mesmo se posiciona sobre o forte poder das normas programáticas. Para ele, as normas programáticas seriam cogentes porque vinculam o poder público ao dever de perseguir os objetivos considerados essenciais ao fortalecimento do Estado Democrático de Direito. As normas programáticas prescrevem deveres estatais que se consubstanciam pela intervenção dos órgãos legiferantes ou pela atividade concretizadora da administração pública e da jurisdição. Os órgãos estatais devem pautar sua ação, portanto, pelas diretrizes das normas programáticas, mormente, quando se tratar de programas relacionados à efetividade dos direitos fundamentais.²⁰⁶

Ora, o direito constitucional é direito positivo, é lei (embora com características especiais) e, como tal, todas as suas normas têm força vinculante, donde é despiciendo insistir na concepção normas programáticas, ou seja, meros programas.²⁰⁷

Assim, destaca-se, se as normas programáticas possuem esse caráter vinculante, muito mais o possuem os direitos sociais. Esses direitos são dotados do duplice aspecto, direitos objetivos, de manutenção da ordem jurídica, e direitos subjetivos, de garantia de legitimidade para se exigirem prestações.

Neste ponto, então, frisa-se que as normas programáticas são dotadas de eficácia, pois, até quando tidas como “normas-programa”, “elas não representam meras recomendações ou preceitos morais com eficácia ético-política meramente diretiva, mas constituem Direito diretamente aplicável.”²⁰⁸

Ainda nessa linha de pensamento, é de se citar Pontes de Miranda, para quem:

as normas constitucionais programáticas são dirigidas aos três poderes estatais: elas informam os Parlamentos ao editar leis, bem como a Administração e o Judiciário ao aplicá-las, de ofício ou contenciosamente. A legislação, a execução e a própria

prejudicado o mérito (houve suprimento da omissão que deu origem à demanda), não deixou de afirmar enfaticamente a possibilidade de um controle judicial – agora também em sede de Arguição de Descumprimento – de políticas públicas na esfera dos direitos sociais (no caso, cuidava-se do direito à saúde), especialmente onde estiverem em causa prestações vinculadas ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana.” In SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3 ed. rev. atual. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 94.

²⁰⁶ SARMENTO, George. “Pontes de Miranda e a teoria dos direitos fundamentais”. **Revista do mestrado em direito da Universidade Federal de Alagoas**. ano I, nº 1, janeiro/dezembro de 2005, Maceió: Nossa Livraria, 2005, p. 35 e 36.

²⁰⁷ Cf. PARDO, David Wilson de Abreu Pardo. **Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. p. 81.

²⁰⁸ Cf. KRELL, Andreas Joachin. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 20.

jurisdição ficam sujeitas a esses ditames, que são como programas dados à sua função.²⁰⁹

Confirmando os posicionamentos retro, José Luiz Bolzan de Moraes destaca que os direitos ditos *fundamentais sociais* são valores intrínsecos a uma ordem constitucional comprometida com os valores humanitários, e que, portanto, a sua carga eficaz não pode ser objeto de tergiversação ou concessões políticas, eles não podem ser barganhados como produtos em uma feira de supérfluos, mais ainda quando sabemos que os mesmos se constituem em meios para a concretização das liberdades, da mesma forma que estas em relação aqueles.²¹⁰

Reforçando a importância dos direitos fundamentais, Pontes de Miranda destaca que as declarações de direitos e liberdades são as partes mais importantes das constituições, são a coluna do termômetro. Nelas é que estão os *preceitos* de lei que se reputam acima de discussão pelos poderes públicos, inclusive pelos legisladores.²¹¹

Portanto, são aplicáveis, qualidade daquilo que é aplicável, todas as normas jurídicas constitucionais que tratem de direitos fundamentais (em todas as suas dimensões ou escopos), porquanto dotadas de eficácia jurídica, consoante o disposto no parágrafo 1º, do art. 5º da Constituição Federal. É por esse motivo que essas espécies normativas podem ser invocadas em sua plenitude, até que sobrevenha legislação regulamentadora, quando for o caso, de sua utilização.²¹²

Canotilho nesta quadra acentua: A característica da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais reforça a sua força normativa autônoma, independentemente de uma lei concretizadora. Esse atributo normativo serviu para espancar os questionamentos sobre a sua caracterização como direitos subjetivos, situação imperante no período anterior ao pós-guerra, donde eram entendidos como direitos objetivos, mas nunca como aqueles, por faltar, justamente, uma lei concretizadora.^{213 214}

²⁰⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Comentários à Constituição Federal de 1969**. Tomo I, 1970, p. 127.

²¹⁰ Cf. MORAIS, José Luis Bolzan de Moraes. **As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 73.

²¹¹ Cf. MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Democracia, liberdade e igualdade: os três caminhos**. Atualizador Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2002, p. 49-50.

²¹² Cf. TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 19 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 23-25.

²¹³ Ressalve-se, é bom frisar, que a mediação concretizadora pode persistir naquelas hipóteses de aspectos valorativos, lacunas e conceitos indeterminados, desde, é claro, que exista base normativa para tanto.

²¹⁴ Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 145-146.

Tudo o que levantou até agora é reforçado pelo postulado hermenêutico da máxima efetividade²¹⁵ das normas constitucionais, pelo qual a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê.²¹⁶

Fazendo crítica, ademais, sobre a tendência restritiva que assola as garantias e os direitos fundamentais e que milita contrariamente ao disposto nos parágrafos 2º e 3º do art. 5º da Constituição Federal, limitadora da máxima eficácia constitucional, Gilmar Ferreira Mendes destaca que este parâmetro de restritividade deveria estar cingido à garantia de eternidade de mencionados direitos sem afetar os princípios por eles protegidos, os quais seriam moldados pela evolução da sociedade.²¹⁷

É de se citar nesta quadra a lição de Pontes de Miranda sobre o uso de interpretação restritiva de normas constitucionais:

só se tem de adotar critério de interpretação restritiva quando haja, na própria regra jurídica ou noutra, outro interesse que passe à frente. Por isso, erro dizer-se que as regras jurídicas constitucionais se interpretam sempre com restrição. De regra, o procedimento do intérprete obedece a outras sugestões, e é acertado que se formule do seguinte modo: se há mais de uma interpretação da mesma regra jurídica inserta na Constituição, *tem de preferir-se aquela que lhe insufle a mais ampla extensão jurídica*; e o mesmo vale dizer-se quando há mais de uma interpretação de que sejam suscetíveis duas ou mais regras jurídicas consideradas em conjunto, ou de que seja suscetível proposição extraída, segundo os princípios, de duas ou mais regras. A restrição, portanto, é excepcional.²¹⁸ (itálico do autor)

Portanto, diante do princípio da máxima eficácia da constituição e pela adoção de interpretações restritivas somente nos casos em que o texto constitucional assim dispuser, é que se destaca a propriedade em entender com a maior eficácia possível todas as dimensões de direitos fundamentais, inclusive os sociais e as normas ditas programáticas. Essas espécies normativas devem ser entendidas como direitos objetivos e subjetivos dos populares em face do Estado, donde se pode extrair a sua importância para a exigibilidade por meio da ADPF, como ocorreu nas ADPFs 45/DF e 54/DF, ambas tratadas na subseção 2.1., e na ADPF/14/DF, que trata da fixação de piso salarial, do salário mínimo.

²¹⁵ Entende-se que Canotilho quis se referir à máxima eficácia.

²¹⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3 ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 1149.

²¹⁷ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: parâmetro de controle e objeto, *in*: TAVARES, André; ROTHENBURG, Walter Claudius (coords). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: análises à luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001, p. 128-132.

²¹⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. Tomo I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 302.

2.4.4 Os efeitos da não aplicação, do descumprimento, das normas que tratam dos direitos fundamentais

Tratada a eficácia e a aplicabilidade dos direitos fundamentais, compete dirigir o foco aos efeitos resultantes do desrespeito às normas de direito fundamental. Destacam-se, como primeiras linhas desse intento, o fato de que a suficiência do suporte fático se reflete no plano da existência,²¹⁹ e a sua deficiência no plano da validade ou da eficácia, quer dizer, o fato jurídico existe, porém inválido (nulo ou anulável) ou ineficaz (efeito geralmente decorrente do controle de constitucionalidade do STF).²²⁰

Marcos Bernardes de Mello lista os seguintes efeitos decorrentes do fato ilícito segundo a sua eficácia: a) indenizativo – diz-se indenizativo o ato ilícito quando seu efeito consiste na geração do dever de indenizar os danos causados. Ele necessita, além da capacidade de praticar o ato ilícito, a capacidade de obrigar-se por ato ilícito. Um exemplo que se pode assentar aqui na área dos direitos fundamentais é a indenização de condenados por erro judiciário, conforme o inciso LXXV do art. 5º da Constituição Federal; b) caducificante – a sua consequência consiste na perda (caducidade) do direito. Um exemplo deste efeito no direito constitucional é a inelegibilidade de governantes condenados por crime de responsabilidade em processo de *impeachment*; c) invalidante – trata de todo o ato de violação de direito cuja consequência é a invalidade. Dentro de seu escopo estão a nulidade e a anulabilidade. Trata-se de uma sanção que o ordenamento jurídico adota para punir determinadas condutas que, embora integrem suporte fático de ato jurídico, implicam contrariedade a direito. No caso do direito público, por exemplo, a lei e os atos normativos em geral, que são atos jurídicos de natureza especial, são inválidos (=nulos) quando infringem normas de hierarquia superior, de forma ou de fundo. É o que ocorre nos casos de inconstitucionalidade das leis e de inconstitucionalidade ou ilegalidade de atos normativos infralegais (decretos e regulamentos). Não importa se a norma infringida é relativa ao processo legislativo (formal), ao poder de editá-la (norma de competência), ou se a violação é

²¹⁹ O existir, na concepção desse trabalho, é decorrência de se verter algo, alguma coisa, lingüisticamente. Veja-se nesse sentido a subseção 4.1.3.

²²⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 12 ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 82-83.

conteúdo de regra substantiva, de direito material, de fundo (casos de antinomia). Em qualquer hipótese tem-se a invalidade como consequência da infração.²²¹

Clémerson Mérlin Cléve, fazendo uma análise sobre o papel do Estado diante dos direitos fundamentais, bem como sobre os efeitos do descumprimento destes por aquele, carrega o seguinte posicionamento:

[...] o Estado é uma realidade instrumental. É uma máquina concebida pelo constituinte para buscar a plena efetividade, a plena concretização dos princípios, dos objetivos e dos direitos fundamentais. [...] Todos os poderes do Estado, ou melhor, todos os órgãos constitucionais, têm por finalidade buscar a plena satisfação dos direitos fundamentais. Quando o Estado se desvia disso ele está, do ponto de vista político, se deslegitimando, e do ponto de vista jurídico, se desconstitucionalizando – é isso que precisamos ter em mente. [...] os direitos fundamentais não são concessão, não estão à disposição do Estado. Pelo contrário, este, sim, está à disposição dos direitos fundamentais para buscar a sua plena concretização. Os direitos fundamentais não são instrumento do Estado; este, sim, é instrumento dos direitos fundamentais.²²²

Em conclusão, assenta-se que diversos são os efeitos que podem resultar do descumprimento dos direitos fundamentais pelo Estado. O primeiro deles se dá no plano da eficácia, tornando ineficazes os atos dissonantes com os valores nucleares da Constituição, o que se dá corriqueiramente com o controle abstrato de constitucionalidade do STF. No plano da validade, têm-se indenizações, perdas de direitos, e o que mais importa, as invalidades (anulabilidades e nulidades), retirando do sistema as normas que sejam incompatíveis com os direitos fundamentais. Por fim, concebendo o Estado como instrumento dos direitos fundamentais, pode-se enxergar mais um efeito, a sua desconstitucionalização e a sua deslegitimação no seio social. Todos estes efeitos, menos o da deslegitimação, se impõem como sanções pelo descumprimento da dimensão subjetiva, individualizada, e objetiva, protetiva da ordem constitucional, de que são dotados os direitos fundamentais dentro de sua máxima eficácia.

Pois bem, assentados o âmbito, a eficácia e as dificuldades para a aplicabilidade dos direitos fundamentais, é que se pode atestar a importância de uma interpretação que concretize mencionados direitos, preenchendo seus conteúdos, e dotando-os dos aspectos objetivo e subjetivo. É este o intento que se quer conferir à ADPF em sua função instrumental e legitimante, sob pena de se desconstitucionalizar e deslegitimar o Estado. Na busca de

²²¹ Cf. Idem, *ibidem*, p. 246-251.

²²² CLÉVE, Clémerson Mérlin. O controle de constitucionalidade e a efetividade dos direitos fundamentais, p. 389, *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

salvaguardar a ordem jurídica nacional e o Estado brasileiro é que se propõem interpretações renovadas dos principais aspectos dessa ação constitucional, tudo com vistas a proteger e concretizar os direitos fundamentais, constitucionalizando e legitimando o Estado.

2.5 O princípio da dignidade da pessoa humana como elemento de conformação dos direitos fundamentais

2.5.1 Evolução histórica do conceito de dignidade da pessoa humana

Estudado o caráter sistêmico dos direitos fundamentais, declinada a concepção de preceito fundamental, detalhadas a eficácia, aplicabilidade e aduzidas algumas linhas sobre a concepção concretizante dos direitos fundamentais (espécies de preceitos fundamentais), compete adentrar na base de todos os direitos fundamentais, no princípio mais importante da Constituição Federal, com vistas a formular o melhor manuseio da ADPF. O princípio da dignidade humana,²²³ elemento de conformação dos demais direitos fundamentais, representa este importante conteúdo a ser explanado.

Assim, iniciando essa subseção, passa-se à análise da evolução histórica do princípio da dignidade da pessoa humana.

Eduardo Ramalho Rabenhorst, adiantando um primeiro posicionamento do que seja dignidade da pessoa humana, relata: “a dignidade é acima de tudo uma *categoria moral* que se relaciona com a própria representação que fazemos da condição humana, ou seja, ela é qualidade ou valor particular que atribuímos aos seres humanos em função da posição que eles ocupam na escala dos seres.”²²⁴

²²³ Destaca-se que, como tratado na subseção 1.2.1., o caráter de direito fundamental está ligado à proteção do princípio da dignidade da pessoa humana.

²²⁴ RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade humana e moralidade democrática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 15.

Levantada esta primeira conceituação, da qual se extrai, dentro de uma perspectiva filosófica, a forte carga moral e valorativa da dignidade humana - caráter exclusivo de nossa espécie – passa-se a uma análise histórica da evolução do conceito de dignidade da pessoa humana.

Nos primórdios, vêem-se no pensamento cristão as primeiras sinalizações de uma universalização de tratamento igualitário entre os homens. São Paulo, em sua Epístola aos Romanos, pregava: “pois sou devedor tanto a gregos como a sábios, tanto a sábios como a ignorantes” (Romanos, 14). Ora, se todos os homens são criaturas de Deus, eles são iguais enquanto criaturas. Se há desigualdade entre os homens, ela é resultante de uma imperfeição aparente, já que o *logos* divino fez de todos os seres humanos livres e iguais.^{225 226}

Séculos depois, é digna de destaque a concepção kantiana, embasada na autonomia da vontade, entendida como a faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis - um atributo apenas encontrado nos seres racionais - constituindo-se num “moderno” fundamento da dignidade da natureza humana.²²⁷

Dentro das concepções abrangentes da autonomia da vontade, importa trazer à colação os seguintes posicionamentos de Kant:

o Homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado como um fim. Portanto, o valor de todos os objetos que possamos adquirir pelas nossas ações é sempre condicional. Os seres cuja experiência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm, contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio (e é objeto de *respeito*).²²⁸(itálico não presente no original)

Pode-se falar, então, que, na perspectiva kantiana, a dignidade humana se funda no lugar que o homem ocupa na escala dos seres. Diferentemente das outras criaturas vivas, nós, humanos, podemos ultrapassar o estágio da simples *animalidade* e identificar, tanto em nós

²²⁵ Cf. RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade humana e moralidade democrática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 25.

²²⁶ Em que pese esta igualdade cristã, vê-se que esta religião legitimou a estratificação social ora existente e o procedimento perseguidor da inquisição, o que só no presente século veio a ser desmerecido com o pedido de perdão do falecido Papa João Paulo II.

²²⁷ Cf. KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. in: Os Pensadores – Kant (II), Tradução de Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 134 e 141.

²²⁸ Idem, *Ibidem*, p. 134 e 135.

mesmos como nos nossos semelhantes, uma mesma essência livre e racional, isto é, uma idêntica *humanidade*. E é precisamente o reconhecimento dessa humanidade aquilo que Kant chama de *respeito*, ou seja, uma *máxima restrição* que nos obriga a não rebaixar os nossos semelhantes ao estado de mero instrumento para a consecução de uma finalidade qualquer.²²⁹

Sintetizando as etapas históricas de legitimação da dignidade da pessoa humana, Rabenhorst é elucidativo:

contudo, na perspectiva cristã, tal dignidade encontra sua justificação em uma certa natureza divina do homem, isto é, no fato de este representar uma unidade substancial entre matéria e espírito, criada conforme a imagem e semelhança de Deus. Já para Kant, a dignidade se alicerça na própria autonomia do sujeito, isto é, na capacidade humana de se submeter às leis de sua própria potência legisladora e de formular um projeto de vida de forma consciente e deliberada.²³⁰

Dentro da concepção kantiana, pode-se ver a idéia de uma comunidade moral, uma comunidade universal da qual fazem parte todos os seres racionais, submetida à sua potência legisladora racional.

Todavia, vislumbra-se que a concepção kantiana, diante da força dada à racionalidade como elemento distintivo, acaba por apresentar um aspecto negativo, pois prega uma desvalia dos seres irracionais - meros meios - elevando os seres racionais a fins em si mesmos, donde decorre o valor em dignidade destes. Portanto, não caberia em se falar de dignidade com relação aos animais - meio, instrumentos - o que hodiernamente se mostra incompatível, considerando-se todo o arcabouço legal protetivo dos animais e da natureza em geral.²³¹

Esta teoria, por outro lado, apresenta como ponto positivo o fato de a dignidade humana tolher a coisificação de um ser humano em relação ao outro, ou seja, um ser humano é fim e não meio para o desenvolvimento de outro. Este é o mérito que se extrai de sua formulação.

2.5.2 Perspectiva atual do princípio da dignidade da pessoa humana

²²⁹ Cf. RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade humana e moralidade democrática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 34.

²³⁰ RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade humana e moralidade democrática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 34.

²³¹ Em que pese a assertiva, vê-se que a proteção à natureza e aos animais em geral se funda em aspectos do desenvolvimento sustentável, o que nos faz retornar à velha concepção de que esta proteção só vem para preservar os meios para o desenvolvimento do homem.

A dignidade da pessoa humana, portanto, diante da evolução de pensamento delineada na subseção anterior e numa concepção moderna, representa o reconhecimento de que todos os nossos semelhantes possuem o mesmo valor, não se admitindo gradação de hierarquia, de tal sorte que, em existindo uma comunidade moral, os patifes e os apátridas também fazem parte dela. E se eles não reconhecem o valor dos outros indivíduos, isso não nos autoriza a negar este mesmo valor. O máximo que se pode fazer é puni-los, respeitando as suas dignidades.²³² Ela está centrada na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa, em sua liberdade.

Importa, contudo, ter presente a circunstância de que esta liberdade (dignidade-autonomia) é considerada em abstrato, como sendo a capacidade potencial que cada ser humano tem de autodeterminar sua conduta, não dependendo da sua efetiva realização em um caso concreto, de tal sorte que também o absolutamente incapaz (por exemplo o portador de grave deficiência mental) possui exatamente a mesma dignidade de que qualquer outro ser humano física e mentalmente capaz.²³³

Nos tempos atuais, asseverando a defesa incondicional de todo e qualquer ser humano, até o maior dos criminosos, é de se citar o art. 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), segundo a qual “ todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.”

Diante da presente Declaração, Rabenhorst destaca que, apesar de as declarações anteriores registrarem *garantias negativas* dos indivíduos em face das intrusões do Estado que ameacem a sua dignidade, a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 carrou *garantias positivas*, obrigando o Estado a intervir através de prestações para a concretização da dignidade dos indivíduos (educação, trabalho, saúde etc.).²³⁴

Demonstra-se com isso uma guinada de concepção na concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

²³² Cf. RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade humana e moralidade democrática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 41.

²³³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3 ed. rev. atual. ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 45.

²³⁴ RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade humana e moralidade democrática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 39.

Conclui Ingo Sarlet, fazendo remessa à Bleckman, que á luz do que dispõe a Declaração Universal dos Direitos da Homem, bem como considerando a evolução da concepção de dignidade da pessoa humana, verifica-se que o elemento nuclear da noção de dignidade da pessoa humana parece continuar sendo reconduzido – e a doutrina majoritária confirma esta conclusão – primordialmente a matriz kantiana, centrando-se, portanto, na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa (de cada pessoa).²³⁵

Portanto, em que processada alguma evolução na concepção da dignidade da pessoa humana, seu aspecto abstrato e garantidor de prestações positivas e negativas por parte do Estado, verifica-se o retorno à autonomia da vontade humana em sua matriz kantiana, o que faz esperar aprimoramentos nessa concepção para que a referibilidade da proteção ultrapasse o âmbito humano.

2.5.3 A dignidade da pessoa humana vislumbrada como *ethos* da moralidade democrática

Aprofundando ainda mais o conceito de dignidade da pessoa humana, importante é a noção de moralidade democrática tracejada por Rabenhorst. Segundo ele, depois de tratar do princípio da reciprocidade, aquele decorrente da identificação que se faz diante de outro ser de nossa espécie:

não resta dúvida de que a moralidade democrática é a que melhor traduz este princípio de reciprocidade. Como nenhuma outra, ela atribuiu a todos os sujeitos o idêntico direito básico à igualdade, sem o qual seria impossível exigir quaisquer outros direitos. Por isso a democracia é mais que um mero sistema político. Ela é aquilo que reveste a própria idéia de Estado de direito (que os alemães chamam de *Rechtsstaat* e os anglo-saxônicos de *rule of law*). Com efeito, um Estado de direito não é simplesmente aquele que cumpre os princípios formais da legalidade, da publicidade e do equilíbrio entre os poderes. Ele é, acima de tudo, o Estado que reconhece e protege o exercício mútuo das liberdades.²³⁶

Portanto, o que caracteriza a democracia é o reconhecimento da dignidade da pessoa humana, um princípio prudencial, sem conteúdo pré-fixado, uma *cláusula aberta* que assegura a todos os indivíduos o direito à mesma consideração e respeito, mas que depende,

²³⁵ Cf. Albert Bleckmann, *Staatsrecht II – Die Grundrechte*. 4 ed. Köln-Berlin-Bonn-München: Carl Heymanns, 1997, p. 54, *apud* Ingo Wolfgang Sarlet. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3 ed. rev. atual. ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.45.

²³⁶ RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade humana e moralidade democrática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 47.

para sua concretização,²³⁷ dos próprios julgamentos que esses indivíduos fazem acerca da admissibilidade das diversas formas de manifestação da autonomia humana. Assim concebida, a dignidade humana deixa de ser um conceito descritivo para tornar-se o próprio *ethos* da moralidade democrática.²³⁸ Trata-se de uma ética de caráter não totalizante, ou seja, de um mínimo moral comum aceito por uma sociedade pluralista que reflete a unidade e a universalidade dos homens como seres racionais.²³⁹

Essa concepção é importante para a determinação dos padrões democratizantes que o princípio da dignidade apresenta com relação ao Estado. Este princípio se apresenta como um núcleo que não pode ser tangido pelo Estado, o que demonstra a sua importância como instrumento de sindicabilidade da ADPF e como orientação a ser respeitada para a legitimação do Estado.

2.5.4 O conceito do princípio da dignidade da pessoa humana

Então, a dignidade da pessoa humana, como *ethos* da moralidade democrática, apresenta-se como cláusula que atribui a todos os sujeitos o idêntico direito básico à igualdade, legitimando o Estado e o sistema jurídico.

Perpassando o estudo da origem e fundamentação da dignidade da pessoa humana, traz-se o conceito de dignidade da pessoa humana proferido por Luís Roberto Barroso:

o princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se com a liberdade de valores do espírito como com as condições materiais de subsistência. [...] Seu núcleo material elementar é composto do mínimo existencial, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute de sua liberdade. [...] O elenco de prestações que compõem o mínimo existencial comporta variação quanto a visão subjetiva de quem o elabore, mas parece haver razoável consenso de que inclui: renda mínima, saúde

²³⁷ Método de interpretação da Constituição onde o intérprete busca uma “compreensão” da norma que vai concretizar, a qual está vinculada a uma “pré-compreensão”, por meio da qual se esclarece e confere sentido à norma, e ao problema concreto que se vai resolver. Cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 14 ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 604-605. Tema que será estudado na subseção 4.2.

²³⁸ Cf. RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade humana e moralidade democrática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 48-49.

²³⁹ BELLINO, Francesco. **Fundamentos da bioética: aspectos antropológicos, ontológicos e morais**. Bauru: EDUSC, 1997, p. 289, *apud* Eduardo Ramalho Rabenhorst. **Dignidade humana e moralidade democrática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 49.

básica e educação fundamental. Há, ainda, um elemento instrumental, que é o acesso à justiça. Indispensável para a exigibilidade e efetivação²⁴⁰ dos direitos.^{241 242}

Dentro deste novo conceito, vê-se o somatório de um novo elemento, o entendimento do mínimo existencial, núcleo material a que se dirige a realização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Falando sobre a teoria do mínimo existencial, pouco utilizada na práxis constitucional brasileira, Krell aduz que a mesma tem função de atribuir ao indivíduo um direito subjetivo contra o Poder Público em casos de diminuição de prestação dos serviços sociais básicos que garantem a sua existência digna.²⁴³

A questão do mínimo existencial, conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física, já teve acurado estudo de Pontes de Miranda, o qual destacou:

assim, é indispensável, dizíamos em 1933 (*Direito à Subsistência*, 41) à realização do direito à subsistência: (1) que se insira em Declaração de Direitos rígida – como direito público subjetivo; (2) que a planificação o realize, partindo-se do reconhecimento científico da alimentação, da casa e da roupa (fixado o mínimo vital), dos meios de que se dispõe para a satisfação daquelas necessidades e dos outros direitos, e das medidas que cheguem aos resultados desejados, mais o coeficiente de melhoramento. A concepção dele como direito público subjetivo evita: a) que se elimine a personalidade, o indivíduo, e, evitando-o, consegue-se que se ligue o futuro às revoluções passadas, à grega, à cristã, à francesa, à americana e à russa; b) que se desbarate a técnica do direito, adquirida durante os últimos séculos; c) e que se deixe à mercê dos dirigentes, a seu bel-prazer, a realização do direito à subsistência (p. 42) [...] O direito à subsistência nada tem com o salário; só se refere ao mínimo vital.²⁴⁴

Em outra quadra, estabelecendo um cotejo entre a dignidade da pessoa humana com a liberdade, destaca-se que aquela pode ser equiparada à fruição “do mais amplo sistema de liberdades iguais para todos”. Os direitos sociais e os direitos de participação política, neste sentido, não teriam um valor autônomo, porquanto não tutelam bens ou valores que são fins em si mesmos porque asseguram diretamente a dignidade humana ou o pleno desenvolvimento da personalidade do homem. Eles são, isto sim, instrumentalizados como

²⁴⁰ Entende-se adequado o termo eficacização do direito.

²⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo), in: GRAU, Eros Roberto (coord); CUNHA, Sérgio Sérulo da (coord). **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 35-37.

²⁴² A concepção do Acesso à Justiça como elemento instrumental da realização do mínimo existencial, núcleo material elementar do princípio da dignidade da pessoa humana, vai ser fundamental para a compreensão das seções vindouras do presente estudo, em especial, para a defesa do caráter subjetivo do controle de constitucionalidade processado pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

²⁴³ KRELL, Andreas Joachin. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 62.

²⁴⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Democracia, liberdade e igualdade**: os três caminhos. Atualizador Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2002, p. 631-632.

meios para atingir o único e verdadeiro fim da espécie humana: a liberdade humana – base do constitucionalismo e da democracia.²⁴⁵

Por fim, tem-se com Ingo Sarlet, quando de sua busca em levantar conceito de dignidade da pessoa humana que, além de reunir a dupla perspectiva ontológica e instrumental, procure destacar a faceta intersubjetiva, relacionando simultaneamente as suas dimensões negativa (defensiva) e positiva (prestacional), a seguinte conclusão:

a dignidade da pessoa humana se refere a uma qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.²⁴⁶

Do exposto, só se pode atestar que o princípio da dignidade da pessoa humana tem o mote de garantir a liberdade dos indivíduos, bem como as condições mínimas para que estes desenvolvam a sua liberdade por meio de direitos subjetivos e objetivos carreados na Constituição. É nesse contexto, de defesa da liberdade do indivíduo e de condições mínimas para que este se desenvolva, que se apresenta a ADPF, instrumento mais do que adequado para tolher violações ao princípio da dignidade da pessoa humana, valor fundante do Estado brasileiro.

2.5.5 O caráter normativo do princípio da dignidade da pessoa humana

Superado o estudo histórico e a perspectiva atual do princípio da dignidade da pessoa humana, importa perscrutar sobre o seu caráter normativo.

A Constituição outorgou aos princípios fundamentais, dentre os quais se destaca o princípio da dignidade da pessoa humana, a qualidade de normas embaadoras e informativas de toda a ordem constitucional, inclusive (e especialmente) das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, que igualmente integram (juntamente com os princípios

²⁴⁵ MELLO, Cláudio Ari. **Democracia constitucional e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 127.

²⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3 ed. rev. atual. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 59-60.

fundamentais) aquilo que se pode – e neste ponto parece haver consenso – denominar de núcleo essencial da nossa Constituição formal e material. Nesse diapasão, ganhou em importância a fixação do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado democrático de Direito, conforme art. 1º, III, da Constituição de Federal de 1988, como fundamento da ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), como uma das bases do planejamento familiar (art. 226, § 7º, da Constituição Federal) e como meio de assegurar à criança e ao adolescente o direito a uma existência digna (art. 227, caput, da Constituição Federal).^{247 248}

Dentro deste aspecto, e fortalecendo o seu caráter normativo, Ingo Sarlet é elucidativo sobre o importe da dignidade da pessoa humana como fundamento de um Estado Democrático de Direito:

consagrando expressamente, no título dos princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado democrático (e social) de Direito (art. 1º, inc. III, da CF), o nosso Constituinte de 1988 – a exemplo do que ocorreu, entre outros países, na Alemanha – além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal.²⁴⁹

Ao se qualificar a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, tem-se a certeza de que o artigo 1º, inciso III, de nossa Lei Fundamental não contém apenas (embora também e acima de tudo) uma declaração de conteúdo ético moral, mas que constitui norma jurídico-positiva dotada, em sua plenitude, de *status* constitucional formal e material e, como tal, inequivocamente carregado de eficácia.²⁵⁰

Paulo Bonavides, ao se referir ao princípio da dignidade da pessoa humana, afirma, outrossim, que “sua densidade jurídica no sistema constitucional há de ser portanto máxima e se houver reconhecidamente um princípio no trono da hierarquia das normas, esse princípio não deve ser outro senão aquele em que todos os ângulos éticos da personalidade se acham consubstanciados.”²⁵¹

²⁴⁷ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3 ed. rev. atual. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 61-62.

²⁴⁸ É dentro desse escopo que se faz referência à ADPF/54/DF, que trata do aborto de feto anencéfalo, referida na subseção 2.1.4 deste trabalho.

²⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3 ed. rev. atual. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 65.

²⁵⁰ Cf. Idem, *Ibidem*, p. 70.

Nesse sentido, é de se destacar com as lições de Ana Paula Barcellos que há um núcleo de condições materiais (mínimo existencial)²⁵² que compõe a noção de dignidade de maneira tão fundamental que sua existência impõe-se como uma regra, não um princípio. Se tais condições não existirem, não há como otimizar mencionado princípio, ao modo dos demais princípios constantes no ordenamento. A dignidade, assim, terá sido violada, da mesma forma como as regras o são. Ultrapassando esse núcleo, a norma mantém a sua natureza de princípio. O mínimo existencial apresenta-se, ademais, como limite à atuação das maiorias (que poderão desenvolver a partir dele seus próprios projetos de dignidade), motivo pelo qual a identificação desse núcleo – que, já se viu, tem natureza de norma-regra, biunívoca e violável – e de sua eficácia jurídica é de maior relevância.²⁵³

Portanto, assaca-se que o princípio da dignidade da pessoa humana, ao ser positivado como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, ganhou importância como núcleo essencial de nossa constituição formal e material – aspecto interpretativo e conformador – imputando funções ao Estado como meio de realizar o ser humano, sendo dotado, por isso, de aspectos normativos e vinculantes quando da defesa de seu próprio núcleo material, o princípio do mínimo existencial.

Todavia, em que pese todo este aspecto normativo, para que decorra a proteção positiva, mister se faz considerar a dignidade como atributo da pessoa humana individualmente considerada, e não de um ser ideal ou abstrato, razão pela qual não se deverá confundir as noções de dignidade da pessoa e de dignidade humana, quando esta for referida à humanidade como um todo. Assim, também para o nosso direito constitucional positivo, é a dignidade da pessoa humana (de cada e, à evidência, de todas as pessoas) concreta e individualmente considerada o objeto do reconhecimento e proteção pela ordem constitucional.²⁵⁴

Sumariando as posições, é de se destacar que o caráter normativo do princípio da dignidade da pessoa humana decorre da concepção do mínimo existencial, seu núcleo essencial, o qual se refere às condições básicas para o desenvolvimento da liberdade do

²⁵¹ BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. 2 ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 233.

²⁵² Parêntese não constante no original e que representa noção estudada na subseção 2.5.4.

²⁵³ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos direitos fundamentais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 194 e 199.

²⁵⁴ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3 ed. rev. atual. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 51-52.

indivíduo. A importância dessa delimitação é essencial para permitir a sindicabilidade de mencionado princípio por meio da ADPF. A ADPF, na defesa do princípio da dignidade da pessoa humana, seria posta como instrumento para implementar condições mínimas de subsistência e participação política em nosso país, ou para tolher violações a essas orientações. A possibilidade de sindicabilidade por esta importante e pouco usada ação constitucional teria por base, justamente, a relevância e a essencialidade do princípio da dignidade da pessoa humana, em especial de seu núcleo, para a legitimação do Estado.²⁵⁵

2.5.6 A dimensão dúplice do princípio da dignidade da pessoa humana

Ultrapassada a conceituação e o caráter normativo do princípio da dignidade da pessoa humana, cabe cotejar as suas dimensões.

A dignidade da pessoa humana, como conteúdo concreto, assume particular relevância como limite e tarefa dos poderes estatais, da comunidade em geral, de todos e de cada um, condição dúplice esta que também aponta para uma paralela e conexa dimensão defensiva e prestacional da dignidade.²⁵⁶ Sua dimensão defensiva é justificada pelo fato de estabelecer vedações tanto no plano do direito objetivo como em situações concretas. Sua dimensão prestacional está ligada à assistência e proteção pelo Estado no que concerne à dignidade dos indivíduos, o seu aspecto subjetivo, e pela edição de normas consonantes com essa orientação, o seu aspecto objetivo.

Concluindo, nesse estágio, com as lições de Ingo Sarlet, pode-se afirmar que a dignidade como limite e tarefa sustenta uma dimensão dúplice, enquanto se apresenta como expressão da autonomia da pessoa humana (vinculada à idéia de autodeterminação no que diz com as decisões essenciais a respeito da própria existência) e como necessidade de sua proteção (assistência) por parte da comunidade e do Estado, especialmente quando fragilizada, ou até mesmo – e principalmente – quando ausente a capacidade de autodeterminação. Desta feita, na sua perspectiva assistencial (protetiva) da pessoa humana, poderá a dignidade da pessoa humana prevalecer em face da dimensão autonômica, de tal

²⁵⁵ As opiniões declinadas serão desenvolvidas com maior apuro na seção 5 deste trabalho.

²⁵⁶ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3 ed. rev. atual. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 46-47.

sorte que todo aquele a quem faltarem as condições para uma decisão própria e responsável, em especial no âmbito da biomedicina e bioética, poderá até mesmo perder – pela nomeação eventual de um curador ou submissão voluntária a tratamento médico e/ou internação – o exercício pessoal de sua capacidade de autodeterminação, restando-lhe, contudo, o direito a ser tratado com dignidade (protegido e assistido).²⁵⁷

Tratando sobre o poder de atração e conformação do princípio da dignidade da pessoa humana, José Afonso da Silva destaca que

a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais,²⁵⁸ exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferir-mos). Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade.²⁵⁹

Portanto, ao se deparar com uma posição jurídica diretamente embasada e relacionada (no sentido essencial à sua proteção) à dignidade da pessoa humana, inequivocamente se estará diante de uma norma de direito fundamental.

Ainda na seara dos deveres de promoção e proteção, importa, dentro de uma visão dos direitos sociais, a proteção ao mínimo existencial para uma vida digna, fundamentado no direito à vida e no dever do Estado de promover as condições mínimas para uma vida com dignidade.

Vê-se, desta forma, que surge uma dupla função prestacional (negativa e positiva) dos direitos fundamentais embasados na dignidade da pessoa humana. São os direitos de defesa (ou direitos negativos), mas também os direitos de prestações fáticas e jurídicas (direitos positivos) que correspondem às concretizações da dignidade da pessoa humana. São estas obrigações de respeito e consideração (isto é, de sua não-violação) e os deveres de promoção e proteção que devem ser implementados por medidas positivas.²⁶⁰

²⁵⁷ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3 ed. rev. atual. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 49.

²⁵⁸ José Afonso da Silva, **A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia**, in: Revista de Direito Administrativo, vol. 212, 1998, p. 92, *Apud* Ingo Wolfgang Sarlet. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3 ed. rev. atual. ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.45.

²⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3 ed. rev. atual. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 84.

²⁶⁰ Cf. *Idem*, *ibidem*, p. 98-106.

Do expendido, vislumbra-se o caráter negativo, de vedações a sua violação, o caráter ativo, expressão da autonomia da vontade humana, e o caráter prestacional do princípio da dignidade da pessoa humana, orientado pela implementação de medidas para garantir a eficácia deste princípio perante o Estado e seu povo. São estes aspectos que têm orientado a propositura de algumas ADPFs, tratadas na introdução e nas seções 2 e 5 deste trabalho, todas com foco dirigido para a preservação do núcleo essencial de nossa Constituição.

2.5.7 As funções do princípio da dignidade da pessoa humana

Discorreu-se muito sobre o conceito, o caráter normativo e as dimensões do princípio da dignidade da pessoa humana, cabendo agora tratar do resultado, de suas principais funções.

Adiante-se que será procedida, agora, a uma sistematização de referidas funções tanto em seu aspecto principiológico como normativo, a despeito das mesmas terem sido levantadas sumariamente nas demais subseções deste tópico.

Uma das primeiras funções que se pode levantar é a de legitimação ética da Constituição. Os indivíduos se apresentam como a causa eficiente e final de toda a organização política.²⁶¹ Essa é a base de referibilidade de mencionado princípio. Ele é direcionado ao homem.

Esclarecendo sobre o valor fundamental e legitimante da ordem constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana, necessária é a citação de Daniel Sarmiento:

o princípio da dignidade da pessoa humana representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil e do mercado. [...] Assim, é apenas o respeito à dignidade da pessoa humana que legitima a ordem estatal e comunitária, constituindo a um só tempo, pressuposto e objetivo da democracia.^{262 263}

²⁶¹ Cf. SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2000, p. 70.

²⁶² Idem, ibidem, p. 59-60.

²⁶³ Uma democracia substancial, onde decorre a impropriedade da concepção corrente de que a democracia seria um sistema político fundado numa série de regras que garantem a onnipotência da maioria. Referida democracia deve ser entendida na perspectiva de Ferrajoli, como uma regra que ordene o que seja decidível pela maioria. Uma democracia onde os direitos fundamentais circunscrevam o que podemos chamar de esfera de indecidibilidade, ou seja, “do não decidir que”, das proibições determinadas pelos direitos de liberdade, “e do não decidir que não”, é dizer, das obrigações públicas determinadas pelos direitos sociais. Cf. Luigi FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 36.

Nesse mesmo sentido, tem-se posicionamento de Jorge Miranda, para quem, a despeito do caráter compromissório da Constituição, pode ser dito que o princípio em questão é que confere unidade de sentido e valor ao sistema constitucional.²⁶⁴

Outra função que se assaca é a de sua dimensão negativa, um limite à atuação do próprio Estado. Pode-se afirmar, dentro deste contexto, que todo e qualquer ato normativo, administrativo ou jurisdicional, que se revelar atentatório à dignidade da pessoa humana será inválido e desprovido de eficácia jurídica, ainda que não decorra qualquer colisão frontal com qualquer dispositivo constitucional.²⁶⁵

Dentro deste sentido, importa destacar como decorrência da dimensão negativa a função de vedação do retrocesso. Nesse sentido, Ingo Sarlet leciona que no âmbito de uma “função protetiva” (e, portanto, defensiva) da dignidade, a mesma constitui um dos critérios materiais para a aferição da incidência de uma proibição de retrocesso em matéria de direitos fundamentais, notadamente (mas não exclusivamente), na esfera dos direitos fundamentais sociais de cunho prestacional. A idéia basilar é a de que eventuais medidas supressivas ou restritivas de prestações sociais implementadas (e, portanto, retrocessivas em matéria de conquistas sociais) pelo legislador haverá de ser considerada inconstitucional por violação do princípio da proibição do retrocesso, sempre que com isso restar afetado o núcleo essencial legislativamente concretizado dos direitos fundamentais, ou seja, quando resultar uma afetação à dignidade da pessoa humana. Essa afetação tem de ser tamanha a ponto de gerar comprometimento das condições materiais indispensáveis para uma vida com dignidade, no contexto daquilo que tem sido batizado como mínimo existencial.²⁶⁶

D’outra banda, referido princípio apresenta também um caráter positivo. O Estado tem o dever de promover a dignidade através de condutas ativas, garantindo o mínimo existencial para cada ser humano em seu território. O homem, desta forma, tem a sua dignidade ferida não apenas quando se vê privado de algumas de suas liberdades fundamentais, como também quando não tem acesso à alimentação, educação básica, saúde, moradia etc.²⁶⁷

²⁶⁴ Cf. MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV, Coimbra: Coimbra Editora, 1988, p. 166-167.

²⁶⁵ Cf. SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2000, p. 71.

²⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3 ed. rev. atual. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 121.

²⁶⁷ Cf. SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2000, p. 71.

Outra função que se apresenta é a de ser um critério integrativo, prestando-se ao reconhecimento de direitos fundamentais atípicos. Neste sentido, pretensões cuja concretização se afigure essencial à vida humana afirmam-se como direitos fundamentais, ainda que não encontrem previsão explícita no texto constitucional.^{268 269} O seu caráter integrativo, destaca-se, só vem para atestar o poder de conformação da ADPF com relação aos Direitos Fundamentais.

Nesse sentido, é de se citar o seguinte posicionamento de Ingo Sarlet:

o que se pretende demonstrar, neste contexto, é que o princípio da dignidade da pessoa humana assume posição de destaque, servindo como diretriz material para a identificação de direitos implícitos (tanto de cunho defensivo como prestacional) e, de modo especial, sediados em outras partes da Constituição. [...] Assim, o fato é que – e isto temos por certo – sempre que se puder detectar, mesmo para além de outros critérios que possam incidir na espécie, estamos diante de uma posição jurídica diretamente embasada e relacionada (no sentido essencial à sua proteção) à dignidade da pessoa humana, inequivocamente estaremos diante de uma norma de direito fundamental, sem desconsiderar a evidência de que tal tarefa não prescinde do acurado exame de cada caso.²⁷⁰

Por fim, aventamos sua função hermenêutica. Como fundamento da ordem constitucional, o princípio da dignidade da pessoa humana configura diretriz inafastável para interpretação de nosso ordenamento. Nesse sentido, pode-se afirmar que referido princípio assume aspecto curial na ponderação de interesses constitucionais. A ponderação, neste caso, seria um método dirigido à afirmação e à concretização de valores supremos como a igualdade, fraternidade e justiça, bases em que se apóia todo o ordenamento constitucional e que estão condensados no princípio da dignidade da pessoa humana. Sem referida ponderação com o princípio da dignidade da pessoa humana, estar-se-ia fazendo tábula rasa dos valores supremos da ordem constitucional, da sua matriz axiológica e do seu fim último.²⁷¹

Aprofundando ainda mais esta função integrativa e hermenêutica da dignidade da pessoa humana, revela-se, enfim, o posicionamento de Ingo Sarlet, destacando que:

neste passo, impõe-se seja ressaltada a função instrumental integradora e hermenêutica do princípio, na medida em que este serve como parâmetro para aplicação, interpretação e integração não apenas dos direitos fundamentais e das demais normas constitucionais, mas de todo o ordenamento jurídico.²⁷²

²⁶⁸ Cf. SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2000, p. 73.

²⁶⁹ Esse é um aspecto interessante, e que serve de filtro às cláusulas de abertura tratadas na subseção 1.2.2.

²⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3 ed. rev. atual. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 101.

²⁷¹ Cf. SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2000, p. 73-76.

Do expendido, tem-se que delinear o importante aspecto normativo do princípio da dignidade da pessoa humana, decorrente do mínimo existencial, elemento garantidor de condições mínimas ao desenvolvimento da liberdade do indivíduo. Esse caráter normativo, decorrência de sua positivação no art. 1º, III, da Carta Magna, tem importância para garantir a eficácia de mencionado princípio na conformação dos demais direitos fundamentais, decorrência de seu aspecto integrativo, e para permitir a sua sindicabilidade como direito objetivo e subjetivo da população. Tudo isto ganha relevo, no que importa para o cerne desse dissertação, pelo fato de determinar a relevância da sindicabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana por meio da ADPF.

²⁷² SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3 ed. rev. atual. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 80.

3 O PERCURSO LEGITIMATÓRIO DA PRÁXIS JUDICIAL: PRELIMINAR ESSENCIAL PARA A COMPOSTURA DE UMA INTERPRETAÇÃO RENOVADA DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

3.1 Pela perquirição das relações legitimante e legitimado dos direitos fundamentais

3.1.1 A legitimação pelo povo

Superados que foram os estudos do que sejam os preceitos fundamentais, os direitos fundamentais e o poder de conformação do princípio da dignidade da pessoa humana no que se refere estes, cabe volver a explanação para a interligação entre os direitos fundamentais (espécies do gênero preceitos fundamentais) e a fonte de legitimação do Estado Democrático de Direito, o povo. Essa abordagem, destaca-se, é essencial para fundamentar a amplitude do princípio da subsidiariedade e do rol de legitimados no que pertine à ADPF.²⁷³ A presente seção, nesse mote, buscará fornecer elementos para se entender o judiciário como instância de legitimação do Estado por meio das ações constitucionais.

Antes de adentrar na temática desta subseção, importa tracejar o entendimento sobre conceitos essenciais para o desenvolvimento da análise. Desta feita, serão delineados de maneira singela os principais aspectos dos conceitos de legitimidade, povo, poder estatal, poder constituinte e democracia. A singeleza da abordagem é orientada pelo fato desses aspectos se apresentarem periféricos em relação ao desiderato deste trabalho.

A legitimidade, assim, pode ser entendida como um atributo do Estado, que consiste na presença, em uma parcela significativa da população, de um grau de consenso capaz de assegurar a obediência sem a necessidade de recorrer ao uso da força, a não ser em casos esporádicos.²⁷⁴ Esse próprio consenso é resultado do Poder do Estado, de sua força

²⁷³ Esses temas serão aprofundados na seção 5 deste trabalho.

²⁷⁴ Cf. BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Tradução de Carmen C. Varriale. 4 ed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1992, p. 678.

condicionante dos anseios da população, o que implica uma harmonia entre o condicionante e o condicionado.²⁷⁵

Assentado que está o conceito de legitimidade como consenso da população, do povo, perquire-se sobre a concepção de povo, seu verdadeiro núcleo, razão de ser de toda e qualquer legitimidade.

Mencionado conceito, é de se reportar, tem sido utilizado pelas constituições como espécie de fachada para a manutenção da opressão das classes dominantes sobre as menos favorecidas, operando, por intermédio de uma legítima “representatividade”, a deturpação do conceito de democracia.²⁷⁶ Disto, pode-se constatar a importância que o conceito de povo representa para a delimitação dos padrões democráticos.

Fechado o parêntese sobre o mau uso da conceito de povo, tem-se com Müller que o modo lingüístico de representação da palavra povo na ciência jurídica está ligado a concepção de titularidade de direitos eleitorais, como povo ativo, na medida em que ele é, pelo poder legislativo, indiretamente a fonte de legislação. O povo, nesse ponto, representaria a totalidade dos eleitores e dos elegíveis.²⁷⁷

Contudo, num Estado de Direito, o papel do povo apresenta-se muito mais do que isso. Ele significa uma instância de atribuição global de legitimidade, transcendendo a noção de povo ativo. Essa concepção abarca todos que pertencerem a uma determinada nação, os cidadãos de um país, os titulares da nacionalidade, os destinatários dos textos normativos. Todos eles devem ser entendidos como povo. Essa perspectiva tem fundamento na dificuldade da compreensão de povo ativo diante do desempenho das funções executiva e legislativa. No que tange a essas funções, dentro da concepção de povo ativo, não se poderia falar em legitimidade, o que é uma erronia pelo constante dever de justificação e fundamentação que devem permear as atividades dessas funções estatais.²⁷⁸

²⁷⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Estudos de filosofia do direito**: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. 2 ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 70.

²⁷⁶ MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Tradução de Peter Naumann. 2 ed., São Paulo: Max Limonad, 2000, 115.

²⁷⁷ Cf. MÜLLER, Friedrich. Democracia e Exclusão Social em Face da Globalização. **Revista jurídica virtual da Casa Civil**, Brasília, v. 7, n. 72, maio. 2005. Disponível em: http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/artigos/Friedrich_rev72.htm. Acesso em: 10 ago. 2006.

²⁷⁸ Cf. Idem, *ibidem*.

Deve-se vislumbrar o povo, isto sim, em sua concepção efetiva, não importando o seu caráter de cidadão ou não, de ser ou não titular de direitos eleitorais. Deve-se buscar a idéia de democracia como autocodificação no direito positivo, isto é, na elaboração de leis por todos os afetados pelo código normativo, independentemente de sua cidadania, capacidade ou condição pessoal, protegendo de igual modo as minorias. A legitimidade de uma democracia só pode ser aferida pelo tratamento que ela dispensa ao povo de seu território. Deve-se entender o povo, assim, dentro de sua perspectiva real e histórica.²⁷⁹

Para que se proceda dessa forma, o Judiciário deve tornar-se inteiramente independente do Poder Executivo, deve aparecer como um "*Terceiro Poder*" vinculado aos limites traçados pela moldura normativa.²⁸⁰

Esse mesmo povo, como decorrência do seu caráter legitimante da ordem estatal, deve ser entendido como destinatário de prestações civilizatórias do Estado, independente de seu caráter de cidadão, como delineado anteriormente, resguardando as suas liberdades civis e os direitos humanos.²⁸¹

O povo, ademais, deve ser entendido como participante da opinião pública (internacional) política, ou seja, não associado diretamente a qualquer Estado.²⁸²

Todavia, em que pesem os diversos argumentos para a conformação do conceito de povo, é de se frisar que o mesmo é normativo, ou seja, ele deve ser extraído de um dado ordenamento, bem como de seus aspectos.²⁸³

Assim, sumariando a exposição, assinala-se que em Müller o povo apresenta quatro aspectos distintos: como "povo ativo", como "instância global de atribuição de legitimidade", como "destinatário de prestações civilizatórias do Estado" e como "povo participante da

²⁷⁹ Cf. MÜLLER, Friedrich. Democracia e Exclusão Social em Face da Globalização. **Revista jurídica virtual da Casa Civil**, Brasília, v. 7, n. 72, maio. 2005. Disponível em: http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/artigos/Friedrich_rev72.htm. Acesso em: 10 ago. 2006.

²⁸⁰ Cf. Idem, *ibidem*.

²⁸¹ MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Tradução de Peter Naumann. 2 ed., São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 76.

²⁸² Cf. MÜLLER, Friedrich. Democracia e República. **Revista jurídica virtual da Casa Civil**, Brasília, v. 7, n. 77, fev./mar. 2006. Disponível em: http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_77/artigos/Muller_rev77.htm. Acesso em: 10 ago. 2006.

²⁸³ Cf. Idem, *ibidem*.

opinião pública internacional”, todos esses conteúdos compreendidos dentro de um dado ordenamento constitucional.

No que importa ao relacionamento entre os conceitos de povo e legitimidade, ganha destaque a noção de Poder Constituinte do Povo, uma expressão de linguagem, que, como expressão dos diplomas constitucionais, apresenta-se como texto escrito. Não é essência, não é algo que existe.²⁸⁴

O poder constituinte seria uma norma aceitável como constitucional em conteúdo. Não é decisão voluntarista. O poder constituinte, no aspecto material, deverá ser tido como critério de aferição, perdurante no tempo, fundamentador da legitimidade da Constituição segundo a sua pretensão: legitimação por meio da permanência da práxis constitucional no “cerne” material. O poder constituinte, dessa forma, não é exercido realmente pelo povo, mas de maneira simbólica pela não-revolução, não-resistência, pela participação nas eleições e votações. Os textos constitucionais, nessa linha, não são medidos por meio dos textos de normas, mas afirmados em ampla medida por textos ideológicos.²⁸⁵

Nesse importe, necessária se torna a compreensão Ponteano de Poder Estatal e Poder Constituinte, com as devidas ponderações sobre a sua concepção fática. Para Pontes, o poder estatal seria identificado com o poder de construir e reconstruir o Estado, enunciado fático. Já o poder constituinte seria uma ordenação interna, como constituição, um poder limitador e de elaboração de regras jurídicas, de sentenças e de atos administrativos. O poder estatal abrangeria todos os atos do Estado, enquanto o poder constituinte é discriminatório. Este estaria contido no poder estatal.²⁸⁶ Portanto, como dado prévio, tem-se a concepção do poder estatal em face do poder constituinte, sendo aquele amplo, podendo sofrer delimitações por meio deste.

Pontes sinaliza, ademais, que, em regimes democráticos, o poder estatal, soberano, ilimitado e conformador do poder constituinte, está nas mãos do povo. Ele seria a fonte de existência do Estado. Nas democracias, assim, o poder estatal popular e o poder constituinte

²⁸⁴ MÜLLER, Friedrich. **Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo**. Tradução de Peter Naumann. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2004, p. 19.

²⁸⁵ Cf. Idem, *ibidem*, p. 53.

²⁸⁶ MIRANDA, Pontes de. Poder Estatal. Poder Constituinte. Poderes Constituídos. P. 15-18. **Revista Forense**. Vol. CV, ano XLIII, fascículo 511, janeiro 1946, Forense: Rio de Janeiro, 1946, p. 13-15.

põem-se em conexão como fonte e produto. O poder constituinte, nessa relação, será sempre cancelável, retirável, pelo poder estatal. Ele é conferido em caráter precário.²⁸⁷

Canotilho, de igual modo, acentua que só o povo pode deliberar sobre a conformação de sua ordem política e social. É ele o titular do poder constituinte. Só o povo real, concebido como comunidade aberta de sujeitos constituintes tem esse poder.²⁸⁸ Essa afirmação tem guarida no sistema nacional, principalmente no parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal, dentro da orientação de que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes ou diretamente, nos termos dessa Constituição. É essa a orientação que se preconiza como base teórica para conferir interpretação realista à ADPF, tanto no aspecto dos legitimados como no aspecto da conformação do princípio da subsidiariedade.

Assacadas as premissas poder estatal e poder constituinte, importa delinear, mesmo que *an passam*, o conceito de democracia, com vistas à concepção do titular do poder estatal no regime democrático. A democracia para Pontes de Miranda

obriga à deliberação comum, à discussão, ao mesmo tempo em que dá ensejo a que todos defendam seus interesses e exerçam o seu *sentimento de poder*, ineliminável no homem. A democracia tem de existir no poder estatal e na formação dos poderes constituídos, porém é necessário que também exista quanto ao poder constituinte.²⁸⁹

Pontes, em outro trecho, carrega importantes lições sobre a democracia como processo de adaptação social, e, porque não, de legitimação. As melhores serventias da democracia, para ele, e no que importa ao presente estudo, seriam: a) expressão que o povo quer e pensa; e b) sugestão aos legisladores e ao governo do que se há de incentivar ou criar, em áreas de políticas públicas.^{290 291}

Müller, em complemento das etapas expandidas por Ponte de Miranda, destaca que o discurso histórico do poder constituinte do povo pressupõe este (via de regra) como o sujeito histórico de um processo histórico (“constituir”), e como produto aparece a *Constituição*.²⁹² A constituição seria o resultado da concretização desse processo histórico, do constituir. Assim,

²⁸⁷ Idem, *ibidem*, p. 15-16.

²⁸⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3 ed., Almedina: 1999, p. 71.

²⁸⁹ MIRANDA, Pontes de. Poder Estatal. Poder Constituinte. Poderes Constituídos. P. 15-18. **Revista Forense**. Vol. CV, ano XLIII, fascículo 511, janeiro 1946, Forense: Rio de Janeiro, 1946, p. 16 e18.

²⁹⁰ Idem, **Democracia, liberdade, igualdade**: os três caminhos. Atualizada por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2002. p. 233.

²⁹¹ Aqui, *data vênia*, atualiza-se a teoria, uma vez que a referência era ao incentivo e criação de uma maior educação para o povo.

²⁹² Cf. MÜLLER, Friedrich. **Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo**. Tradução de Peter Naumann. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2004, p. 56.

alinhavando as duas concepções, adiantam-se o titular de um poder – o povo, titular do poder estatal, que o verte em um processo histórico, o poder constituinte, e desenvolve a elaboração de um produto, o constituir, a Constituição.

Para que se confira poder ao Estado, portanto, o povo deve ser entendido como ponto de partida de legitimação e simultaneamente a instância perante a qual esse poder (poder constituinte) se deve responsabilizar permanentemente dentro dos limites traçados pela programação normativa.²⁹³ Convém destacar, todavia, que esse padrão legitimante só pode resultar da compreensão do povo como unidade, não como grupos particularizados pelo gênero, ou seja, abarcando as minorias e as majorias.

A concretização dessa responsabilidade perante o povo está no poder constituinte, na preservação das instituições e figuras jurídicas fundamentais que são realizadas duradouramente com vistas ao período subsequente à constituição democrática. Nos demais poderes do Estado, a concretização de mencionada responsabilidade consiste em cumprir as exigências do carreadas pelo poder constituinte. As duas formas de poder jurídico fazem ver dois aspectos distintos da legitimidade enquanto impulso do Estado Constitucional democrático a ser efetivado na história.²⁹⁴ Nesse ponto, é que se vislumbra um entrelaçamento com a questão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, conquanto, como será preconizado na subseção 3.2.5, a mesma, por ser regulada em lei que complementa a Constituição, e que a aperfeiçoa sem conflito, deve ter sua conformação dirigida para o esclarecimento democrático de conceitos indeterminados, de pontos obscuros e para o atendimento das exigências do poder constituinte.

O poder estatal popular, portanto, é enunciado que legitima o Estado Democrático de Direito. Dessa forma, as atividades legislativas, administrativas e judiciais são a exteriorização da vontade do povo. Como texto normativo de hierarquia superior no sistema jurídico estatal, as Constituições devem refletir de maneira positivada o consenso de valores vigentes nos mais diversos círculos da sociedade civil, atendendo, dessa forma, o consenso sem o uso da força.^{295 296}

²⁹³ Cf. MÜLLER, Friedrich. **Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo**. Tradução de Peter Naumann. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2004, p. 60.

²⁹⁴ Cf. Idem, *ibidem*, p. 82.

²⁹⁵ Cf. SARMENTO, George. “Pontes de Miranda e a teoria dos direitos fundamentais”. **Revista do mestrado em direito da Universidade Federal de Alagoas**. ano I, nº 1, janeiro/dezembro de 2005, Maceió: Nossa Livraria, 2005, p. 23-24.

²⁹⁶ Nessa quadra, importa carrear algumas ponderações de Geraldo Ataliba sobre a legitimação popular, a qual, pelo primado da segurança jurídica, não admite o uso pelos poderes estatais de faculdades e meios que

É essa a orientação e limite que deve se impor à concretização e ao ativismo judiciais, e às decisões processadas, com maior ênfase, é claro, pelos Tribunais Constitucionais.

Nessa quadra, vislumbra-se uma vinculação do STF na concretização da ADPF, uma garantia da constituição,²⁹⁷ um instrumento de legitimação do Estado conferidor de eficácia aos direitos fundamentais. A interpretação processada por essa Corte, portanto, deve vislumbrar um rol amplo de legitimados ativos e uma interpretação ótima do princípio da subsidiariedade aplicado às ADPFs.

A legitimidade estatal, nesse importe, resulta do exercício de seu poder embasado em uma Constituição que contém um determinado estoque nuclear de princípios da família constitucional. Os textos das normas constitucionais, portanto, representam o critério de aferição de legitimidade, eles legitimam a medida que a *práxis* constitucional se coaduna realmente com eles. Nesse passo, uma ordem será legítima se ela permitir que a pergunta pela legitimidade lhe seja endereçada não somente por via do caminho por assim dizer externo da revolução, mas por via do caminho do direito e no quadro do direito vigente. O poder constituinte, nessa perspectiva, deve ser entendido em sua função prática, ligada à realidade e aos anseios da população. Por outro lado, é de se destacar que o Estado se apresenta ilegítimo quando carece de um texto de norma sobre o poder constituinte do povo, quando carece das conseqüências *processualistas* e, sobretudo, quando carece também das conseqüências *materiais* em termos de um Estado Democrático de Direito, derivadas desse poder do povo.²⁹⁸ Sumariando as assertivas, é de se destacar que a compostura de um Estado deve estar vinculada ao poder do povo, sob pena de gerar um Estado ilegítimo.

A legalidade, dentro de tudo o que foi exposto até agora, e processando um relação com a legitimidade, vem a lume como

representação elaborada da realidade, de uma responsabilidade última do Estado perante “o povo” (democracia como partícula principal do cerne da Constituição), é a representação dessa espécie de atualização da pergunta pela legitimidade no âmbito do e mesmo na condição do ordenamento jurídico positivo.²⁹⁹

surpreendam deslealmente os cidadãos: [...] o dono da *res publica* é o povo, todas as disposições a respeito de sua (coisa pública) preservação, desenvolvimento e aplicação a ele (povo) pertencem. Só o dono pode dispor sobre o destino da coisa; só ele pode dizer como, quando e em que finalidades ela pode ser aplicada. [...] Por força do princípio republicano, o consentimento dos governados é a base da legitimidade da ação estatal. ATALIBA, Geraldo. **República e constituição**. Atualizada por Rosalvo Miranda Folgosi. 2 ed., 3 tir., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 180-182.

²⁹⁷ Assunto que será tratado na seção 3.2.5.

²⁹⁸ Cf. MÜLLER, Friedrich. **Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo**. Tradução de Peter Naumann. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2004, p. 104, 108 e 116.

²⁹⁹

A legitimidade e a legalidade fundam-se, portanto, em diferentes perspectivas do poder constituinte. Ambas valem em todas as situações: o legitimador poder constituinte do povo vale na situação histórica e na duração do tempo; a legalidade, cerne da Constituição, vale continuamente no tempo e como figura do procedimento democrático – no momento histórico da Constituição. Nas situações de exceção (revolução, fundação de um Estado, constituição da Constituição), então, a legalidade está presente enquanto legalidade (normatividade) da legitimidade (não existem mais e ainda não existem outras normas constitucionais nesse instante). Na situação normal (Constituição na continuidade do tempo) a legitimidade está presente enquanto “legitimidade” da legalidade (à medida que o ordenamento constitucional vigente e o seu ordenamento jurídico se circunscrevem ao âmbito das orientações prévias de conteúdo do cerne da Constituição, amparado pelo texto da norma). A questão da legitimidade, assim, está ligada à justificação última do Estado, e a legalidade está relacionada às condições de vigência do direito positivo.³⁰⁰

Ao cabo dessa subseção, convém assacar que a Constituição deve ser entendida como a expressão jurídica de um sistema de valores emergentes da comunidade social, que se consagra num texto político, de tal modo que, se a Constituição não for essa expressão, não terá legitimidade.³⁰¹ D’outra forma, afirma-se, não poderia ser, vez que o instituído precisa perdurar, e essa perduração só pode decorrer de uma coisa, da legitimidade diante do povo, este entendido na concepção ampla de Müller. O poder constituinte tem de se adequar à sua fonte, o poder estatal, eis que aquele é efêmero e limitado pelos anseios do povo. São esses os padrões pelos quais se quer embasar interpretações renovadas do princípio da subsidiariedade e do rol de legitimados em sede de ADPF, tudo com vistas a dar respostas efetivas ao poder estatal, base do poder constituinte de nosso país.

□ Idem, ibidem, p. 123.

³⁰⁰ MÜLLER, Friedrich. **Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo**. Tradução de Peter Naumann. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2004, p. 124-125.

³⁰¹ SILVA, José Afonso da. Jurisdição constitucional da liberdade: ação popular, ação civil pública; mandado de segurança (aula proferida no Curso de especialização em direito processual civil promovido pelo Conselho da Justiça Federal – CJF – em convênio com a Universidade Federal de Brasília – UNB, no dia 26.02.1997), *apud* in: DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. Jurisdição constitucional: ação e processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 90, v. 783, jan. 2001, p. 117.

3.1.2 As concepções de Eros Roberto Grau no padrão legitimante das normas de direitos fundamentais

Declinada a legitimação pelo povo como resultado do poder estatal, nascedouro do poder constituinte e verdadeiro norte de todas as atividades estatais, é de se declinar as concepções realísticas de Eros Roberto Grau sobre o padrão legitimante das normas de direitos fundamentais.

Nesse importe, cabe referir o fato de que as funções estatais foram se desenvolvendo ao longo dos séculos sempre em busca de formas legitimatórias de sua manutenção. Assim, passou-se pelo Estado Liberal, pelo Estado Social, modelo positivo brasileiro, vislumbrando as mutações para o Estado Democrático de Direito, e o enveredar pelo Estado de Direito Democrático, cada qual tendo por pedra de toque fundamentações das mais variegadas.

Vários influxos e reflexos foram se apresentando durante a história, dentre os quais surge atualmente no Brasil um fortalecimento das concepções do Estado Social, fonte do vindouro Estado de Direito Democrático.

Então, qual seria a pedra de toque atual? Podemos frisar que são as políticas públicas. Eros Roberto Grau sintetiza esta noção e as suas inferências na Teoria Geral do Direito da seguinte forma:

O Estado Social legitima-se, antes de tudo, pela realização de políticas, isto é, de programas de ação; assim, o *government by policies* substitui o *government by law*. [...] E de tal forma isso se institucionaliza que o próprio direito, neste quadro, passa a manifestar-se como uma política pública - o direito é também, ele próprio, uma política pública. [...] O impacto dessas técnicas de atuação estatal reflete efeitos sobre a teoria geral do direito, o fenômeno das sanções premiais e da prospectividade do direito reclamando a reanálise da estrutura da norma jurídica.³⁰²

Do expendido, vê-se, como premissa, a influência dos influxos legitimatórios do Estado na conformação da concepção da estrutura da norma jurídica, mormente, em nosso caso, na estrutura das regras que trazem disposições sobre direitos fundamentais.

Verbera Eros Roberto Grau, usando das lições de Bobbio sobre a concepção distorcida da teoria Kelseniana, que

³⁰² GRAU, Eros Roberto. **O Direito posto e o direito pressuposto**. 3 ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 22 e 23.

a função do direito para Kelsen, é a de permitir a realização de fins sociais que não podem ser atingidos senão através dessa forma de controle social – o direito não é um fim; é um meio; quais sejam esses fins, isso varia de sociedade para sociedade: esse é um problema histórico, não um problema que possa interessar à teoria do direito .³⁰³

Ora, como levantado linhas atrás, o direito passa a ser um instrumento de realização dos fins sociais, donde se assentou um novo caráter para a sua conformação, o de ser uma política pública. Assim, diante de toda essa evolução de pensamento, e com importância para a elucidação da temática debatida, importa esclarecer as noções de direito posto e direito pressuposto trazidas por Grau. Mencionado autor, depois de se embrenhar no relacionamento entre as concepções de superestrutura (direito) e base (economia), conclui que o direito não está fora da realidade que o circunda, servindo de instrumento de mudança social. O direito pressuposto, para ele, – composto de regras, com generalidade estreita; sede dos princípios de cada direito, e não dos princípios gerais do direito, definidores do sistema jurídico; o único comprometido com a justiça - seria uma relação jurídica que preexiste no seio social. Já o direito posto, por outro lado, seria resultante da atividade estatal de transformação dos anseios da sociedade em lei (direito positivo), concluindo que o direito pressuposto condiciona a elaboração do direito posto, mas este modifica o direito pressuposto.³⁰⁴

Termina em sua construção, usando das lições de Duguit, por afirmar que toda a regra de direito decorre da constatação do que ocorre na realidade, sem o que a lei positiva não se impõe senão na medida em que se conforme com aquela, e conclui que: “ é possível que uma regra de direito exista anteriormente e apesar do Estado, pois retira sua força do fato social, não da intervenção do Estado, “criando-a”. O da solidariedade é o princípio – não metafísico, não supranatural – no qual se funda o direito.”³⁰⁵

Em conclusão, pode-se destacar que o direito pressuposto seria decorrente da realidade social, o berço dos princípios, não os gerais, de um dado sistema jurídico, o qual teria por motriz o princípio da solidariedade, e o direito posto seria a positivação dessa estrutura preexistente, que em sua conformação pode alterá-la.³⁰⁶

³⁰³ Norberto Bobbio. **Dalla struttura all' funzione**. Milano: Edizione di Comunità, 1977, p. 211 e 64 e ss., *apud* Eros Roberto Grau. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 25.

³⁰⁴ Cf. GRAU, Eros Roberto. **O Direito posto e o direito pressuposto**. 3 ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 41-56.

³⁰⁵ Leon Duguit. **Traité de droit constitutionnel**. T. I, Paris: E. de Boccard, 1927, p. 99 , *apud* Eros Roberto Grau. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 49.

³⁰⁶ Nota-se, do exposto, uma relação circular do direito, decorrendo da realidade, regulando-a, e transformando-a nesse ato de regulação.

A sua construção doutrinária é de importância para o estudo dos direitos fundamentais, pois dá um enfoque sociológico, de verificabilidade da raiz, dos valores de onde surgem os direitos positivados. Ele assaca, e de maneira análoga Marcos Mello³⁰⁷ tem posição semelhante, que a *norma jurídica*, que não *revele* os valores sociais ou a natureza fática das coisas, não poderá ser considerada ainda uma norma jurídica na acepção do termo, dada a sua ausência de impositividade.

Contudo, em que pese a propriedade de alguns dos fundamentos da teoria de Eros Roberto Grau, opta-se, por coerência epistemológica com a teoria da concretização, explanada na subseção 4.2, em relativizar esses pontos. Para o desenlace desse estudo, mister se faz entender o direito pressuposto como a pré-compreensão de Müller, isto é, com aqueles dados prévios extraídos da realidade e que situam e conformam o discurso lingüístico. O direito posto seria justamente a moldura pela qual o jurista pautaria a concretização, sob pena de incorrer em ativismo judicial, de modo que a existência de um direito anterior ao Estado só poderia ser justificado, se cabível, numa concepção de pré-compreensão, de influxos e reflexos prévios da atividade do jurista, eis que a normatividade só pode decorrer da concretização normativa, momento bem dispare. Poder-se-ia, assim, entender o princípio da solidariedade como positivado, desde que existente previsão normativa para tanto, ou abertura conferida ao intérprete para preencher esse campo, o que se poderia vislumbrar diante da importante função do intérprete diante da delimitação da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Suas concepções devem ser acolhidas pelo enfoque histórico dado à atividade interpretativa. Essas são as críticas e adaptações que se procedem à teoria de Eros Roberto Grau.

3.1.3 A sociedade aberta dos intérpretes como padrão de legitimação

Conduzida a seção pelas noções da legitimação pelo povo e pelo viés de política pública que o direito adquire no mundo contemporâneo, importa, no intuito de reforçar o caráter legitimatório do Estado decorrente do povo, estudar as contribuições da teoria da sociedade aberta dos intérpretes de Peter Häberle.

³⁰⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 12 ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 18.

Peter Häberle, um dos expoentes da Nova Hermenêutica Constitucional, destacou-se pela sua concepção da sociedade aberta dos intérpretes, por meio da qual a interpretação da Constituição pode ser processada por todos os órgãos estatais, pelas potências públicas e por todos os cidadãos e grupos sociais, não sendo possível estabelecer um elenco fechado, *números clausus*, dos intérpretes da Constituição.³⁰⁸

Sua construção teórica parece desdobrar-se em três pontos: a) o alargamento do círculo de intérpretes da Constituição; b) a interpretação como um processo aberto ao público; c) a referência desse conceito à Constituição mesma, como realidade constituída e “publicização”.³⁰⁹

Devem ser incluídos, portanto, os indivíduos como intérpretes, de forma a imiscuir a realidade da Constituição como parte da interpretação.³¹⁰ Os destinatários da norma, nesse ponto, por contribuir na construção de seu sentido, são participantes ativos desse processo. É esse um dos principais fundamentos de sua teoria, a busca da aproximação do povo diante do texto constitucional de forma a dar mais legitimidade a este.

Sumariando em ordem de importância o catálogo de participantes da interpretação constitucional, Häberle acentua que: 1) em primeiro lugar, deve estar situada a função estatal desempenhada por uma Corte especial (uma Corte Constitucional) e os demais órgãos da justiça, do legislativo e do executivo; 2) depois, seria a vez de todos os sujeitos que participam de processos judiciais, administrativos e legislativos, onde se discutem assuntos constitucionais; 3) a opinião pública democrática e pluralista por intermédio dos meios de comunicação, associações, escolas etc; e 4) por último, ficaria a doutrina constitucional.³¹¹

Häberle, diante das perspectivas de interpretação declinadas, traça distinção entre a interpretação em sentido estrito e a interpretação em sentido lato. A interpretação em sentido

³⁰⁸ Cf. HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1997, p. 13.

³⁰⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 14 ed. ver. e atual, São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 509.

³¹⁰ Cf. HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1997, p. 23-24.

³¹¹ Idem, *ibidem*, p. 20-23.

estrito é feita pelos intérpretes jurídicos ou oficiais da Constituição. A interpretação em sentido lato é a da constituição aberta, da sociedade dos intérpretes.³¹²

Mencionado autor assaca, ademais, que ambos os escopos interpretatórios devem estar intimamente ligados, de sorte a que os direitos fundamentais e a democracia pluralista, tanto na prática como na teoria, sejam levados a sério. Assim, na concepção de Häberle, a interpretação em sentido estrito, que o juiz leva a cabo no desempenho ordinário do seu trabalho profissional, padece do influxo da própria interpretação que ele também exercita em sentido lato, a decorrente da experiência, conforme o debate hermenêutico da “compreensão prévia” (*Voverständnis*). Sendo essa “concepção prévia” o elo intermediário entre as duas categorias de intérpretes constitucionais, pode-se assim vincular de forma sistemática e conseqüente a interpretação em sentido lato e a interpretação em sentido estrito, inclusive na mesma pessoa, como é o caso do juiz.³¹³

Contudo, em que pese a grande propriedade de legitimação, decorrência do forte caráter democrático da teoria de Häberle, vislumbram-se alguns limites impostos a ela. Um dos primeiros é a pertinência de sua operacionalidade em nações em que a democracia esteja estabelecida e desenvolvida, o que não é o caso dos países subdesenvolvidos, a exemplo do Brasil, onde ainda persistem currais eleitorais e a compra indiscriminada de votos. Paulo Bonavides, nesse importe, alerta que a interpretação aberta poderia apresentar um risco manifesto, debilitando o fundamento jurídico específico do edifício constitucional, desde que não utilizada com ponderações, o que poderia acabar na dissolução da Constituição e no sacrifício da estabilidade das instituições.³¹⁴

Levantados esses avisos, o que se pode destacar é a importância de mencionada concepção ao vincular os influxos da sociedade como limites ao processo decisório, tudo com vistas ao resgate da legitimidade do Estado e das decisões judiciais. A sua teoria apresenta, desta forma, como aspecto preponderante, a contextualização histórica e uma concepção de norma voltada para a realidade, para o povo em seu aspecto mais amplo, não para o fictício. Daí é que resulta o grande enfoque legitimante da sociedade aberta dos intérpretes.

³¹² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 14 ed. ver. e atual, São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 509-510.

³¹³ HÄBERLE, Peter. *Verfassungsintepretation als öffentlicher prozess – materialen zu einer verfassungstheorie der offenen Gesellschaft, Schriften zum ötlichen Recht*, v. 353, p. 127, apud, BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 14 ed. ver. e atual, São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 510.

³¹⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 14 ed. ver. e atual, São Paulo: Malheiros Editores, 2004, P. 516.

Viu-se, ao término dessa seção, a importância da vontade do povo na postura atual do direito. Esse povo, titular do poder estatal, é quem confere a legitimidade à configuração do poder constituinte, um poder limitado. Tudo o que foi aduzido encontra base no parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal. Portanto, dado o caráter de enunciado legitimatório que o povo apresenta em face do Estado Democrático de Direito, só cabe asseverar que todas as funções estatais³¹⁵ devem estar vinculadas a essa noção prévia e limitadora. O judiciário de igual modo, de forma a refletir os valores da sociedade e manter o teor substancial da Constituição. Assim, deve-se compreender que o direito, na atual conjuntura, apresenta uma função de política pública, dado a forte vinculação que deve ter com a contextura social, motivo pelo qual se deve abrir a interpretação da Constituição pelo cotejo da interpretação em sentido lato de Häberle na fundamentação das decisões judiciais. Essas decisões judiciais devem refletir adequadamente o que está posto na realidade. São esses os posicionamentos e fundamentos teóricos que permitem a defesa da legitimação ativa ampla em sede de ADPF.

3.2 O poder judiciário – garante dos direitos fundamentais

3.2.1 A República constitucional substancialista brasileira e as competências da função judicial do Estado

Asseveradas que foram até o momento as noções de preceitos fundamentais e de direitos fundamentais, o poder de conformação do princípio da dignidade da pessoa humana e o povo como fundamento de legitimação do Estado Democrático de Direito, compete dirigir a explanação para a configuração das atribuições e dos limites impostos ao Poder Judiciário numa República substancialista como a brasileira. O desiderato desta subseção é orientado pela demarcação da função judiciária como importante meio para se garantir os direitos fundamentais, e, principalmente, os preceitos fundamentais, de modo a fornecer padrões e limites à práxis da ADPF.

³¹⁵ Entende-se adequado o uso do termo função estatal no lugar de poder, ou tripartição dos poderes, uma vez que o poder se reparte em funções para seu melhor desempenho e controle. O poder é uno.

Cabe afirmar que a garantia dos direitos fundamentais, tanto os liberais e políticos quanto os sociais, depende de um poder judiciário ativo e capaz de exercer vigilância jurídica sobre o processo político de concretização da Constituição.³¹⁶ Uma constituição democrática, nesse passo, impõe limites ao processo político, matéria prima do controle jurisdicional. Isso tudo é resultado da assunção de um regime constitucionalista de exercício da soberania popular, onde se retira das instâncias de representação popular conteúdos indispensáveis para a existência digna das pessoas e para a justiça política da comunidade. Os bens e valores positivados ligados ao conteúdo dos direitos fundamentais determinam e limitam o espaço de decisão da democracia deliberativa, donde, sem o recurso à jurisdição constitucional, seriam inoperantes as limitações impostas ao processo democrático.³¹⁷

Numa república constitucional substancialista³¹⁸ como o Brasil, então, os valores positivados e fundamentais da dignidade da pessoa humana e da justiça política da comunidade não ficam inteiramente à disposição das instâncias democráticas, como ocorre numa república democrático-deliberativa, onde eles são definidos e redefinidos pelos órgãos de representação política. Neste regime, os bens e valores da comunidade protegidos através dos direitos fundamentais da Constituição são tutelados pelo Poder Judiciário no exercício de sua função de guardião do texto constitucional, tanto no âmbito do controle concentrado como no difuso. É esse poder que garante os bens e valores constitucionalmente carregados.³¹⁹ O judiciário se apresenta, desta forma, como garante desses valores positivados.

Todavia, não se quer aqui defender o judiciário como guardião da moral social, mas como função estatal adstrita à moldura normativa, naquilo que ela permite, ou, no caso dos direitos fundamentais, delimitada pela realidade, seu verdadeiro norte. A tessitura destas espécies de direitos é aberta na maioria dos casos, o que permite que os mesmos possam acompanhar a evolução da sociedade.

É de se destacar, nesse passo, que a técnica do Estado Social Brasileiro é orientada pela prescrição de programas de desenvolvimento futuro, promovendo-lhes a execução

³¹⁶ MELLO, Cláudio Ari. **Democracia constitucional e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 185.

³¹⁷ Cf. Idem, *Ibidem*, p. 186.

³¹⁸ Confirmando o enfoque substancialista, Cappelletti destaca que: As declarações de direitos são postas, portanto, para afirmar a prioridade de certos valores substanciais, menos do que para prescrever certas regras de procedimento (ou pelo menos acrescentar algo a essas). CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores**. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Ed. Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 67.

³¹⁹ Cf. MELLO, Cláudio Ari. **Democracia constitucional e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 187.

gradual, ao invés de escolher o que é certo ou errado, ou o que é justo ou injusto. Nesse sentido, e mesmo quando a legislação social cria direitos subjetivos, cuida-se mais de direitos sociais do que direitos meramente individuais.³²⁰ É essa indeterminação que eleva o judiciário como instrumento de realização e concretização desses preceitos.

Nos comprazemos, nesse pensar, com os lineamentos de Andréas Krell, no sentido de que no Estado Social,³²¹ ao Poder Judiciário são dirigidas as exigências de estabelecer o sentido ou complementar o significado da legislação constitucional e ordinária que já nasce com motivações distintas às da certeza jurídica, o que o dá o papel de “legislador implícito”. O juiz deve entender o seu papel de responsável pelo alcance das finalidades impostas aos demais poderes pelo Estado Social, tão carente de implementação na realidade brasileira.³²²

A transferência de decisões políticas para o interior do Poder Judiciário esbarra, todavia, na questão da legitimidade das decisões. Ao interpretar o alcance de um princípio constitucional, o juiz manifestará um ato de vontade, na medida em que não existe objetividade apreensível no texto interpretado. Esse processo dependerá, portanto, das pré-compreensões histórico-filosóficas do juiz acerca do Estado contemporâneo e do princípio democrático.³²³

Nesse escopo, ganha destaque a concepção de soberania popular, a qual, nos dizeres de Cláudio Ari Mello, é bipolar, na medida em que é compartilhada pela democracia deliberativa e pela jurisdição constitucional: a primeira concretiza na vida política da comunidade o programa constitucional; a segunda controla o respeito à Constituição, onde residem as normas fundamentais eleitas pelo povo. Os juízes, portanto, representam diretamente a soberania popular, como preconizado pelo constituinte, de maneira a não estarem subordinados às decisões dos órgãos legislativos, senão na medida em que as leis do parlamento se encontrem conformes à Constituição.³²⁴

Ao judiciário, portanto, cabe a atividade legislativa negativa, com o fito de garantir a supremacia da constituição. A essa função estatal, na conformação nacional, cabe o controle

³²⁰ Cf. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores**. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Ed. Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 41.

³²¹ Modelo adotado pela Constituição brasileira.

³²² Cf. KRELL, Andreas Joachin. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002, p. 94 e 98.

³²³ Cf. APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 61.

³²⁴ Cf. MELLO, Cláudio Ari. **Democracia constitucional e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 188.

dos atos do poder público, uma de suas atividades mais relevantes dentre as demais funções estatais. Suas decisões devem buscar a pacificação social por meio de sua credibilidade, fundada na imparcialidade dos órgãos decisórios e na defesa da Constituição Federal.³²⁵ Não se trata, destaca-se, de politizar o direito, mas de dar ordenação e sustentação jurídica às orientações políticas, de situar as normas dentro do programa normativo e dentro da realidade circundante. Ademais, frisa-se que essa função de legislador negativo decorre da não aplicação de determinada norma ao caso, tendo em vista a existência de normas superiores que condicionam a sua aplicação. O judiciário, nesse sentido, não estaria inovando, mas simplesmente desenvolvendo sua atividade dentro dos mais estreitos trilhos da legalidade, ou seja, optando pela norma mais adequada à solução do caso. Explica-se: diante da existência de normas em confronto com os direitos fundamentais, ou do confronto de duas normas de direitos fundamentais, cuja concretização, em todos esses casos, é seu processo eficazizante, cabe a esse mesmo judiciário não aplicar as normas que dêem solução inadequada ao caso concreto. Ele, assim, não estará atuando como legislador positivo, mas como aplicador de normas existentes. Ele não inova, simplesmente adapta e concretiza o que já está posto. Ele molda o efeito irradiante dos direitos fundamentais aos textos infraconstitucionais do direito positivo.³²⁶

Assim, o judiciário na desenvoltura de sua função de controle, mormente, em casos de controle de políticas públicas, deverá se pautar pelos limites à atuação dos demais poderes fixados pelos deveres e objetivos impostos pela Constituição Federal. Nesse sentido, Carmem Lúcia Rocha destaca que os verbos construir, erradicar, reduzir e promover, constantes nos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, são de ação, determinam comportamentos ativos, de forma a fixar os termos e modos pelos quais serão dirigidas as modificações no quadro social e político.³²⁷

³²⁵ Cf. APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 63-64.

³²⁶ Nesse mesmo sentido, Grau aduz: O que se tem denominado de *discricionabilidade judicial* é o poder de criação de norma jurídica que o intérprete autêntico exercita formulando *juízos de legalidade* (não de oportunidade). A distinção entre ambos esses juízos encontra-se em que o *juízo de oportunidade* comporta uma opção entre *indiferentes jurídicos*, procedida *subjetivamente* pelo agente; o *juízo de legalidade* é atuação, embora desenvolvida no campo da *prudência*, que o intérprete autêntico desenvolve atado, retido, pelo texto normativo e, naturalmente, pelos fatos. GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 2 ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 202.

³²⁷ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Ação Afirmativa – O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**, Brasília, n. 131, p. 283-295, jul./set, 1996, p. 285.

É essa postura ativa, de concretização das normas de direitos fundamentais, que deve permear a conduta dos magistrados, observados os limites impostos pelo sistema jurídico, ou seja, o programa normativo iusfundamental.^{328 329}

3.2.2 Limites e perspectivas à legitimação do Poder Judiciário

Levantada a função do Poder Judiciário, um garante dos direitos constitucionalmente assegurados, convém tracejar limites à desenvoltura da atividade desse Poder. No estado constitucional, destaca-se, os juízes são os únicos responsáveis por demarcar com clareza os limites de sua própria jurisdição, motivo pelo qual somente podem se socorrer de argumentos de natureza jurídica, uma vez que do ponto de vista político, não detêm legitimidade para conduzir as ações do governo. A representatividade eleitoral representa, então, importante fator de contenção judicial, fixando limites políticos ao decisicismo judiciário.³³⁰

Em contraponto aos aspectos que retirariam a natureza democrática da criação do direito pelo Poder Judiciário, o fato de não existir eleição direta dos juízes pelo povo, a impossibilidade de controle direto das decisões judiciais pelos órgãos de representação popular e os efeitos *inter partes* do processo judicial, assacam-se as suas virtudes: a tutela de direitos fundamentais pela jurisdição constitucional, num reforço da legitimidade do Estado Democrático; a participação da jurisdição constitucional no diálogo público por seu caráter de responsável pela guarda da Constituição. Nessa atividade, o direito está constantemente sendo desenvolvido pela jurisdição; a abertura à cidadania do sistema constitucional brasileiro, com

³²⁸ Para entender essa concepção, vide subseção 2.3.1. e subseção 2.3.

³²⁹ Dentre tantos, em sentido diametralmente oposto ao aduzido nesta subseção, tem-se Martonio Mont'Alverde, para quem o Poder Legislativo é o coração do mecanismo político em uma democracia. Ele é soberano diante dos demais poderes e a ele é incumbido o direcionamento do Estado. Assim, para Mont'Alverde, o embasamento numa pretensa "autoridade moral" do Supremo Tribunal Federal trás indiferença no que se refere à Constituição, principalmente, no que pertine à falta de implementação ou as dificuldades impostas por este Tribunal na interpretação da Constituição. Ele finda sua exposição por revelar o quão perigosa poderá ser a judicialização da política numa sociedade que procura o caminho da democracia como alternativa perene como a brasileira. Cf. LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Judicialização da política e comissões parlamentares de inquérito: um problema da teoria constitucional da democracia. *in*: SCAFF, Fernando Facury (org.). **Constitucionalizando direitos**: 15 anos da constituição brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 217-240. Todavia, em que interessantes as ponderações, destaca-se a possibilidade de o Poder Judiciário desenvolver seu mister na implementação e concretização da Constituição, desde que respeitadas os limites aduzidos nas subseções posteriores e desde que atendidos os parâmetros fixados pela teoria da concretização constitucional.

³³⁰ APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 70-71.

suas instâncias de controle concentrado e difuso, a qual confere os aspectos essenciais a uma democracia deliberativa; a racionalidade das discussões e decisões públicas processada pelo Poder Judiciário, as quais atestam legitimidade a esse poder.³³¹ É essa orientação à abertura do controle jurisdicional difuso e concentrado que se defende como ponto nodal para a configuração da ADPF como instrumento de legitimação do Estado Democrático de Direito e implementação dos direitos fundamentais.

Outros questionamentos podem surgir, ademais, com relação à legitimidade das decisões judiciais, os quais podem ser refutados pela obrigação dos tribunais superiores e juízes publicarem e motivarem suas decisões, o que ocorre em todo o âmbito do judiciário. Essa perspectiva é reforçada, aliás, pela freqüente exposição a que estão sujeitos os magistrados. A isso se soma a possibilidade de as Cortes poderem verter decisões que expressem o sentimento do público, que não é capaz de encontrar uma “decidida” maioria em outro lugar. Explicando melhor: ao chegarem os pleitos que abranjam as minorias, as cortes têm maior possibilidade de ponderar os interesses dos envolvidos, coisa que é bem diversa do processo legislativo, onde, na maioria das vezes, prevalece a vontade da maioria, em descrédito da minoria, fortalecendo a concepção de uma democracia formal.³³²

Mais um ponto que sustenta a legitimação da criação jurisprudencial do direito é o fato de que o magistrado está sempre em contato com dados concretos, com a realidade circundante para proceder as adequações que o caso requer tanto em sede difusa ou concentrada de controle. A sua atividade é mais rápida, e, se adequada, pode atender os anseios da sociedade de maneira mais célere e eficaz do que o processo legislativo, sendo dotada, outrossim, da possibilidade de ir se aperfeiçoando com a aplicação experimental e experimentada do direito. Isso é bastante para demonstrar o caráter democrático da criação jurisdicional do direito.³³³

É dentro dessas perspectivas, em especial, a de guarda da constituição, que não se pode chegar a decisões judiciais fundadas exclusivamente em razões de ordem econômica e no equilíbrio fiscal, eis que as mesmas podem resultar na negação do valor justiça, donde se pode admitir o respaldo em fundamentos políticos e sociais em tais casos. Isso se destaca, em grande parte, com base na textura aberta dos valores e princípios constitucionais positivados,

³³¹ Cf. MELLO, Cláudio Ari. **Democracia constitucional e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 188-193.

³³² Cf. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores**. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Ed. Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 99-101.

³³³ Cf. Idem, *ibidem*, p. 105-106.

os quais dão lastro a um mecanismo de defesa de um organismo sob ataque, o Estado. É essa abertura que permite ao judiciário, como instância de controle, a defesa de valores maiores carreados na Constituição Federal.

Nesse passo, quando da fixação desses comportamentos ativos pelo magistrado, buscando evitar o questionamento da legitimidade, o discurso da aplicação deve ser complementado pelo discurso da justificação. Devem ser justificadas todas as escolhas e valorações preconizadas pelo magistrado. Os juízes, neste contexto, assumem importante papel político quando impõem aos demais poderes da República limitações na execução de projetos de governo, fincados que estão na interpretação dos princípios e valores positivos vertidos pela Constituição Federal. A função do poder judiciário consiste, portanto, no controle da atividade dos demais Poderes, que se encontram vinculados aos ditames constitucionais previstos na Constituição e nas leis, tanto em relação ao seu conteúdo, quanto ao momento apropriado para a sua implementação. Todavia, os magistrados não possuem legitimidade para escolher, de maneira desvinculada, quais as orientações que o governo deve seguir, vez que para isso deveriam ser eleitos e ter mandatos fixos, decorrendo disto a sua responsabilização jurídica em caso de erro.³³⁴ Só a compostura do texto normativo é que vai permitir ou não uma maior criatividade ou não na determinação da norma concreta, ou até mesmo geral, por parte dos agentes do Poder Judiciário.

Na motivação das decisões judiciais, em complemento, devem estar presentes três manifestações de controle de nossa sociedade, o sentimento, a idéia e a força. A sua influência será cada vez mais acentuada quando a norma estiver em consonância com o sentimento de justiça e com a idéia cientificamente adequada que se instrumentaliza na força estatal, tudo situado em um dado momento histórico.³³⁵ São esses limites e ponderações que se impõem como essenciais à legitimação das decisões judiciais, motivo pelo qual, em não os atendendo, deslegitimada e injustificada será a prática da função jurisdicional.

³³⁴ Cf. APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 69-72.

³³⁵ Cf. SOUTO, Cláudio; SOUTO, Solange. **Sociologia do direito: uma visão substantiva**. 3 ed. rev. e aumentada, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2003, p. 295, Cap. 12.

3.2.3 A função criativa dos tribunais e dos juízes na concretização dos direitos fundamentais

Conformados a importância e os limites da função jurisdicional, importa traçar a relevância da função criativa dos juízes na concretização dos direitos fundamentais.

Seguindo esse caminho, é de se destacar que as proclamações nacionais dos direitos fundamentais cessam de ser meras declamações filosóficas no momento em que sua atuação é confiada, em concreto, aos tribunais, ou a tribunais constitucionais nacionais, de forma a expandir o âmbito do direito judiciário e aumentar a criatividade dos juízes. Cabe, então, ao tribunal investido da árdua tarefa de atuar a Constituição a tarefa de agir criativamente no sentido de fixar o conteúdo de tais enigmáticos e vagos preceitos, conceitos e valores positivados. Ao judiciário, assim, cabe preencher de sentido e conteúdo dos direitos fundamentais com vistas a garantir a sua máxima eficácia.³³⁶

Contudo, em que possível a atividade criativa dos magistrados, é de se destacar que sua função é bem dispare do legislativo. Em sua atividade interpretativa, ou de concretização, os magistrados são chamados a esclarecer, integrar, plasmar e transformar, não raro criando novo direito, não significando isso em tarefa legislativa. Ambos os processos são diferentes. O juiz está vinculado a solução de casos concretos ou abstratos com imparcialidade, desde que, de maneira inicial, seja provocado pelas partes. O legislador é orientado por um processo específico (de caráter eminentemente procedimental) de confecção de normas generalizantes ou individuais imbuídas, em certos casos, de parcialidade.³³⁷

Todavia, em que pesem esses argumentos, algumas vezes os tribunais atuam mais numa função legislativa do que judiciária, quando exercem, em hipóteses de Cortes Supremas, o poder de emanar diretrizes gerais em tema de interpretação vinculantes para os demais Tribunais e até mesmo poderes. Nesses casos, destaca-se que a competência é fixada pela própria Constituição ao estabelecer os guardiões da Constituição e os guardiões da legislação federal.

³³⁶ Cf. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores**. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Ed. Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 66-68.

³³⁷ Cf. Idem, *ibidem*, p. 74 e 75.

Nesse passo, é de se frisar que a competência dos Tribunais Constitucionais não pode derivar diretamente de princípios de direito suprapositivos que o mesmo tem desenvolvido. Eles, nesse processar, se desvinculam das regras constitucionais e vinculam os demais poderes, disfarçando um decisiocismo sob o manto de uma pretensa “ordem de valores”. Deve-se evitar a concepção da Constituição como uma Bíblia a ser deduzida pelos sábios. Desta forma, é interessante entendê-la como documento de institucionalização de processos e garantias fundamentais.³³⁸

Outro contra-argumento que se apresenta é o da teoria da concretização constitucional, fundada que está na superioridade da norma sobre o problema, de forma bem diversa da tópica. Por ela, mesmo que se fale de ordem de valores, deve-se assentar a sua positivação como ponto nodal, bem como a necessária adequação à realidade circundante, pontos que servem como aparas à atividade criativa do intérprete.³³⁹

Deve-se evitar, outrossim, na atividade de interpretação dos Tribunais Constitucionais, as restrições de direitos fundamentais por via de sopesamento de valores referidos a um caso concreto, o que não encontra amparo nas normas escritas, mas em idiossincrasias não-escritas dos aparatos econômicos e políticos.

Em suma, deve-se combater a informalização do direito, de sorte a não colocar a autonomia do sujeito em cheque diante da autonomia de sistemas funcionais, da intervenção casuística estatal. O judiciário não pode ser visto como guardião moral da sociedade, sob pena de extravasar o âmbito do jurídico e desqualificar a base social. O judiciário não pode se apropriar de todas as matérias, conformando-as como juridicamente relevantes, pois o recorte da realidade é processado pela norma. Em assim atuando, estaria ampliando o poder de sanção e coerção estatal sem legitimidade para tanto. Não se pode judicializar as relações sociais, mas socializar a justiça, respeitando um limite imanente, a não delegação de pontos de vista morais pela base social ao judiciário.³⁴⁰

³³⁸ MAUS, Ingeborg. “Justiz als gesellschaftliche Über-Ich - Zur Funktion von Rechtsprechung in der ‘vaterlosen’ Gesellschaft“, in Werner Faulstich e Gunter Grimm (orgs.): *Sturz der Götter*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1989, 1 ed., p. 121-149. Tradução de Martonio Mont’Alverne Barreto Lima e Paulo Antonio de Menezes Albuquerque. Recife: [s.n.], [ca. 2000].

³³⁹ Idem, ibidem.

³⁴⁰ Idem, ibidem.

Deve-se, assim, buscar um ponto de equilíbrio entre a evolução moral e a sua apropriação pelas decisões, sua judicialização, de modo a que a sociedade possa evoluir.³⁴¹ Todavia, o magistrado não deve descuidar dos parâmetros traçados pela norma, do programa normativo.

Depois de levantadas as aparas que devem permear a atividade criativa dos tribunais, levanta-se, nesse momento, como contra-argumento daqueles que não entendem possível a criação do direito pelo judiciário, a possibilidade da norma inaceitável, judicialmente criada, poder ser corrigida ou ab-rogada mediante ato legislativo ou por meio de revisão constitucional.^{342 343}

Deve-se ter em vista, aliás, que o processo decisório jurídico não é governado por normas universais, mas sim moldado e constituído por padrões mutáveis e auto-organizados, os quais se encontram freqüentemente articulados como regras mas são de fato apenas "regularidades", padrões que orientam e são produzidos pela ação.³⁴⁴

Ao decidir, o juiz deve ter em vista uma esfera de implicação, caracterizada por uma forma relativamente certa e um conteúdo relativamente incerto. O discurso legal, dentro dessa esfera de implicação, dependeria de uma técnica que torna possível criar a ilusão de certeza em uma esfera de incerteza, o que seria operacionalizado por premissas ocultas que se movimentam na esfera de implicação.³⁴⁵ Essas premissas, na concepção de Müller,³⁴⁶ seriam carregadas como pré-compreensão.

Ao julgar o caso concreto, portanto, o juiz deve adaptar a lei às necessidades atuais, não significando uma tradução arbitrária desta. Compreender e interpretar significam conhecer e reconhecer um sentido vigente, delimitado pelo contexto histórico.³⁴⁷ O juiz

³⁴¹ MAUS, Ingeborg. "Justiz als gesellschaftliche Über-Ich - Zur Funktion von Rechtsprechung in der 'vaterlosen' Gesellschaft", in Werner Faulstich e Gunter Grimm (orgs.): *Sturz der Götter*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1989, 1 ed., p. 121-149. Tradução de Martonio Mont'Alverne Barreto Lima e Paulo Antonio de Menezes Albuquerque. Recife: [s.n.], [ca. 2000].

³⁴² Cf. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores**. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Ed. Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 100-101.

³⁴³ Some-se a este argumento os carregados na subseção 4.1.2.

³⁴⁴ SOBOTA, Katharina. "Don't Mention the Norm!". **International journal for the semiotics of law**, IV/10, 1991, p. 45-60. Tradução de João Maurício Adeodato. Recife: [s.n.], [199-].

³⁴⁵ Idem, ibidem.

³⁴⁶ Vide subseção 4.2.

³⁴⁷ Nesse passo, merece destaque a assertiva de Reale: "O direito passa a refletir a historicidade do homem, que é o único ente que é enquanto deve ser, sendo o valor da pessoa a condição transcendental a toda a experiência ético-jurídica." REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 2 ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 1971, p. 63.

contextualiza o texto com a realidade circundante procedendo à aplicação do direito e à criação da norma jurídica. “A decisão do juiz que ‘intervém praticamente na vida’, pretende ser uma aplicação justa e de nenhum modo arbitrária da lei; deve pautar-se, portanto, em uma interpretação justa e isso inclui necessariamente a mediação de história e atualidade na compreensão.”³⁴⁸

Desta forma, a tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, isto é, em sua aplicação. Esta complementação produtiva do direito está reservada ao juiz, o qual, como todos os membros da comunidade jurídica, encontra-se sujeito aos limites da lei.

Assim, é de se citar Gadamer no sentido de que “na idéia de uma ordem judicial supõe-se o fato de que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa de conjunto.”³⁴⁹ É por isto que existe segurança no mundo jurídico.

Portanto, o que se colhe do exposto é a importante atribuição do judiciário em tornar concretos os valores e conceitos jurídicos indeterminados carreados pela Constituição, desde que observadas as pautas de adequação com a realidade e com o programa normativo.³⁵⁰ O judiciário, desta feita, não pode inovar em descompasso com a realidade, muito menos com o estabelecido na norma. A criação do direito por esse poder, então, só é permitida nos casos em que a norma o admita, a realidade dê sustentação e a interpretação se molde ao valor justiça, não apresentando viés arbitrário. É esta plêiade de aspectos que dá fundamento normativo, o fato do poder emanar do povo, real, o aspecto de Estado Social carente de implementação do Brasil, e justo, a garantia dos direitos e preceitos fundamentais, a fomentar uma legitimação ampla e em defesa de direitos subjetivos por meio da ADPF.

3.2.4 O acesso ao judiciário como um meio de democratização e legitimação do direito

Delineadas as pautas para a legitimação do judiciário e para a admissão de sua atividade criativa, compete vislumbrar a importância do princípio do acesso à justiça.

³⁴⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 20.

³⁴⁹ Idem, *ibidem*, p. 489.

³⁵⁰ Essa terminologia será melhor estudada na subseção 4.2.

Tudo o que foi afirmado nos demais itens desta subseção, todavia, só pode ser adequadamente compreendido e efetuado numa situação em que o acesso ao judiciário seja garantido de forma simplificada ao cidadão. Em assim não sendo, cair-se-ia num sem sentido, eis que a criação jurisprudencial do direito vem justamente para equilibrar o jogo das funções estatais, tão aumentadas pelo forte aspecto de nosso Estado Social, dando maior agilidade à solução dos problemas, não os complicando.³⁵¹ Desta forma, entendem-se inadequadas as limitações impostas por alguns doutrinadores à ADPF no campo dos legitimados ativos.

Uma perspectiva de legitimação ampla, nesse sentido, tem forte condição de proporcionar mais democracia no direito.

A jurisdição constitucional, portanto, não é apenas uma instituição destinada a proteger os direitos sociais e individuais em face dos poderes do Estado, ela também é um espaço público de discussão democrática sobre questões de natureza constitucional. Logo, o acesso ao Poder Judiciário é ele mesmo o exercício de um direito de participação democrática, que se soma aos direitos políticos tradicionais correspondentes ao direito de sufrágio.³⁵²

O acesso ao judiciário de maneira mais ampla possível se apresenta então como fator de legitimação do Estado, mormente o brasileiro, onde o não implemento dos direitos fundamentais pelo executivo e as omissões do legislativo acabam modificando o pólo de onde a sociedade deve extrair a satisfação de suas necessidades. Assim, a legitimidade do judiciário brasileiro, a despeito dos problemas para a sua configuração, só pode ser alcançada por um novo enfoque da noção do acesso a justiça, volvida para lhe dar a maior amplitude possível. Nesse importe, faz-se remessa à subseção 2.5.4, donde se percebe o acesso à justiça como elemento instrumental do princípio da dignidade da pessoa humana, elemento indispensável para a exigibilidade e eficácia dos direitos fundamentais (espécies do gênero preceitos fundamentais).

Os juízes, então, deverão aceitar a realidade da transformada concepção do direito e da nova função do Estado, do qual são agentes de uma de suas funções, a judiciária, de forma a contribuírem para fornecer concreto conteúdo àquelas finalidades e princípios positivados. Eles podem desempenhar este mister exigindo o cumprimento do dever do Estado de intervir

³⁵¹ Cf. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores**. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Ed. Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 106.

³⁵² MELLO, Cláudio Ari. **Democracia constitucional e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 197.

ativamente na esfera social, um dever que, por ser prescrito legislativamente, cabe exatamente aos juízes fazer respeitar.³⁵³

Nesse passo, Cláudio Ari destaca que “o direito de acesso à jurisdição é uma das mais nobres expressões do direito fundamental de participação política.”³⁵⁴

Assim, sem que se dê acesso à jurisdição, impossível é a concepção de um Estado Democrático de Direito, porquanto ocorrerá a exclusão de importante espaço público de discussão democrática. O judiciário se apresenta, então, como forte instrumento de concretização dos anseios e direitos da população, motivo pelo qual se justifica a propriedade da legitimidade ampla em sede de ADPF na defesa de direitos subjetivos.

3.2.5 Da arguição de descumprimento de preceito fundamental como ação e da relevante função do Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional

Configurada a importância da função criativa do Poder Judiciário no direito brasileiro e a caracterização do princípio do acesso à justiça como valor nodal do Estado Democrático de Direito, cabe traçar a caracterização da ADPF como ação e a função do STF nesse processamento.

Importante, lembre-se, foi a indeterminação do conceito de preceito fundamental,³⁵⁵ atribuindo ao intérprete constitucional máximo o seu preenchimento dentro do contexto social e político. Importantes, também, para o desenvolvimento deste trabalho, são as compreensões do que seja o princípio da subsidiariedade e do âmbito de legitimados da ADPF.³⁵⁶ Todos esses pontos, dada a ambigüidade e vagueza, podem ser considerados como conceitos jurídicos indeterminados.

João Maurício Adeodato se pronuncia sobre os conceitos jurídicos indeterminados da seguinte forma: “são opiniões mais ou menos indefinidas a que, ainda assim ou talvez

³⁵³ Cf. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores**. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Ed. Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 42.

³⁵⁴ MELLO, Cláudio Ari. **Democracia constitucional e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, P. 198.

³⁵⁵ Veja-se nesse sentido a subseção 2.1.

³⁵⁶ Esses pontos merecerão estudo acurado na subseção 4.2 e seção 5.

justamente por isso, a maioria empresta adesão, ao mesmo tempo em que preenche os inevitáveis pontos escuros e ambíguos com sua própria opinião pessoal [...]”³⁵⁷

Sobre a abertura de mencionados conceitos, Krell assim se posiciona: “Os conceitos jurídicos indeterminados exigem interpretação, sendo o seu pleno controle judicial a regra. Eles representam expressões de técnica legislativa referentes à abertura de regras jurídicas, carecedores de complementação.”^{358 359}

Como alinhavado na subseção 2.1.4., compete ao STF, com participação ativa da comunidade jurídica, delimitar o escopo dos chamados preceitos fundamentais, conceitos dotados de pontos obscuros e ambíguos. Isso se justifica pelo fato de o Brasil adotar um nítido modelo de democracia constitucional sob o regime republicano substancialista, ao prescrever que “compete ao STF, precipuamente, a guarda da Constituição” (art. 102, da CF). Desta forma, o Supremo, quando exerce a jurisdição constitucional, representa a soberania popular no que concerne à garantia final dos bens e valores essenciais reconhecidos pelo poder

³⁵⁷ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 280.

³⁵⁸ KRELL, Andréas Joachin. **Discricionariedade Administrativa e proteção ambiental**: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 32.

³⁵⁹ Eros Grau tem posicionamento diametralmente oposto ao defendido por Krell e João Maurício Adeodato. Grau preconiza que o conceito é uma coisa (signo-termo) que representa outra coisa (seu objeto). Ele destaca que na seara jurídica os conceitos não se referem a objetos, mas a significações, isto é, os conceitos estão no lugar das significações, não no lugar das coisas. Eles são postos para viabilizar a aplicação de um conjunto de normas a uma coisa, estado ou situação. Assim, Grau entende que a indeterminação é dos signos lingüísticos dos conceitos, e não dos conceitos, uma vez que estes são atemporais e ahistóricos. Não existem, para ele, os conceitos jurídicos indeterminados, o que ele nomina de noções, informadas que estão pelo caráter temporal e histórico. GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 2 ed., São Paulo: Malheiros, 2003. p. 214-228. Em que pesem as assertivas, tem-se opinião totalmente diversa da aduzida por Grau. Nesse seu entendimento, mencionado autor estaria a fazer tábula rasa da faticidade e da historicidade do direito. Outrossim, no que importa à temática aqui discutida, é de se assacar a relevância que o próprio Grau dá às normas de decisão, das quais ganha relevância a orientação jurisprudencial do STF no sentido de o mesmo delimitar o que seja o preceito fundamental, conforme a subseção 2.1.4. Assim, mesmo que sejam entendidos como conceitos indeterminados (noções para Grau), existe norma de decisão a sinalizar a sua complementação pelo STF. Avançando mais nessa questão, buscando a não compatibilização das teorias, mas a refutação do pensamento de Grau, é de se assacar o posicionamento de Wittgenstein sobre a derrocada do essencialismo em prol da abertura dos conceitos na regulamentação dos casos. Até mesmo na aplicabilidade não pode existir este essencialismo, um caráter absoluto onde os signos estariam subordinados a realização dos conceitos. O pensamento de Wittgenstein é voltado para um enfoque pragmático lingüístico, donde as significações, matéria sobre a qual os conceitos se referem, até mesmo os conceitos indeterminados, são temporais e históricas. Cf. WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. in: Os pensadores – vol. XLVI, Tradução de José Carlos Bruni. São Paulo: Abril Cultural, 1975, p. 32 (43), 52-53 (88), 135 (432). Reforçando o posicionamento aqui declinado, tem-se que destacar a dinamicidade do mundo jurídico. Streck, nesse sentido, destaca que: a norma que exsurge do texto da lei é produto da interpretação do texto no seu contexto. A norma, enquanto ser do ente (texto), que sempre estará ligado a um caso concreto, é produto desse somatório de elementos. Não há, jamais, a última palavra, porque essa pretensa última (e definitiva) palavra (que será uma norma produto da interpretação de um texto) dará ensejo, na simples leitura que o próximo intérprete fizer, a uma nova norma. *Será o intérprete, na sua condição-de-ser-mundo, que atribuirá sentido a essa norma* (que já não será, então, um texto, do qual resultará nova interpretação).

constituinte e consolidados nos princípios e direitos fundamentais da Constituição. Logo, quando os Ministros do STF exercem a jurisdição constitucional, são também legítimos representantes da soberania popular, e esta representação se materializa na função de guarda dos princípios e direitos fundamentais expressos na Constituição. Ademais, esta jurisdição não está sujeita às decisões de órgãos legislativos senão na medida estrita em que as leis criadas pelos parlamentos estejam em conformidade com a Constituição.

Nesse ângulo de abordagem, as noções de subsidiariedade e legitimidade, no referente à ADPF, dada a sua vagueza, se apresentam como conceitos jurídicos indeterminados passíveis de preenchimento pelo STF, nosso Tribunal Constitucional, o que remete à lição de Raúl Canosa Usera, quando trata dos princípios constitucionais, de que estes devem ser aclarados em sua totalidade, já que a sua margem de indeterminação possibilita a atuação conforme com a realidade das forças políticas de um dado momento.³⁶⁰

Ambas, a questão da subsidiariedade e dos legitimados foram carreadas pela Lei 9.882/99, lei que disciplina o parágrafo 1º do art. 102 da Constituição Federal. Mencionada lei, dentro das noções de José Afonso da Silva, é lei complementar comum, lei ordinária que visa à aplicação dos demais dispositivos constitucionais e que tem por limite o sentido do preceito complementado, não podendo mudar o sentido da Constituição. A essas leis, assim, não é lícito fixar o sentido ou o alcance duvidoso de texto constitucional, fixando-lhe a interpretação.³⁶¹ Elas, também, não podem proceder a modificações na Constituição Federal, sob pena de incidir em mutação constitucional por via indireta, o que não é permitido.

Vê-se, logo, que as leis complementares comuns devem estar limitadas pelo texto constitucional, vinculadas que estão ao desenvolvimento de seus princípios. Contudo, no que pertine à ADPF, tem-se que a mesma deve desenvolvê-los inteiramente. Assim se pensa, pois tanto infringe a Constituição desbordar de seus princípios e esquemas como atuá-los pela metade. Em ambos os casos ocorre uma deformação constitucional.³⁶²

Daí que, volvendo-se à ADPF, pode-se constatar que a sua regulamentação por lei ordinária, a despeito de combalida por alguns doutrinadores e questionada judicialmente, se

³⁶⁰ USERA, Raúl Canosa. **Interpretacion Constitucional y Formula Política**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p. 220.

³⁶¹ Cf. SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6 ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 229 e 230.

³⁶² Idem, *ibidem*, p. 230.

assenta com base no princípio de que todo o poder emana do povo, conforme o parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal, o qual deve ser aliado ao estatuído no parágrafo 1º do art. 5º, que trata da aplicabilidade imediata das normas que tratam dos direitos e garantias fundamentais. Ora, se garantida a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, por que não dotá-los de instrumentos que os garantam eficazmente em caso de desrespeito, como ocorre com a ADPF, espécie de garantia da constituição, conforme se pode inferir das lições de Canotilho.³⁶³

Assim, em que pese a sinalização de uma futura suspensão e interpretação conforme de dispositivos da Lei nº 9882/99 na ADI/DF 2231, expressa-se entendimento de que a ADPF é importante instrumento de controle misto de constitucionalidade (controles difuso e concentrado) a ser utilizada em prol dos direitos e garantias fundamentais expressos na Constituição, seus objetos, como se pode vislumbrar na subseção 2.1.4. Portanto, entende-se que essa norma de complementação da Constituição desenvolve, muito bem, os princípios tratados no texto constitucional, uma vez que não os faz atuar pela metade. Ela, nesse desiderato, pode plenamente ser manuseada em situações concretamente já postas em juízo, com vistas a conferir maior legitimidade ao Estado através do atendimento dos anseios da população diante da democracia substancialista brasileira.³⁶⁴

Por outro lado, no que pertine ao princípio da subsidiariedade, que limita o uso da ADPF quando não houver outro instrumento cabível, entende-se que a sua interpretação deve estar ligada à resolução com eficácia da questão debatida. Essa resolução deve ser processada da melhor forma possível, ou seja, a resolução ótima do caso. Pelo princípio da subsidiariedade, a ADPF não pode estar vinculada ao manuseio de outras ações pela simples admissibilidade, mas pela plena realização dos direitos fundamentais em questão. Esse é o posicionamento que se entende mais consentâneo com a legitimação estatal pelo povo, ampliando-se o acesso à justiça e democratizando-se a criação e construção do direito.³⁶⁵

Adiantaram-se as funções do STF, mas importa perscrutar, agora, sobre a confirmação do Supremo como Tribunal Constitucional.

³⁶³ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3 ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 823-824.

³⁶⁴ Tema que será aprofundado na subseção 4.2.

³⁶⁵ Idem.

Assim, a Corte Máxima Brasileira se apresenta como Tribunal Constitucional pelo fato de defender a supremacia constitucional. André Ramos Tavares confirma este posicionamento após estudo sobre os caracteres essenciais para a compreensão de um Tribunal Constitucional:

um Tribunal Constitucional deve ser identificado pelo exercício de funções típicas (dentre as quais sobressai a do controle de constitucionalidade das leis). O exercício dessas funções em caráter *exclusivo* (órgão ou “poder” independente, até mesmo do Judiciário) e com *monopólio* (Justiça concentrada e não difusa) não é elemento imprescindível para a existência de um Tribunal Constitucional. São considerações relacionadas à funcionalidade prática e à estética, respectivamente, do Tribunal, vale dizer, preocupadas com a adoção de um órgão que esteja em condições de oferecer resposta adequada e célere para os problemas derivados da supremacia da Constituição. O Tribunal Constitucional identifica-se, pois, pelas funções que exerce, basicamente todas marcadas pela idéia de protetor da supremacia constitucional, com sua defesa e cumprimento. Não se caracteriza, pois, pela exclusividade ou monopólio no exercício dessas funções.³⁶⁶

Poder-se-ia, d’outra banda, levantar a hipótese de que esta atividade denotaria uma função governativa do STF. Atividade que, dependendo dos efeitos da interpretação que se dê ao conceito de preceito fundamental, pode se referir a políticas públicas, entrando o judiciário em espaço não estritamente reservado aos demais poderes, o que torna necessário no preenchimento dos conteúdos o complemento do discurso de aplicação com um discurso de justificação. Esse discurso, frisa-se, deve estar adstrito ao conteúdo e ao momento apropriado para a sua implementação.³⁶⁷

E desta forma se apresenta, tendo em vista que quando o Tribunal Constitucional interpreta as normas constitucionais ele acaba adotando ações de governo, eis que limita o âmbito de atuação do Estado. Nos dizeres de André Ramos Tavares:

no exercício de sua função interpretativa, o Tribunal Constitucional inegavelmente adota ações de governo. [...] Outra participação governativa do Tribunal Constitucional, que merece também destaque, ocorre quando este define os direitos fundamentais e os protege. Em sua definição acaba por definir também quais as práticas permitidas e quais as exigidas do Estado. Pode, inclusive, acabar determinando a forma pela qual deve desenvolver-se a atuação policial, como ocorreu em *Mirada versus Arizona* (Cf. Cox, 1968: 83 sss., recentemente essa orientação foi confirmada pela Suprema Corte – em janeiro de 2004). [...] Não se trata, aqui, de exigir o cumprimento de direitos fundamentais na concepção de liberdades públicas, nem de desenvolver a sua interpretação ou integração, mas sim de exigir e impor a

³⁶⁶ TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 158-159.

³⁶⁷ Veja-se, nesse sentido, a ADPF 45/DF, na qual ficou assentada, a despeito da perda do objeto da demanda, a possibilidade de o judiciário intervir em políticas públicas na esfera dos direitos sociais, especialmente onde estiverem em causa prestações vinculadas ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana. (Rel. Min. Celso de Mello, j. 29.04.2004). Supremo Tribunal Federal, **Net**, Brasília. Disponível em: <[http://www.stf.gov.br/dj/MontaPaginaDJ.asp?ORIGEM=AP&CLASSE=ADPF&PROCESSO=45&TIP_JULGAMENTO=MC&RECURSO=0&CAPITULO=6&NUM_MATERIA=61&MATERIA=2&BRS=1558064&TITULO=
<span%20class=titulo>%20DJ%20Nr.%2084%20-%2004/05/2004%20%20Ata%20Nr.%2061%20-%20Relação%20de%20Processos%20Originários%20%20Despachos%20dos%20Relatores

](http://www.stf.gov.br/dj/MontaPaginaDJ.asp?ORIGEM=AP&CLASSE=ADPF&PROCESSO=45&TIP_JULGAMENTO=MC&RECURSO=0&CAPITULO=6&NUM_MATERIA=61&MATERIA=2&BRS=1558064&TITULO=
<span%20class=titulo>%20DJ%20Nr.%2084%20-%2004/05/2004%20%20Ata%20Nr.%2061%20-%20Relação%20de%20Processos%20Originários%20%20Despachos%20dos%20Relatores

)> Acesso em: 10 ago. 2006

criação de condições fáticas favoráveis para o exercício do catálogo de direitos fundamentais declarado. Vislumbra-se, pois, nessas circunstâncias a presença de uma função tipicamente governativa, porque o Tribunal Constitucional acabará por determinar os âmbitos de atuação exigíveis do Estado.³⁶⁸

Portanto, levanta-se que não basta a autoridade, pois é preciso que os juízes justifiquem todas as valorações e escolhas processadas no processo decisional,³⁶⁹ respeitando os limites intransponíveis da vedação de atuação de ofício, da circunscrição aos programas governativos constitucionalmente incorporados, e do respeito, dentro dos condicionantes carreados nas seções anteriores desta subseção e na subseção 4.1.1, aos âmbitos de atuação próprios dos demais “poderes”,³⁷⁰ donde resulta a importância em se trazer os contornos precisos da ADPF, cerne deste trabalho.

Consolidando os posicionamentos declinados até o momento, pode-se atestar que a configuração substancialista da República brasileira acabou por gerar uma nova função para o Poder Judiciário, voltada para implementação dos valores máximos da Constituição e dos direitos fundamentais. Nesse passo, o judiciário, como garante desses valores e direitos, começou a adentrar no âmbito político, dada a nova formatação do direito, uma espécie de política pública, o que, na busca de evitar o arbítrio e o decisiocismo, importa que a atividade judicial se pautar pelo valor da justiça, pela programação traçada na norma e pela realidade circundante, de forma a se legitimar, justificadamente, no seio social. É dentro dessas concepções, portanto, que saltam os desígnios para a atividade do STF no processar a concretização de direitos fundamentais (espécies de preceitos fundamentais). A sua legitimação deve estar pautada nas orientações aduzidas, o que se soma, como reforço de legitimação, o aspecto de o mesmo ser o guardião da Constituição. É por isso que se acentua a propriedade em se proceder a uma maior abertura legitimatória e uma interpretação mais adequada do princípio da subsidiariedade, ambos em sede de ADPF, de maneira a que o Supremo possa responder aos anseios da população, dada a inércia dos demais poderes, orientando a atividade estatal e se firmando como Tribunal Constitucional.

³⁶⁸ TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 188. 355-356. Em complemento do expandido, vejam-se as seções 2.3.2, 2.5.6 e 2.5.7 sobre os aspectos e funções dos direitos fundamentais e do princípio da dignidade da pessoa humana.

³⁶⁹ Cf. APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 64-73.

³⁷⁰ TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005, 358.

4 DA IMPORTÂNCIA DA LINGUAGEM E DA SUA CONTRIBUIÇÃO PARA A COMPREENSÃO DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

4.1 A virada lingüística e a reviravolta na concepção do fenômeno jurídico

4.1.1 Contextualização temática

Superados que foram os estudos do que sejam os preceitos fundamentais, pormenorizada a análise da principal espécie destes, os direitos fundamentais, cotejado o poder de conformação dos direitos fundamentais pelo princípio da dignidade da pessoa humana, vislumbradas a orientação legitimante do poder pelo povo como pauta da atividade estatal e a perspectiva de implementação de políticas e de conformação do Estado pelo STF, cabe volver o raciocínio para o Marco Teórico deste trabalho, a teoria da virada lingüística, com especial ênfase no seu aspecto real e concretizador.

No Estado Liberal, o centro de decisão apontava para o legislativo (o que não é proibido é permitido, direitos negativos); no Estado Social, a primazia ficava com o Executivo, em face da necessidade de realização de políticas públicas e de se sustentar a intervenção do Estado na economia; já no Estado Democrático de Direito, o foco de tensão passa a ser o judiciário. Diante das inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo, acabou ficando direcionado ao judiciário o suprimento de mencionadas falhas através dos mecanismos jurídicos postos pela Constituição estabelecida pelo Estado Democrático de Direito.³⁷¹

Tudo isso se justifica pela opção brasileira por um Estado Intervencionista, o qual depositou no executivo e no legislativo o atendimento dos fins especificados na Constituição, dentre eles, o de promover uma sociedade mais justa.

Todavia, as conseqüências da inércia do Executivo e da falta de atuação do Legislativo justificam e vêm justificando o deslocamento de atribuições para o Poder Judiciário, de forma que o mesmo faça implementar as políticas públicas do Estado Democrático de Direito. Ao

³⁷¹ Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5 ed. rev. e atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 55.

Judiciário coube o resgate de direitos até então não realizados. A via judicial foi se fortalecendo, assim, como a via possível para a realização dos direitos previstos em nossa Constituição. O Judiciário, portanto, surge como instrumento de resistência às investidas das funções Executiva e Legislativa que representem retrocesso social ou a ineficácia dos direitos individuais ou sociais.³⁷²

Essa virada de pensamento foi bastante para se entender que as delimitações das funções estatais não estão postas como algo estático, no que o sujeito deve apreender o objeto, mas na concepção de que as relações postas devem estar vinculadas entre sujeito e sujeito, partindo-se para a significação das palavras, onde o importante e decisivo não está em se saber o que são as coisas em si, mas saber o que se diz quando se fala delas, o que se quer dizer com, ou que significado têm as expressões lingüísticas.³⁷³ Ou seja, deve-se compreender a função real e dinâmica do direito. Deve-se buscar o seu aspecto histórico.

O Estado Democrático de Direito se apresenta, assim, como um novo modelo que remete a um tipo de Estado em que se pretende a transformação em profundidade do modo de produção capitalista e sua substituição por uma organização com forte viés social, para dar passagem, por vias pacíficas, e de liberdade formal e real, a uma sociedade onde se possam implantar superiores níveis reais de igualdades e liberdades. A noção do Estado Democrático de Direito está, pois, indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais.³⁷⁴

As constituições, nessa toada, passam a ser importantes instrumentos da ação do Estado na busca desse desiderato.

É dentro desse contexto de implementação dos direitos fundamentais que se justificam as mudanças a serem preconizadas na interpretação de alguns dispositivos da ADPF, de modo a que essa ação constitucional possa se adequar à realidade nacional.³⁷⁵

³⁷² Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5 ed. rev. e atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 55.

³⁷³ Cf. NEVES, Antônio Castanheira. Metodologia Jurídica: problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra Editores, 1993, p. 89, *apud* STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5 ed. rev. e atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 63.

³⁷⁴ Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5 ed. rev. e atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 39.

³⁷⁵ Nesse sentido, é de se trazer à colação o posicionamento de Streck: “É nesse contexto que deve ser analisado o novo instituto: se o Estado Democrático de Direito é um plus em relação às duas formas anteriores de Estado de Direito (Liberal e Social), a argüição de descumprimento de preceito fundamental é um plus normativo em relação aos institutos de proteção aos direitos fundamentais prescritos pelo texto constitucional.” STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 639.

4.1.2 O papel do judiciário na solução da crise de legitimação estatal³⁷⁶

Segue-se, no intento de solucionar a problemática da inércia do executivo e da falta de atuação do legislativo, as posições substancialistas de Mauro Cappelletti, quando o mesmo preconiza que o Poder Judiciário pode contribuir para o aumento da capacidade de incorporação do sistema político, garantindo a grupos marginais, destituídos de meios para acessar os poderes políticos, uma oportunidade para a vocalização de suas expectativas e direito no processo judicial.³⁷⁷

O judiciário, mais do que harmonizar os demais poderes, na tese substancialista aqui delineada, deve assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra as majorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios de valor permanente da sua cultura de origem e da cultura ocidental.³⁷⁸

Na esteira das teses substancialistas, o Poder Judiciário (especialmente a justiça constitucional) deve assumir uma postura intervencionista, de modo a mobilizar a sociedade para a defesa dos seus interesses e direitos.^{379 380}

O modelo substancialista, portanto, trabalha na perspectiva de que a Constituição estabelece as condições do agir político-estatal, de que ela é a explicitação do contrato social

³⁷⁶ Esta perspectiva foi estudada com maior acuidade nas subseções 3.1 e 3.2.

³⁷⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores**. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Ed. Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 34 a 43.

³⁷⁸ VIANNA, Luiz Werneck; Carvalho, Maria Alice Rezende de; MELLO, Manoel Palácios Cunha; Bugos, Marcelo Boussam. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Revan, p. 22 e 23, *apud* STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5 ed. rev. e atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 46.

³⁷⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5 ed. rev. e atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 51.

³⁸⁰ Nesse mesmo sentido, tem-se Paulo Bonavides. O constitucionalista cearense atesta que os princípios possuem um grau de superlativa normatividade, regulando o funcionamento do sistema jurídico. Dentre todos os existentes, ganha relevo o princípio da soberania popular, o qual não pode ficar inferiorizado no respeitante às aplicações políticas de sua dimensão direta, o que equivaleria a mutilar o sistema constitucional de poder e a comprometer a legitimidade e o futuro da democracia no Brasil. Assim, entende Bonavides que uma das missões históricas do judiciário é a de contribuir, justamente, para que isso não aconteça. BONAVIDES, Paulo. O poder judiciário e o parágrafo único do art. 1º da constituição do Brasil. *in*: GRAU, Eros Roberto (coord); CUNHA, Sérgio Sérvulo da (coord). **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 85-87.

permeado pela intersubjetividade, pela relação sujeito-sujeito, no qual o sujeito desde sempre está mergulhado na linguisticidade do mundo.³⁸¹

É essa perspectiva substancialista que orienta as mudanças dos pólos de decisão em momentos conflituosos, para que se proteja o cerne da Constituição. O sistema, assim, deve se adaptar para a sua manutenção.

4.1.3 As contribuições da teoria da linguagem (a virada lingüística) na concepção do fenômeno jurídico

Contextualizada a situação e destacado o viés substancialista da explanação, cabe tratar do fenômeno da virada lingüística.

Ao desenvolver estudo sobre as influências da linguagem na compreensão do mundo, Streck preconiza que

a linguagem como totalidade não implica dizer que ela – linguagem – cria o mundo; este existe independentemente de nós. As coisas do mundo só existem se compreendidas, interpretadas. A linguagem sempre nos precede, ela nos é anterior. Estamos sempre e desde sempre nela. A centralidade da linguagem, isto é, sua importância de ser condição de possibilidade, reside justamente no fato de que o mundo somente será mundo, como mundo, se o nomearmos, é dizer, se lhe dermos sentido como mundo. Não há mundo em si. O mundo e as coisas somente serão (mundo, coisas) se forem interpretados (como tais). Apagar (um)a linguagem, ou seja, esquecer as condições de sua surgência, de sua nome-ação, não faz as coisas (como tais) desaparecerem.³⁸²

Wittgenstein, nesse passo, preconiza que a linguagem se apresentava como condição de possibilidade para o conhecimento, ela apresenta um caráter transcendental pelo qual não se pode ter consciência sem linguagem. Para se entender a significação das palavras é necessária a mediação lingüística.³⁸³

Ainda na esteira dos pensamentos do autor das Investigações Filosóficas, ganha importância a sua idéia de que os conceitos não devem possuir exatidão tal que os desliguem das situações concretas. Para ele, os conceitos são abertos para permitir a possibilidade de

³⁸¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermetica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5 ed. rev. e atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 45.

³⁸² Idem, Ibidem, p. 197 e 198.

³⁸³ Cf. OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 138.

aplicação a casos não previstos. É o uso na linguagem que vai determinar a significação de uma palavra.³⁸⁴ A grande mudança na compreensão do mundo processada por Wittgenstein está no fato de entender a condição de possibilidade da linguagem no compreender, um compreender que é aberto e histórico para se moldar às modificações processadas na realidade.

A teoria de Wittgenstein é fincada nos jogos de linguagem, sem os quais o mundo se tornaria ininteligível. A compreensão do mundo, a compreensão dos significados das palavras, é dada pela pragmática dentro das regras de um determinado jogo de linguagem.³⁸⁵

Traçada a importante contribuição de Wittgenstein no entendimento de ser a linguagem condição de possibilidade para o conhecimento, importa delinear, numa perspectiva ontológico-hermenêutica, e na continuidade dos posicionamentos aventados, as concepções de Heidegger. Heidegger destaca que somente quando se encontra a palavra para a coisa é esta uma coisa; somente então é, uma vez que a palavra é o que proporciona o ser da coisa.³⁸⁶ Sem a palavra, sem a linguagem, não há existência. Não falamos sobre aquilo que vemos; vemos o que se fala sobre as coisas.³⁸⁷

Heidegger, aliás, destaca que toda compreensão guarda em si a possibilidade de interpretação, de uma apropriação do que se compreende, de sorte que o fundamento ontológico-existencial da linguagem é o discurso, ou seja, a compreensibilidade está sempre articulada, antes mesmo de qualquer interpretação apropriadora. O discurso, portanto, representa a articulação da compreensibilidade, a base da interpretação, dele decorrendo os sentidos, o que pode ser articulado na interpretação. A linguagem se apresenta como pronunciamento do discurso. Quanto à totalidade significativa, diz ser o que se estrutura na articulação do discurso, desmembrando-se em significações. As palavras seriam derivações das significações e elas não seriam coisas dotadas de significado.³⁸⁸

³⁸⁴ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. in: Os pensadores – vol. XLVI, Tradução de José Carlos Bruni. São Paulo: Abril Cultural, 1975, p. 32 (43), 52-53 (88), 135 (432).

³⁸⁵ Idem, *ibidem*, p. 90-92 (198 a 206).

³⁸⁶ Cf. HEIDEGGER, Martin. *Unterwegs zur sprache*. 6 ed. Pfullinger: Günter Neske, 1979, p. 164 e segs, *apud* STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5 ed. rev. e atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 197.

³⁸⁷ Cf. HEIDEGGER, Martin. *Prolegomena zur geschichte des zeutbegriffs*. *Leciones de Masburgo del semestre verano de 1920*. Gesamtausgabe, vol. 20, Frankfurt, 1988, p. 75 *apud* STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5 ed. rev. e atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, P. 197.

³⁸⁸ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução de Márcia de Sá Cavalcante. 6 ed., Petrópolis: Vozes, 1997, p. 218-219.

Heidegger, ademais, em sua concepção lingüística, traça a idéia de pré-compreensão, ou seja, uma compreensão prévia do ser, do ente, que não significa que seja definitiva e se estabeleça desde já como tal, mas que será um fundamento inicial de compreensão que pode se alterar com a abertura do ser para as possibilidades, e aqui traduzimos, para a realidade histórica.³⁸⁹

Dentro desses posicionamentos, vê-se o quão Heidegger vincula a noção de realidade a nossa linguagem, eis que é esta que dá o significado do que se entende por mundo, a mesma é limite para o agir e o existir humano. Por isso, Heidegger vai dizer que a linguagem do homem, enquanto ser da linguagem, é "a casa do ser". "Pastor do ser"³⁹⁰. Quer dizer, é onde o sentido se *re-vela*, se *re-trata*. Para ele, compreender não é um modo de conhecer, mas um modo de ser. Destaca, ademais, que o ser se dá (desvelamento) e ao mesmo tempo se retrai (ocultamento) já que não é produto da subjetividade, mas, antes, da história que justamente é ser no dar-se e retrair-se.³⁹¹

Gadamer, nessa mesma linha, assaca que a hermenêutica não é método, mas sim filosofia. A linguagem não é ferramenta, é condição, é possibilidade construidora do mundo. Ele sinaliza, ademais, que a interpretação trabalha sempre com conceitos prévios (pré-compreensão), cuja tendência é a de substituição por outros mais adequados. Assim, aquele que intenta compreender está exposto aos erros de opiniões prévias que não se comprovam nas coisas mesmas. A compreensão, nesse passo, só alcança as suas verdadeiras possibilidades quando as opiniões óbvias com as quais se inicia não são arbitrárias, quando se verifica a legitimação das mesmas no que pertine a sua validade e origem. Frente a todo texto, a tarefa do intérprete não é introduzir direta e acriticamente os próprios hábitos lingüísticos; contrariamente a isto, Gadamer reconhece como tarefa fundamental o conseguir a compreensão do texto apenas desde o hábito lingüístico do seu tempo (história, tradição) ou do seu autor.³⁹² Quem quer compreender um texto acaba por acrescentar algo. O ato de

³⁸⁹ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução de Márcia de Sá Cavalcante. 6 ed., Petrópolis: Vozes, 1997, p. 207.

³⁹⁰Cf. REALE, G., ANTISERI, D. **História da Filosofia**: Do Romantismo até nossos dias. Vol. 3. São Paulo:Paulinas, 1991, p.590.

³⁹¹ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 1996. p. 219-220.

³⁹² O tempo é o âmbito no qual se dá a compreensão. Quando faltam o tempo e a tradição, falta-nos a chave da compreensão. Cf. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 439, 442, 445 e segs.

interpretar implica uma produção de um novo texto, mediante a adição de sentido que o intérprete lhe dá. A interpretação de um texto ou lei, assim, é uma atividade criativa.³⁹³

Gadamer, como singelamente delineado no parágrafo anterior, atribui à tradição, o objeto de nossa pré-compreensão, especial importância. Lenio Luiz Streck, nesse sentido, esclarece:

o legado da tradição vem a nós através da linguagem, cujo papel é central/primordial na teoria gadameriana. [...] Tradição é transmissão. A experiência hermenêutica, diz o mestre, tem direta relação com a tradição. É esta que deve anuir com a experiência. A tradição não é um simples acontecer que se possa conhecer e dominar pela experiência, senão que é linguagem, isto é, a tradição fala por si mesma. O transmitido continua, mostra novos aspectos significativos em virtude da continuação histórica do acontecer. Através de sua atualização na compreensão, os textos se integram em um autêntico acontecer. Toda atualização na compreensão pode entender a si mesma como uma possibilidade histórica do compreendido. Na finitude histórica de nossa existência, devemos ter consciência de que, depois de nós, outros entenderão cada vez de maneira diferente. Para nossa experiência hermenêutica, é inquestionável que a obra mesma é a que desdobra a sua plenitude de sentido na medida em que vai transformando a sua compreensão. A história é uma; seu significado é que segue se autodeterminando de forma incessante.³⁹⁴

Nas concepções de Gadamer, pode-se destacar uma evolução da concepção de Heidegger, eis que aquele acrescenta o caráter criativo dentro do processo de interpretação e reforça a concepção histórica do intérprete. Interpretação para Gadamer é criar. Gadamer vê que toda compreensão se faz no seio da linguagem, num processo voltado para a tomada de consciência da influência da história, seu limite.³⁹⁵

Pode-se vislumbrar, assim, que Heidegger e Gadamer opõem-se radicalmente ao modelo da subjetividade. A subjetividade é relativizada pelo fato de a compreensão não ser livre, ela deve estar ligada a pré-supostos, pré-conceitos, dentre os quais se avoluma o aspecto histórico, ou a tradição de Gadamer. Nesse proceder, portanto, a atividade do intérprete não é livre, muito menos desvinculada.³⁹⁶

A compreensão, dentro dessas concepções lingüísticas, deve ser dirigida por um movimento antecipatório de pré-compreensão. Uma tarefa de concretização da consciência histórica. Trata-se de descobrir as próprias prevenções e pré-juízos e realizar a compreensão

³⁹³ Cf. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 402, 437, 443 e segs.

³⁹⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5 ed. rev. e atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 192.

³⁹⁵ Cf. OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 233.

³⁹⁶ Entende da mesma forma Manfredo Oliveira In OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 1996, 247-248.

desde a consciência histórica. Compreender pressupõe um autocompreender. O sentido de algo só é dado por essa compreensão, cujo acesso só é possível pela linguagem. Não se interpreta, assim, um texto (jurídico) desvinculado da antecipação de sentido representada pelo sentido que o interprete tem (no caso, o que interessa mais para o direito é a Constituição). A linguagem passa a ser instrumento e veículo de conceitos, uma condição de possibilidade de manifestação do sentido. Nesse processamento, é impossível repetir o sentido. Deve ser entendida a faticidade e a historicidade da atividade do interprete.³⁹⁷

Dentro disso é que se pode ver a equivalência entre significação e sentido. Kelsen, nesse passo, preconiza que a significação de uma expressão lingüística é sua específica *função*: a designação de um objeto, a referência a um objeto. Ela designa algo, refere-se a algo, motivo pelo qual o objeto a que ela designa, a que ela se refere, não poder ser entendido como a sua significação.³⁹⁸

Assim, sumariando as assertivas, afirma-se que o “sujeito interpretante” está inserido no mundo, em um mundo linguisticamente constituído, de onde é impossível a emergência de um cogito desindexado da tradição, condição indispensável à pré-compreensão. É somente compreendendo, portanto, que se pode interpretar.³⁹⁹

Sobre a importância de se quebrar os dogmas hermêuticos atuais e se processar uma transformação na função interpretativa, Lênio Streck alinhava os elementos que devem conduzir essa atividade:

talvez por acreditar em sentidos *a priori* ou em verdades apofânticas, é que os aplicadores do Direito [...] “consigam” (re)produzir decisões sem se darem conta das repercussões sociais e da própria função social deles – juristas – e do (des)cumprimento do texto da Constituição. *Não se dão conta do devir histórico, da consciência exposta aos efeitos da história (Wirkungsgeschichtliches Bewusstsein) e de sua situação hermenêutica, ou seja, a função social do Direito (e do Estado).*⁴⁰⁰

Portanto, na prática hermenêutica devem ser derrubadas as barreiras das autoridades competentes, de seu confinamento discursivo, quebrando com o crime de “porte ilegal da fala”, ressalvada a baliza do reconhecimento e cumplicidade da comunidade jurídica com aqueles que detêm a fala autorizada. Deve-se, então, relativizar esse absolutismo com vistas à

³⁹⁷ Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5 ed. rev. e atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 195; 211-214.

³⁹⁸ Cf. KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1996, p. 44.

³⁹⁹ Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5 ed. rev. e atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 229-230.

⁴⁰⁰ Idem, *ibidem*, p. 231.

validade do enunciado, relacionando a verdade de uma enunciação no que diz respeito com sua cota de verossimilhança.^{401 402}

A Constituição, dentro desse contexto, é, finalmente, o resultado de sua interpretação, uma vez que uma coisa é (algo, uma coisa) na medida em que é interpretada (porque compreendida “como” algo). O intérprete fala e diz o ser na medida em que o ser se diz a ele, e onde a compreensão e explicitação do ser já exige uma compreensão anterior (antecipação de sentido, porque o sentido é sempre antecipado por um sentido pré-ontológico).⁴⁰³

Na verdade, o texto já aparece na “sua” norma como produto da atribuição de sentido⁴⁰⁴ do intérprete, sendo que, para isto, não existe um processo de discricionariedade deste, uma vez que a atribuição do sentido exsurgerà de uma situação hermenêutica, da tradição em que está inserido, enfim, a partir de seus pré-juízos. A norma (que é produto da atribuição de sentido a um texto) não é uma capa de sentido acoplada a um texto desnudo. Ela é construção hermenêutica do sentido do texto decorrente da síntese processada na aplicação (ato de aplicação). O texto só é na sua norma. O ser será sempre o ser de um ente. A interpretação deriva da compreensão, sua condição de possibilidade. Compreender, assim, não se apresenta como um modo de conhecer, mas um modo de ser. Não se interpreta o texto, mas é o texto em sua historicidade e faticidade que vai constituir a “norma”. Norma é, assim, o texto aplicado/concretizado.⁴⁰⁵

Nesse passo, interessa destacar a relação que se estabelece entre regra e valor.⁴⁰⁶ A mesma é intrínseca ao próprio direito positivo, determinando a textura aberta da linguagem normativa, uma linguagem em que o método hermenêutico ganha destaque, voltado que está ao núcleo semântico das regras, do seu significado, de suas relações com as demais regras.⁴⁰⁷ Essa relação é comum no trato dos preceitos fundamentais e dos direitos fundamentais, dada a

⁴⁰¹ Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5 ed. rev. e atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 233-234.

⁴⁰² É nesse contexto que se demonstra a propriedade da teoria da linguagem na conformação de uma nova perspectiva para a ADPF. Uma perspectiva legitimante do Estado Democrático de Direito.

⁴⁰³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5 ed. rev. e atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 306-309.

⁴⁰⁴ Sentido, para Heidegger, é aquilo que pode articular-se na abertura da compreensão. Sentido é a perspectiva em função da qual se estrutura o projeto pela posição prévia, visão prévia e concepção prévia. É a partir daí que algo torna-se compreensível como algo. HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução de Márcia de Sá Cavalcante. 6 ed., Petrópolis: Vozes, 1997, p. 208.

⁴⁰⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5 ed. rev. e atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 311, 316 e 322.

⁴⁰⁶ Todavia, em que pese o aspecto valorativo, destaca-se que essa noção de valor, para o desiderato deste trabalho, deve apresentar substrato positivo, ou seja, previsão normativa.

sua conformação aberta, decorrência de seu caráter histórico. Esses termos são abertos para acompanhar a evolução da sociedade, com vistas a legitimar ciclicamente os sistemas em que carreados.

Fechado o parêntese sobre a relação regra e valor e apresentada a conformação das teorias lingüísticas, é de se preconizar que limites devem existir para que seja processada a interpretação. O intérprete não pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa. Ele não pode atribuir sentidos de forma arbitrária, passando a um ativismo judicial exacerbado, a um decisicocismo irracionalista, ou a uma relativização do direito. Nesse processo, é preciso dizer o óbvio: a Constituição constitui; a Constituição vincula; a Constituição estabelece as condições do agir político-estatal.⁴⁰⁸ Esses são os óbices que devem pautar a atividade do intérprete.

Deve-se buscar, portanto, dentro destas perspectivas hermenêuticas, o des-velamento daquilo que, no comportamento cotidiano, ocultamos de nós mesmos. Deve-se buscar o exercício da transcendência, no qual não apenas somos, mas percebemos que somos e somos aquilo que nos tornamos através da tradição (pré-juízos que abarcam a faticidade e a historicidade de nosso ser-no-mundo, no interior do qual não se separa o direito da sociedade, isto porque o ser é sempre o ser de um ente, e o ente só é no seu ser, sendo o direito entendido como a sociedade em movimento), e onde o sentido já vem antecipado. A linguagem deve ser entendida como condição de possibilidade no trânsito efetuado entre sujeito e objeto. Ela, a linguagem, é constituidora do nosso saber, conhecer e agir.⁴⁰⁹ Os objetos, sumariando todo o exposto, serão atingidos por meio do discurso.⁴¹⁰

Da exposição, no que pertine ao desiderato do presente trabalho, pode-se vislumbrar que é justamente a compreensão das coisas que faz com que essas mesmas coisas se apresentem de uma determinada maneira para quem está compreendendo. A linguagem, portanto, apresenta-se como limite e caminho para essa compreensão. Na tarefa de compreender, todavia, não se pode desvincular de alguns limites básicos, dentro os quais a

⁴⁰⁷ Cf. GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 237-238.

⁴⁰⁸ Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5 ed. rev. e atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 312, 313 e 325.

⁴⁰⁹ ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica e linguagem*, In: *Hermenêutica filosófica nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000, *apud* STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5 ed. rev. e atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 317.

⁴¹⁰ Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5 ed. rev. e atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 317-318.

historicidade e a faticidade, elementos que se aplacam diretamente sobre a concepção do fenômeno jurídico. O fenômeno jurídico, ademais, possui um elemento extra, a moldura normativa. São esses elementos que se apresentam como pré-suposto e suposto para que se exerça a compreensão de algo. A compreensão de algo, então, tem ligação com uma cadeia anterior de dados presentes no subjetivismo do intérprete relacionados a um suporte objetivo, donde se pode afirmar que o processo de interpretação é o processo de criação de algo. O intérprete ao proceder sua atividade acrescenta algo ao que está sendo interpretado. Assim, vislumbrando o exposto diante da temática da ADPF, é de se destacar que a Constituição não apresenta palavras e direitos inúteis, ela constitui, o que se soma ao fato do poder emanar do povo, conforme o parágrafo único do art. 1º do texto fundamental (duas espécies de pré-compreensões), justificando as concepções (as compreensões) teóricas aduzidas na última subseção de que a ADPF, na República substancialista brasileira, é instrumento de legitimação ampla para a garantia da eficácia dos direitos fundamentais (espécies do gênero preceitos fundamentais). Essa é a pré-compreensão e a compreensão que se apresentam no contexto do tema debatido.

4.2 A construção do direito dentro da teoria lingüística da concretização constitucional⁴¹¹

4.2.1 Preliminar teórica - os fundamentos do método de concretização constitucional

Delineados os principais aspectos dos direitos fundamentais (espécies do gênero preceitos fundamentais), do princípio da dignidade da pessoa humana, da função legitimatória do povo em face do Estado, das novas atribuições e limites ao Poder Judiciário, e informados os fundamentos da viragem lingüística, passa-se a estudar um de seus métodos mais importantes para o direito constitucional, o concretizante, que tem base nas teorias de Gadamer e Heidegger e que ganhou um aprofundamento no âmbito do direito através de Hesse e Müller.

4.2.1.1 A concretização na teoria de Konrad Hesse

⁴¹¹ A primeira referência que se fez a esse método foi procedida na subseção 2.4.3.

Hesse acentua que a constituição jurídica é dotada de efetiva força normativa, ou seja, ela possui força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado.⁴¹²

Para ele, a interpretação constitucional deve ser entendida como concretização, de modo a ser adequada a interpretação que consiga concretizar, de forma excelente, o sentido da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.⁴¹³

Nesse sentido, ele aduz que

a normatividade da constituição é orientada e condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade histórica de seu tempo. Sua pretensão de eficácia só pode ser realizada se se levar em conta essa realidade. Essa constituição, portanto, não pode alterar os condicionantes naturais. É o ser social humano que determina a sua consciência.⁴¹⁴

Vê-se, dentro de sua concepção, o forte caráter histórico e real do sentido da norma, à moda de Gadamer, do qual Hesse extraiu muitas de suas concepções. A interpretação (concretização), assim, tem como caráter principal a conformação à realidade que circunda o texto normativo.

Hesse assaca, outrossim, que o processo de concretização constitucional está vinculado a três elementos: I- à norma a ser concretizada; II – ao entendimento prévio (pré-compreensão) do intérprete; e III - ao problema concreto a ser resolvido. Desta forma, defende que não pode haver método de interpretação autônomo, dissociado dos elementos referidos, devendo ser o procedimento de concretização determinado pelo objeto da interpretação, ou seja, pela Constituição e pelo respectivo problema.⁴¹⁵

Assim, pode-se resumir as lições de Hesse destacando que a concretização das normas constitucionais é realizada através de uma atuação tópica orientada e limitada pela norma, vinculada à norma. Concretizar para ele é aplicar (interpretar) a Constituição, complementando o conteúdo de suas disposições normativas com a ajuda de dados empíricos, valorativos e, especialmente, com referência à realidade de cuja ordenação se trata.⁴¹⁶

⁴¹² HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991, p. 9-11.

⁴¹³ Idem, *ibidem*, p. 22-23.

⁴¹⁴ Idem, *ibidem*, p. 24.

⁴¹⁵ HESSE, Konrad. *Grundzüge des verfassungsrechts der bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg: Müller Verlag, 1999, 20 ed., p. 21;25, *apud* GALINDO, Bruno. **Direitos Fundamentais: análise de sua concretização constitucional**. Curitiba: Juruá, 2004, 145.

⁴¹⁶ HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. Tradução Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 50-52.

Disto, vislumbra-se que Hesse dá primazia ao texto normativo, colocando o problema em segundo plano, donde se dissocia dos métodos empregados pela tópica jurídica.⁴¹⁷ O seu método carrega importantes orientações para se aplicar os direitos fundamentais, em especial, como elementos de sindicabilidade por meio da ADPF.

4.2.1.2 A concretização na teoria de Müller

Após estudo superficial sobre a teoria da concretização de Hesse, passa-se agora à análise do desenvolvimento das concepções concretizantes empreendidas por meio da metódica estruturante de Müller, mormente, das noções de âmbito da norma e programa da norma.

4.2.1.2.1 O fundamento da teoria da concretização

Somente em casos peculiares é que se pode falar em concretização do direito, *verbi gratia*, naqueles casos em que o enunciado normativo não se apresenta pronto e acabado, ou seja, onde existam conceitos jurídicos indeterminados ou onde o enunciado normativo permita a complementação pelo intérprete.

Assim, a teoria de Müller, numa abordagem semiótica, destaca os aspectos semânticos da linguagem jurídica, especialmente da linguagem constitucional, em seus pontos de ambigüidade e vagueza, que justificam o uso de um “processo de concretização”,⁴¹⁸ não simplesmente um “procedimento de aplicação” conforme regras de subsunção. É no ponto

⁴¹⁷ A tópica, a arte de pensar mediante problemas, é exatamente a reflexão para a descoberta e a justificação. Quando se descobrem as premissas, tem-se que justificá-las, e então se inicia o processo tópico, onde há a ponderação e exposição dos lugares comuns, dos pontos de vista, que são mais ou menos razoáveis, tidos como bases justificadoras de decisões prudentes. Essas premissas devem ser sempre procuradas, buscadas, avaliadas e achadas de conformidade com as situações contingentes e sempre novas. Para cada enunciado tem de ser dada a justificativa. Se elas forem plausíveis para a comunidade que participa do processo, a conclusão será aceita não pela simples força da lógica da consequência, mas pela força dos argumentos que fundamentam a decisão. Cf. ALVES, Alaôr Caffê. **Lógica**: pensamento formal e argumentação: elementos para o discurso jurídico. 3 ed., São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 379-382.

⁴¹⁸ Entende-se que a nomenclatura mais adequada seria procedimento, porquanto inexistentes partes em litígio, ou angularização processual, conforme concepção corriqueira que se tem de processo.

semântico que está radicada a doutrina de Müller, pois é somente sob condições de unidade de interesse e concepção de mundo que as questões constitucionais perderiam sua relevância semântico-pragmática para se tornarem primariamente questões sintáticas, orientadas pelas regras de dedução lógica e subsunção. Essa situação, destaque-se, é totalmente incompatível com a complexidade da sociedade moderna, especialmente no que diz respeito aos conflitos existentes.⁴¹⁹ Daí é que salta em importância a teoria da concretização para se espantar as dúvidas existentes sobre o princípio da subsidiariedade, sobre a questão da legitimação e sobre o conceito de preceito fundamental, pontos de trabalho da ADPF.

Dessa forma, interpretação do texto da norma, dentro da teoria da concretização constitucional, é um componente importante, mas não o único na implementação dos sinais do ordenamento normativo em casos determinados. Por isso, não mais se deve falar de interpretação, mas sim de concretização da norma.⁴²⁰

Concretizar, nos dizeres de Muller, pressupõe o entendimento de uma Constituição efetiva. Desse modo, ele entende a Constituição como um dado lingüístico diante do qual se apresenta o processo lingüístico de concretização para torná-la efetiva.⁴²¹ Nos dizeres de João Maurício Adeodato, seria um procedimento lingüístico,⁴²² posição que se aceita pela ausência de litígio em seus termos propriamente ditos. Esse procedimento, atesta-se, é de fundamental importância para o desiderato do presente trabalho, uma vez que está voltado para a efetivação ou garantia de eficácia dos direitos fundamentais (espécies do gênero preceitos fundamentais), fins de que é instrumento de proteção a ADPF.

Muller, em complemento do expendido, assaca que

a tarefa da *práxis* do direito constitucional é a concretização da constituição por meio da instituição configuradora de normas jurídicas e da atualização de normas jurídicas no Poder Legislativo, na administração e no governo, ela é a concretização da

⁴¹⁹ Cf. NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 79-80.

⁴²⁰ Cf. MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 3 ed. rev. e ampl., Renovar: Rio de Janeiro, 2005, p. 105.

⁴²¹ Cf. MÜLLER, Friedrich. Concretização da constituição. Tradução de Peter Naumann. In: MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 3 ed. rev. e ampl., Renovar: Rio de Janeiro, 2005, p. 122.

⁴²² ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 252.

constituição que primacialmente controla, mas simultaneamente aperfeiçoa o direito na jurisprudência, dentro dos espaços normativos.⁴²³

Dentro desses lineamentos, vê-se o caráter de aperfeiçoamento e adaptação na teoria da concretização da Constituição. Esse procedimento, como delineado por Müller, tem por limite a norma.

Bom, assacadas essas premissas, é de se destacar que há mais de três décadas as investigações da teoria do direito pós-positivista mostraram que a normatividade não é nenhuma qualidade de textos de normas. A normatividade, isto sim, é um trabalho comprometido com o Estado de Direito e a Democracia, e encontra nos textos das normas e nos casos jurídicos seus limites.⁴²⁴

Müller, abeberando-se das concepções lingüísticas tratadas na subseção 4.1.3, trata a concretização como um método voltado à pré-compreensão e ligado ao fato, partindo da norma e deixando para trás o positivismo legalista.

A concretização se apresenta, então, como forte instrumento para se aprimorar o positivismo, substituindo o processo de subsunção, lógico-formal, por um processo de pré-compreensão da dogmática jurídica. Atualmente, frisa-se, não é mais possível desolar a norma jurídica do caso jurídico por ela regulamentado. Ambos fornecem os elementos necessários à decisão jurídica. Toda e qualquer norma jurídica, assim, somente faz sentido com vistas ao caso a ser solucionado por ela. Esse limite da concretização jurídica acaba por definir o *interesse de conhecimento* peculiar da ciência e da práxis jurídicas como um interesse de decisão.⁴²⁵

Para Muller, portanto, a força enunciativa de uma norma para um caso é provocada por esse mesmo caso. A concretização da norma jurídica em norma de decisão e do conjunto de fatos juridicamente não decididos em caso jurídico decidido deve comprovar a convergência material do caso e da norma, publicá-la e fundamentá-la. A pré-compreensão,⁴²⁶ nesse desiderato, ganha papel fundamental. Ela deve ser estritamente jurídica, não ligada à

⁴²³ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 3 ed. rev. e ampl., Renovar: Rio de Janeiro, 2005, p. 36.

⁴²⁴ MÜLLER, Friedrich. Concretização da constituição. Tradução de Peter Naumann. *In*: MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 3 ed. rev. e ampl., Renovar: Rio de Janeiro, 2005, p. 130.

⁴²⁵ Cf. MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 3 ed. rev. e ampl., Renovar: Rio de Janeiro, 2005, p. 48-50.

⁴²⁶ Nesse ponto, Müller utiliza das concepções de Heidegger e Gadamer, processando uma cinzelagem do fenômeno jurídico pela teoria da pré-compreensão, medida também adotada por Hesse.

concepções filosóficas. Ela deve representar elementos da Teoria do Estado, da Teoria Constitucional, da Dogmática Jurídica e da Teoria do Direito.⁴²⁷

Nesse compasso, concretizar não significa aplicar, interpretar, subsumir, individualizar uma norma, mas produzir, diante da provocação decorrente de um dado conflito social, a norma jurídica para esse caso no quadro de uma democracia e de um Estado de Direito.⁴²⁸

Costumeiramente, é de se alertar, a interpretação da norma se apresenta como interpretação de texto, uma reelaboração da vontade da norma ou do seu emissor, que se manifesta no texto da norma, na sua história legislativa, no texto sistemático, com outros textos de normas, na história dos textos de correspondentes regulamentações anteriores e no sentido e na finalidade da prescrição a serem extraídos desses indícios.

Todavia, a norma é mais do que um enunciado de linguagem que está no papel, a sua “aplicação” não pode ser esgotada na interpretação do texto. Trata-se de concretização, referida ao caso pelo programa da norma, pelo âmbito da norma e pelas peculiaridades do conjunto de fatos, aqueles que são essenciais a mesma, que cabem no âmbito da norma e são apreendidos pelo programa da norma. Esse método é diferente da mera interpretação.⁴²⁹

Desta feita, Muller preconiza que a

metódica jusconstitucional deve ser fundamentada por uma teoria do direito: mas não por uma teoria sobre o direito (seja ela de natureza teológica, ética, filosófica, sociológica, político-ideológica), mas por uma teoria *do direito*, quer dizer, por uma *teoria da norma jurídica*.⁴³⁰

As orientações da nova hermenêutica constitucional, portanto, rompem com os postulados do racionalismo ocidental clássico, colocando as certezas absolutas provenientes da razão em cheque diante das certezas relativas da hermenêutica. Esse processo pode ser articulado pelo rompimento do conceito da existência-em-si, para o conceito de existência-aí, uma existência temporalizada, ou seja, condicionada pela realidade histórica.⁴³¹

⁴²⁷ Cf. MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 3 ed. rev. e ampl., Renovar: Rio de Janeiro, 2005, p. 53.

⁴²⁸ MÜLLER, Friedrich. Concretização da constituição. Tradução de Peter Naumann. *In*: MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 3 ed. rev. e ampl., Renovar: Rio de Janeiro, 2005, p. 131.

⁴²⁹ Cf. MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 3 ed. rev. e ampl., Renovar: Rio de Janeiro, 2005, p. 26.

⁴³⁰ Idem, *Ibidem*, p. 34.

⁴³¹

□ Cf. GALINDO, Bruno. **Direitos Fundamentais: análise de sua concretização constitucional**. Curitiba: Juruá, 2004, p. 148.

A tentativa de Müller, portanto, é de rompimento com o conceito tradicional de norma e de Constituição que os equivale ao texto. Do texto da norma não advém nenhuma normatividade, pois esta não é qualidade estática do texto, mas um processo⁴³² (*Vorgang*) fundamentado no trabalho jurídico comprometido com o Estado de Direito e a democracia.⁴³³

Nesse passo, Müller questiona a tópica por sua abertura e a argumentação jurídica por tentar reduzir subsuntivamente a decisão a partir de regras, ou seja, pelo estabelecimento procedimental de regras de decisão.⁴³⁴

Em sua concepção, a norma não se esgota no teor literal do texto, embora este seja o enunciado lingüístico, disposição sintática sobre a qual se exprime o programa da norma, o texto mais o resultado da norma. A norma vai além. Concretizar significa interpretar com acréscimo, culminando numa atividade criadora do intérprete, já que a *normprogram* é apenas uma “norma em potencial”. O texto da norma é um ponto de partida para a interpretação.⁴³⁵

Müller utiliza, dentro deste enfoque criativo, a noção de pré-compreensão histórica de Hans-Georg Gadamer tratada na subseção 4.1.3.⁴³⁶

Desta feita, a teoria da concretização constitucional destaca como limite seu o texto constitucional, sem perder de vista a realidade que ele intenta regular, a qual lhe estabelece o sentido. Essa teoria abebera-se da concepção de Gadamer de que interpretar sempre foi, também, aplicar. Aplicar o direito significa pensar conjuntamente o caso e a lei, de tal maneira que o direito propriamente dito se concretize. O sentido da norma só pode ser determinado através da concretização.^{437 438}

Assim, percebe-se a importância do método de concretização na determinação de uma norma, preenchendo seus conteúdos, criando uma norma adaptada à realidade social. É esse o

⁴³² Como referido anteriormente, entende-se mais adequado o uso da terminologia procedimento.

⁴³³ MÜLLER, Friedrich. Concretização da constituição. Tradução de Peter Naumann. In: MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 3 ed. rev. e ampl., Renovar: Rio de Janeiro, 2005, p. 125.

⁴³⁴ MÜLLER, Friedrich. **Juristische Methodik**. Berlin: Duncker & Humblot, 1997, p. 32, *apud* ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, P. 238.

⁴³⁵ MÜLLER, Friedrich. **Juristische Methodik**. Berlin: Duncker & Humblot, 1997, 7 ed., p. 175 *apud* GALINDO, Bruno. **Direitos Fundamentais**: análise de sua concretização constitucional. Curitiba: Juruá, 2004, p.150.

⁴³⁶ GALINDO, Bruno. **Direitos Fundamentais**: análise de sua concretização constitucional. Curitiba: Juruá, 2004, p. 151.

⁴³⁷ Cf. GADAMER, Hans-Georg Gadamer. **Verdade e Método**: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Própolis: Vozes, 1997, p. 463, 489 e 490.

⁴³⁸ Texto adaptado ao português.

enfoque realista e de concretização dos direitos fundamentais que se quer dar à ADPF, fomentando interpretações renovadas do princípio da subsidiariedade e do rol de legitimados de mencionada ação, com vistas a atender aos anseios da população, o fim último do Estado.

4.2.1.2.2 O real e o normado – o caminho lingüístico no sentido da normatividade

Delimitado o processo de concretização de Müller, mesmo que de maneira superficial, cabe tratar da normatividade em sua terminologia.

A normatividade, na concepção de Müller, não é inerente à lei (ao texto da norma); é de natureza processual, deve ser produzida por meio do trabalho jurídico.⁴³⁹

A norma jurídica, portanto, é resultado desse trabalho jurídico. Ela se apresenta ao olhar realista como uma estrutura composta pelo resultado da interpretação de dados lingüísticos (programa da norma) e do conjunto dos dados reais conformes ao programa da norma (âmbito da norma). As instâncias ordenante e ordenada devem ser relacionadas pelas razões inerentes à materialidade da questão. O texto normativo surge, então, como dado de entrada do processo de concretização ao lado do caso juridicamente *decidendo*.⁴⁴⁰

A tese de Müller fixa, assim, que o texto e a realidade estão em constante inter-relação, e que esta inter-relação, seja mais, seja menos eventualmente discrepante, é que vai constituir a norma jurídica. Esmiuçando melhor: não só a norma do caso concreto é construída a partir do caso, mas também a norma aparentemente genérica e abstrata, ou seja, a norma geral não é prévia, só o seu texto o é. A norma geral previamente dada não existe, é uma ficção.⁴⁴¹

Contudo, importante é a afirmação de João Maurício Adeodato, quando acentua que Müller vê a proposição normativa como algo expresso em artigos, parágrafos e incisos (dados

⁴³⁹ MÜLLER, Friedrich. Concretização da constituição. Tradução de Peter Naumann. In: MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 3 ed. rev. e ampl., Renovar: Rio de Janeiro, 2005, p. 143.

⁴⁴⁰ MÜLLER, Friedrich. Positivismo. Tradução de Peter Naumann. In: MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 3 ed. rev. e ampl., Renovar: Rio de Janeiro, 2005, p. 125.

⁴⁴¹ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 239.

de entrada para a efetiva elaboração da norma), enquanto Kelsen acentua que as proposições normativas são os enunciados descritivos da ciência do direito, são juízos hipotéticos. É isto o que diferencia a proposição normativa de Müller da proposição normativa de Kelsen.⁴⁴² Ora, aparentemente os autores se apresentam em posição de confronto, mas ambos vislumbram o mesmo fenômeno, as proposições normativas, por prismas diferentes. São duas formas distintas de ver o sistema jurídico, uma de maneira prescritiva, no caso de Müller, do direito positivo (o programa da norma), e outro da ciência do direito, no caso de Kelsen, uma metalinguagem que fala de outras linguagens

Continuando com Müller, é de se realçar, portanto, que é só no processo de concretização, ao ser decidido o caso, que é produzida a norma.

Em Muller, como já foi mencionado, a atividade de interpretação vai além do texto. Ela passa através da conjunção dos pontos de vista interpretativos (gramáticos, sistemáticos e genéticos), os quais fornecem os elementos naturais e sociais, que não são primariamente formados pela linguagem, embora sejam secundária mas necessariamente intermediados por ela, que constituirão sucessivamente os elementos do âmbito do caso e do âmbito da norma.

443

Os dados de linguagem, portanto, serão os elementos do trabalho fundado na linguagem; os dados reais são os elementos de trabalho primacialmente empíricos, não-lingüísticos, que devem ser secundariamente mediados em linguagem para que possam ser operados juridicamente. A significação de uma norma, a eficácia atual de uma expressão lingüística, na “ação” enquanto processo de comunicação efetivamente ocorrente, deve depender essencialmente do entorno lingüístico, bem como de numerosos fatores contextuais e situacionais, que, desde sempre, se encontram incluídos no processo de produção e compreensão de enunciados.⁴⁴⁴

Em conclusão, abeberando-se das lições de João Maurício Adeodato, quando do trato da metódica estruturante de Muller, assaca-se que o resultado da interpretação de um texto normativo constitucional ou não, representa o conteúdo da norma.⁴⁴⁵

⁴⁴² Idem, ibidem, P. 239-240.

⁴⁴³ Cf. Idem, ibidem, p. 241.

⁴⁴⁴ MÜLLER, Friedrich. Concretização da constituição. Tradução de Peter Naumann. *In*: MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 3 ed. rev. e ampl., Renovar: Rio de Janeiro, 2005, p. 149.

⁴⁴⁵ Cf. ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 239.

Todavia, é de se preconizar que a concretização constitucional deve ser fundada na garantia da legalidade e também da geração, reconhecimento e preservação da legitimidade no sentido do que é aceito como conteúdo “correto” pela sociedade.⁴⁴⁶ Esse é um limite que se impõe à caracterização da normatividade.

Assim, com base no que foi aduzido anteriormente, é de se compreender que a normatividade, em seu atual estágio, não é nenhuma propriedade substancial dos textos no código legal, mas um processo efetivo, temporalmente entendido, cientificamente estruturável, de forma a se compreender o efeito dinâmico da norma jurídica, ou seja, a sua capacidade de influir na realidade que lhe deve ser atribuída (normatividade concreta) e que é influenciada por essa mesma realidade (normatividade materialmente determinada).⁴⁴⁷

A normatividade, então, resulta de uma atividade de formatação lingüística que tem como dado de entrada o enunciado, o texto posto no direito positivo. Essa atividade fixa o conteúdo da norma pelo vínculo que estabelece entre o enunciado e a realidade. É por isso que se defendem, como se verá na seção 5, novas interpretações do princípio da subsidiariedade e do rol de legitimados na ADPF, com vistas a uma concepção substancialista do direito. Nesse sentido, os influxos legitimatórios, a realidade circundante, estão a rogar por amplificações na interpretação da disposição constitucional que prevê o fato de o poder emanar do povo, de tal modo que a ADPF se mostraria como instrumento adequado de participação democrática na defesa dos direitos fundamentais, desde, é claro, que admitida uma legitimação ampla em defesa de direitos subjetivos por meio do controle concentrado. Essa é a normatividade defendida no presente estudo.

4.2.1.2.3 Breves ponderações sobre o *iter* do método de concretização constitucional

Alinhavados os fundamentos da teoria da concretização, o seu caráter criativo e realístico, compete tracejar o caminho desse procedimento. Importa delinear, por oportuno, que a explanação processada nessa subseção será pontual, com o mote de não se desviar do

⁴⁴⁶ Cf. MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 3 ed. rev. e ampl., Renovar: Rio de Janeiro, 2005, p. 56.

⁴⁴⁷ MÜLLER, Friedrich. Concretização da constituição. Tradução de Peter Naumann. *In*: MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 3 ed. rev. e ampl., Renovar: Rio de Janeiro, 2005, p. 130.

verdadeiro cerne do trabalho: O preceito fundamental como instrumento de concretização dos direitos fundamentais: por uma perspectiva legitimante do estado democrático de direito. Destaque-se, não se quer e nem se pretende exaurir todas as discussões aqui avençadas.

Desta forma, preconiza-se que o procedimento de concretização investiga as peculiaridades do caso por um modelo seu. Nesse desiderato, ele apresenta os seguintes elementos: a) elementos metodológicos stricto sensu: i) as interpretações: gramatical; histórica; genética (os elementos e processos sociais que deram feição ao texto), sistemática e teleológica; ii) os princípios isolados da interpretação da Constituição – praticabilidade (vinculação com a realidade), nexa histórico de idéias (as constantes histórico interpretativas), aferição do efeito integrante (uso de pontos de vista que dêem unidade ao sistema), unidade da Constituição (o evitar contradições entre as normas constitucionais), aferição do quadro global de direito pré-constitucional (o cotejo de normas legais com base em prescrições pré-constitucionais), o princípio da concordância prática (a busca de solução para o caso nas hipótese de concorrência normativa) e a força normativa da Constituição (garantia da eficácia ótima da Constituição); e iii) a axiomatizabilidade do direito constitucional (a concepção de valores nas normas); b) elementos do âmbito da norma (ligados ao âmbito material, ao âmbito da norma e ao programa da norma); c) elementos dogmáticos (a doutrina e a práxis jurisprudencial); d) elementos de teoria: (o sociologismo jurídico, que descarta do programa da norma); o normologismo (que descarta do âmbito da norma); e o decisiocismo (que faz desaparecer ambos e prega a decisão soberana); e) elementos de técnica de solução (movidos pela tópica); e f) elementos de política do direito e política constitucional (o pensamento com relação aos resultados, não necessariamente com o que é justo).

Na teoria de Müller, os elementos listados nas alíneas a e b, bem como parte dos listados em c, são diretamente referidos à norma. O restante dos elementos listados em c e os elementos listados nas demais alíneas não são diretamente referidos às normas.

Os pontos de vista não diretamente ligados à norma, é bom se referir, não são vinculantes, e, por conseqüência, quando do conflito desses com os elementos ligados diretamente à norma, teremos a precedência dos últimos.

Como destacado nos parágrafos anteriores, dentre os aspectos diretamente referidos às normas, os referentes às interpretações gramatical e sistemática têm preferência em caso de

conflito, o que se funda na concepção de Müller de que o texto normativo representa o limite pelo qual a norma será concretizada.

Visando compreender a sua metódica, é de se carrear a divisão que Müller efetua com relação aos elementos de concretização. No que chama de primeiro grupo de elementos, *verbi gratia*, os aspectos de interpretação gramatical, histórica, genética, sistemática, teleológica, além dos princípios da interpretação da constituição e a axiomatização do direito constitucional, não existe referência apenas aos textos das normas, mas à formulação de não-normas em linguagem. Já o segundo grupo resulta da análise do âmbito da norma, da prescrição implementada, e da análise dos elementos do conjunto de fatos destacados como relevantes no processo de concretização, ou seja, abrange os passos de concretização por meio dos quais serão aproveitados os pontos de vista com teores materiais.⁴⁴⁸

Em apertada síntese, são esses os elementos que Müller carrega para auxiliar o intérprete⁴⁴⁹ na interpretação/concretização dos preceitos fundamentais.

Para o deslinde das questões suscitadas nesta subseção, não querendo levantar polêmica quanto aos critérios da metódica estruturante de Müller, é de se constatar que as propostas apresentadas na seção 5 têm guarida em diversos elementos da teoria da concretização. Os elementos gramatical e histórico têm grande importância, porquanto a Lei nº 9.882/99 (Lei que regula a ADPF), no inciso II, de seu art. 2º, tratava da legitimação ampla para o manuseio dessa ação constitucional, o que foi vetado pelo executivo. Contudo, persistem nesta norma de complementação da Constituição incongruências, dada a ilogicidade que se instaurou pelo veto do executivo, o que permite antever uma ADPF incidental com base no inciso I do art. 1º, c/c o parágrafo 3º do art. 5º da mencionada Lei. No viés sistemático, carrega-se o parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal, tratando do fato de o poder emanar do povo, seu verdadeiro fim, o que permite interpretação no sentido de conferir legitimidade ampla para o manuseio da ADPF. Do lado da praticabilidade, ademais, vê-se plena conformação, porquanto necessária em nossa República substancialista a implementação dos direitos fundamentais, tão pouco executados pela inoperância dos Poderes Executivo e Legislativo. No que se refere à força normativa da Constituição, a garantia de eficácia e efetividade aos direitos fundamentais processada por uma legitimação ampla na defesa de direitos subjetivos em sede de ADPF, por si só, faz implementar em grau

⁴⁴⁸ Cf. MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 3 ed. rev. e ampl., Renovar: Rio de Janeiro, 2005, p. 59.

⁴⁴⁹ Pode-se ver pontos de confluência com a temática tratada na Seção 2.4.1.

máximo esse princípio. Descabe tecer, noutro ponto, considerações sobre a axiomatizabilidade do direito, uma vez que a ADPF trata dos valores objetivos da Constituição Federal. No que pertine aos elementos do âmbito da norma e programa da norma, vê-se a conformação legitimatória e garantidora de eficácia da ADPF, tendo em vista as premissas anteriormente aduzidas. Volvendo, outrossim, para o aspecto dogmático, coteja-se corrente doutrinária assentada em fundadas premissas que sinalizam para uma legitimação ampla e numa modificação da interpretação do princípio da subsidiariedade em sede de ADPF, o que tem motivado o STF, aqui e ali, a carrear novidades na abordagem dessa ação constitucional, como se verá na seção 5. Dentro dos elementos da teoria, por outro lado, vê-se a importância da teoria da concretização no sopesamento das diversas correntes que possam ter pontos de contato interessantes com a caracterização da ADPF como instrumento de concretização dos direitos fundamentais e legitimação do estado democrático de direito. Por fim, no que importa aos elementos da política constitucional, conforme será asseverado na seção 5, é de se destacar que o uso de filtros para a admissão de demandas, através do uso dos critérios da relevância e da transcendentalidade, terá o condão de preservar as já combatidas funções do STF. Essa é a adaptação e a contextualização que se faz e que se apresenta para que sejam solvidas as questões principais relacionadas a temática deste trabalho.

4.2.1.2.4. Dificuldades e limites ao processo de concretização constitucional

Depois de delineados sumariamente os elementos do procedimento de concretização, cabe traçar algumas linhas sobre as dificuldades e os limites impostos a esse procedimento.

As dificuldades apresentadas ao processo de concretização se devem ao fato, justamente, de a língua não ser inocente e da fala ser uma forma de ação. A língua sempre apresenta marcas prévias de violência social e de seus vestígios. A língua do direito está endurecida, calcificada adicionalmente pelo poder-violência do Estado e deformada pela

pressão e pelos conflitos dos grupos envolvidos. Não há como escapar ao combate semântico, muito menos na concretização.⁴⁵⁰ Isso se deve pelo fato de a linguagem do direito estar fundada em processos democráticos e, muitas das vezes, antidemocráticos, como decorrência de uma concepção errônea de democracia. Dentro desse contexto, fica difícil não carrear estas concepções para o processo de concretização. A língua é ação, é construção, é um processo realístico onde o entorno a condiciona. Por isso, assevera-se, o intérprete deve possuir consciência da realidade onde está situado para através da metódica estruturante purificar as situações, escolhendo as que melhor se adequem à conjuntura atual, sempre na busca da maior eficácia aos direitos fundamentais. Esta, destaca-se, é a orientação desse trabalho, voltado que está para a configuração da ADPF como instrumento de concretização dos direitos fundamentais e de legitimação do Estado Democrático de Direito pelo povo.

No que reporta aos limites da concretização, uma pergunta surge: Como se deve processar no caso de falta de força enunciativa dos elementos gramaticais e sistemáticos?

Na concepção de Müller, o direito constitucional, em ocorrendo o problema da lacuna na metodologia tradicional, não autoriza o intérprete a preencher lacunas pela formação de analogias, num aperfeiçoamento de uma norma de decisão, sem que exista norma jurídica positivamente vigente. Conforme a referência material da “lacuna”, deve-se decidir segundo a situação processual para os casos em que se gerem suposições metodicamente não justificáveis decorrentes de gerações apócrifas de normas constitucionais. O procedimento honesto em termos de método deve estancar diante da tentação de passar por cima da distinção da correlação das funções de concretização do direito normatizadas pela Constituição. Isso se justifica pela base da teoria concretizadora, a qual preconiza que a norma é o limite da atividade do intérprete, não o problema, como na tópica.

Müller levanta, assim, que a função limitadora da norma é orientada pela noção de Estado Democrático de Direito, seu fundamento legitimante.⁴⁵¹ É este o principal e intransponível limite ao processo de concretização constitucional. A presente orientação é o caminho pelo qual se dirigirá a interpretação do princípio da subsidiariedade e a amplificação dos legitimados para a propositura da ADPF.

⁴⁵⁰ MÜLLER, Friedrich. Concretização da constituição. Tradução de Peter Naumann. *In*: MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 3 ed. rev. e ampl., Renovar: Rio de Janeiro, 2005, p. 143.

⁴⁵¹ MÜLLER, Friedrich. *Juristische Methodik und politisches system – Elemente einer Verfassungstheorie II*, Berlin: Duncker & Humblot, 1976, p. 77-80 *apud* ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2002, P. 242.

4.2.1.2.5 Para uma compreensão da terminologia concretizante: o caminho para a conceituação dos termos âmbito da norma e programa da norma.

Aduzidos alguns comentários sobre as dificuldades e limites do processo de concretização, compete apurar as noções sobre os termos âmbito da norma e programa da norma.

Com esse objetivo, é de se sinalizar que o procedimento de concretização é orientado primeiramente pelo comparativo que o jurista faz entre os textos legais e o relato do caso, transformando-os em conjunto de matérias, ou seja, a relação processada entre os fatos e os textos normativos.⁴⁵²

Da análise desse conjunto de matérias postas, o jurista escolhe, dentre os textos normativos válidos, as hipóteses normativas específicas que considera adequadas, fazendo com que os pontos de vista mais propriamente técnico-jurídicos penetrem no trabalho de concretização e constituindo o já mais específico “âmbito da matéria” (*Sachbereich*). O âmbito da matéria, então, se apresenta como o resultado da relação entre as hipóteses dos textos específicos escolhidos e o conjunto de matérias formado a partir dos dados reais.⁴⁵³

Prosseguindo com o procedimento de concretização, em determinados os textos diante do conjunto de matérias, o jurista agora especifica os fatos mais relevantes, reunindo o conjunto de matérias ao âmbito da matéria e obtendo o “âmbito do caso” (*Fallbereich*), que reduz ainda mais a complexidade do âmbito da matéria. O caso específico já é examinado juridicamente, mas os elementos do “âmbito do caso” não são ainda normativos.⁴⁵⁴

A seguir, a concretização normativa reúne a interpretação dos textos normativos anteriormente especificados, voltados para o caso em questão, aos elementos que compõem o “programa da norma”, isto é, as teorias, as técnicas hermenêutico-dogmáticas, o conjunto de dados lingüísticos dentro do texto da norma e do ordenamento, bem como os textos prévios,

⁴⁵² Cf. ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 243.

⁴⁵³ Idem, *ibidem*, p. 246.

⁴⁵⁴ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 246-247

como anais de discussões legislativas, textos de normas anteriores já revogadas, textos doutrinários e técnicas argumentativas, tudo com vistas a fornecer o conteúdo da norma, o âmbito da norma.⁴⁵⁵

O âmbito da norma, portanto, compreende aquelas características fáticas trazidas ao procedimento de concretização a partir do conjunto de matérias e já trabalhadas à luz do programa da norma. O âmbito da norma é o fator que fundamenta a normatividade. Não é uma simples soma de fatos, mas conjunto de elementos estruturais retirados da realidade social.⁴⁵⁶

Explicando melhor a terminologia, o programa normativo disciplina o recorte da realidade social na qual a norma vai incidir, o seu âmbito normativo. Esse âmbito normativo pode ter sido ou não gerado pelo direito, uma vez que o seu embasamento pode ter preponderância fática ou jurídica. O âmbito da norma entra, então, no horizonte visual da norma, bem como da norma da decisão, unicamente no enfoque indagativo do determinado pelo programa da norma. O âmbito da norma, assim, apresenta-se como o componente da hipótese legal normativa. É este âmbito que vai esboçar o aspecto vinculante das normas jurídicas.⁴⁵⁷

O âmbito da norma, assim, dentro das concepções de Müller, 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’. A área da norma representa o recorte da realidade social abrangido pela norma.⁴⁵⁸

O direito constitucional, nessa seara e no que interessa para o presente trabalho, se apresenta fecundo em âmbitos normativos, ganhando em importância na concretização das normas constitucionais a práxis da jurisprudência dos tribunais constitucionais.⁴⁵⁹ Isso é confirmado pelo grande conjunto de matérias reguladas e pela indeterminação e variabilidade semântica de diversos conceitos e preceitos carreados no texto constitucional, dentre os quais,

⁴⁵⁵ Cf. Idem, *ibidem*, p. 247.

⁴⁵⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 14 ed. rev. e atual., Malheiros: São Paulo, 2004, p. 506.

⁴⁵⁷ Cf. MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 3 ed. rev. e ampl., Renovar: Rio de Janeiro, 2005, p. 42-43.

⁴⁵⁸ MÜLLER, Friedrich. **Recht, Spache, Gwalt – Element einer Verfassungstheorie I**. Berlin: Ducker & Humblot, 1975, p. 38, *Apud* GALINDO, Bruno. **Direitos Fundamentais: análise de sua concretização constitucional**. Curitiba: Juruá, 2004, p. 151.

⁴⁵⁹ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 3 ed. rev. e ampl., Renovar: Rio de Janeiro, 2005, p. 51.

para o presente estudo, ganha relevo a noção de preceito fundamental, do princípio da subsidiariedade e de um viés legitimatório amplo em sede de ADPF.

É de se destacar, outrossim, que tanto o âmbito da norma como o programa da norma fazem parte da estrutura da norma. O programa da norma indica os dados lingüísticos (também técnicos) normativamente relevantes, enquanto o âmbito da norma aponta os dados reais normativamente relevantes. O programa da norma, assim, limita e faz a mediação entre o conjunto de matérias e a construção do âmbito da norma. O âmbito da norma refere-se ao que se apresenta como juridicamente relevante dentro do conjunto de matérias por força das prescrições do sistema jurídico, das normas. O âmbito da norma pode ser produzido pelo sistema jurídico através dos procedimentos e regras processuais, ou não, como é o caso das estruturas sociais propriamente ditas.⁴⁶⁰

Buscando facilitar a compreensão e sumariando a teoria de Müller, merecem destaque as seguintes lições de João Maurício Adeodato

em outras palavras: os textos normativos genéricos, relacionados com os relatos genéricos leigo e profissional sobre os dados reais, constituídos a partir dos dados lingüísticos primários, conduzem à escolha do âmbito da matéria, o qual é especificado na direção do âmbito do caso. O âmbito do caso é orientado pelos padrões do programa da norma e, juntos, constituem o âmbito da norma. O programa da norma e o âmbito da norma vão por sua vez formar a norma jurídica, a qual se concretizará na norma decisória. Esses são os passos do processo do trabalho jurídico de Müller, os quais não serão detectados necessariamente em todos os casos.⁴⁶¹

Contudo, importa aduzir que na metódica estruturante o “âmbito da norma” (*normbereich*) é conceito diferente e não se confunde explicitamente com o conceito de *Tatbestand*, “suporte fático” na clássica tradução de Pontes de Miranda.⁴⁶² Müller, nesse passo, adota uma postura, quando fala do âmbito de matérias, muito mais abrangente do que o suporte fático delimitado na Teoria Ponteana, eis que a sua concepção é constituída pelos próprios fatos e pelos acontecimentos reais.⁴⁶³

Para Müller, ao contrário de Pontes de Miranda, “A descrição de relações sociais, tradicionalmente refletidas na doutrina do suporte fático legal (*gesetzlichen Tatbestand*), não deve ser concebida como descrição coisificada e ontológica, mas sim como parte integrante

⁴⁶⁰ Cf. ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 248-249.

⁴⁶¹ Idem, *ibidem*, p. 249.

⁴⁶² ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 243.

⁴⁶³ Idem, *ibidem*, p. 245.

de complexas técnicas de comunicação.”⁴⁶⁴ Portanto, ele relaciona o mundo dos eventos às abstrações hipotéticas da norma jurídica de maneira mais ampla do que o *Tabtbestand*, ou seja, as condições fáticas de incidência da norma.⁴⁶⁵

É de se assinalar que Müller destaca que todos os passos elencados nos parágrafos anteriores constituem dados de entrada, e não apresentam caráter normativo. A normatividade só aparecerá nos resultados da concretização, na norma jurídica, enquanto resultado intermediário, e na norma decisória, enquanto resultado final. A norma jurídica é o somatório do programa da norma e do âmbito da norma. A norma decisória é o resultado final de todas as fases anteriores do trabalho de concretização.

Müller não vislumbra como qualidade da norma a normatividade. Para ele a estrutura normativa resultaria da conexão entre programa e área da norma (âmbito da norma) na norma de decisão. A concretização constitucional, portanto, não é uma interpretação aplicadora do texto constitucional. Ela oferece diversas possibilidades de compreensão, constituindo apenas um aspecto parcial da norma.⁴⁶⁶

Isso é confirmado pelo fato de sua teoria não conferir ao texto da norma a regulação do caso concreto, o que só pode ser processado pelo corpo legislativo, pelo órgão de governo, pelo administrador, pelo juiz e pelo parêntese judiciário, os quais anunciam, fundamentam e executam a decisão reguladora do caso. O texto da norma, assim, não contém a normatividade e sua estrutura material concreta. Ele cinge-se, dentro de sua moldura, a limitar as possibilidades legais de uma determinada concretização material do direito. O texto só apresenta sentido quando posto numa situação ativa de concretização.⁴⁶⁷ A normatividade da prescrição jurídica se fundamenta através do âmbito da norma.⁴⁶⁸

Dentro desse contexto, não é possível isolar a norma da realidade, antes é a realidade em seus respectivos dados (o círculo ou âmbito da norma ou *normbereich*) afetada pelas

⁴⁶⁴ Cf. MÜLLER, Friedrich. *Jurisdische Methodik*. Berlin: Dunker Humblot, 1997, p. 155, *apud* ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 244.

⁴⁶⁵ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 44.

⁴⁶⁶ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 77.

⁴⁶⁷ MÜLLER, Friedrich. *Rechtsstaaliche form, demokratische politik-beitrage zu öffentlichem recht, Mathodik, Rechts – und Staatstheorie*, p. 146, *Apud* BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 14 ed. rev. e atual., Malheiros: São Paulo, 2004, p. 505.

⁴⁶⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 14 ed. rev. e atual., Malheiros: São Paulo, 2004, p. 506.

disposições normativas (o “programa da norma” ou *normprogramm*), o elemento material constitutivo da própria norma.⁴⁶⁹

A metódica jurídica de Müller é construída, portanto, com base na diferenciação entre validade e normatividade. O trabalho com os textos não tem significado normativo, mas apenas validade.⁴⁷⁰ Essa validade significa que todos devem se conduzir de forma compatível com o texto. É no caso concreto que se apresenta a norma. A validade, para essa teoria, é a compatibilidade com as regras do sistema jurídico no que se refere ao conteúdo, competência, rito e elaboração. Não há no termo o conteúdo axiológico.⁴⁷¹ A normatividade, como alinhavado alhures, é decorrente do processo de concretização.

João Maurício Adeodato, nesse passo, atesta ser a teoria de

Müller útil à doutrina jurídica brasileira, pois parece mais adaptável a explicar a realidade que a maioria das teorias realistas que aqui se têm difundido. Ele busca a concepção mais realista, evitando a concepção de que interpretar é determinar o sentido e o alcance da norma diante do caso.⁴⁷²

Simplificando a exposição, e carreando uma síntese sobre o método hermenêutico-concretizador, é de se citar Canotilho:

esse método vem para realçar e iluminar vários pressupostos da tarefa interpretativa: (1) os pressupostos subjectivos, dado que o intérprete desempenha um papel criador (pré-compreensão) na tarefa de obtenção do sentido do texto constitucional; (2) os pressupostos objectivos, isto é, o *contexto*, actuando o intérprete como operador de mediações entre o texto e a situação em que se aplica; (3) relação entre o *texto* e o *contexto* com a mediação concretizadora do intérprete, transformando a interpretação em <movimento de ir e vir> (círculo hermenêutico).⁴⁷³

Ao fim, e servindo de pressuposto do desenvolvimento da última seção deste trabalho, assenta-se que Müller defende a aplicabilidade, com eficácia, da metódica estruturante à hermenêutica dos direitos fundamentais. Ele apresenta os seguintes pontos para confirmar a sua tese: a estruturação conferida por ela à teoria dos direitos fundamentais como aspectos racionais; a estruturação de interpretação desses direitos; ela permite proceder a numerosas estruturações para a dogmática das garantias, a fim de que se possa tê-las com maior grau possível de eficácia; e, por fim, estrutura a doutrina constitucional no que respeita à

⁴⁶⁹ MÜLLER, Friedrich. Normstruktur und Normativität, Schriften zur Rechtstheorie, faz. 8, Berlin, 1966, p. 144 e ss., *Apud* BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 14 ed. rev. e atual., Malheiros: São Paulo, 2004, p. 505.

⁴⁷⁰ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 250.

⁴⁷¹ Cf. Idem, *ibidem*, p. 250.

⁴⁷² Idem, *ibidem*, p. 251.

⁴⁷³ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3 ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 1138.

normatividade dos direitos fundamentais.⁴⁷⁴ Sua teoria, portanto, reforça a positividade, materialidade e racionalidade desses direitos.

São esses os motivos que justificam a opção pela teoria da concretização no que pertine à orientação de conformar a interpretação do princípio da subsidiariedade em sede de ADPF e amplificar o rol de legitimados para a sua impetração.

Assim, conforme as pautas de uma nova função do judiciário num Estado substancialista como o brasileiro, das vantagens que o método de concretização possui para a aplicação, com eficácia, das normas de direitos fundamentais, pelo fato de a normatividade da concretização constitucional apresentar um forte viés histórico e real, decorrência da ligação que estabelece entre os dados lingüísticos (o programa da norma) e o conjunto de dados reais conformes o programa da norma (âmbito da norma), é que se destaca a propriedade do uso da teoria da concretização para a resolução da questão da legitimidade em sede da ADPF e para uma interpretação ótima do princípio da subsidiariedade, com vistas a garantir a máxima eficácia dos direitos fundamentais e a legitimação do Estado. Essas, dentre outras, serão as orientações que dirigirão a vindoura seção 5.

5 A LEGITIMIDADE PARA A PROPOSITURA DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL E O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE NUM ENFOQUE DE CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL

5.1 A legitimação popular como elemento nuclear da argüição de descumprimento de preceito fundamental

No estudo aqui preconizado, percorreram-se as noções de preceitos fundamentais, a qual engloba os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana, elemento

⁴⁷⁴ MÜLLER, Friedrich. “Interpretação e concepções atuais dos direitos do homem”, Tradução de Peter Naumann, **Anais da XV Conferência Nacional da OAB**. Foz do Iguaçu, 1995, p. 537.

de conformação de todos os direitos fundamentais, problematizou-se a situação atual do Estado Democrático de Direito, findando-se na conclusão de que compete ao Judiciário implementar e dar eficácia aos direitos fundamentais, ofertou-se, então, um instrumento para que pudesse ser processada essa tarefa, a teoria da concretização, para se terminar, dentro desse contexto, no que pertine ao título da dissertação, na legitimação do Estado pela concretização dos direitos fundamentais processada por meio da ADPF. Recortado o tema, vem a lume esta seção, encerrando a exposição e aplicando todos os conteúdos prévios numa exploração concretizante do rol de legitimados ativos em sede de ADPF e da verdadeira conformação do princípio da subsidiariedade, largamente aplicado para afastar as finalidades dessa Ação Constitucional no STF.

Assim, compete tratar da legitimação popular como elemento nuclear da ADPF.

Dentro desse contexto, apesar de não ser adequado falar em partes, no sentido de sujeitos que litigam pela defesa de seus direitos subjetivos, pode-se falar em legitimidade ativa no “processo objetivo” de controle de constitucionalidade. Isso é justificado pelo fato de a Constituição e a Lei 9.882/99 conferirem a alguém ou a determinado órgão a capacidade processual (legitimidade *ad causam*) de ingressar com uma ação em relação a um ato, normativo ou não, ou comportamento do Poder Público contrários ao texto fundamental. As partes, nesse passo, são meramente formais.⁴⁷⁵

Continuando a explanação, cabe asseverar que a distinção entre as modalidades incidental e autônoma da ADPF é fundamental para se compreender quem são os legitimados para a sua impetração.⁴⁷⁶

⁴⁷⁵ CLÉVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2 ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2000, p. 159.

⁴⁷⁶ Seguem essa linha: BERNARDES, Juliano Taveira. Argüição de descumprimento de preceito fundamental. **Revista jurídica virtual da Casa Civil**, Brasília, v. 1, n. 8, jan. 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_08/arg_descump_Juliano.htm. Acesso em: 10 ago. 2006; TAVARES, André Ramos. Argüição de descumprimento de preceito constitucional fundamental: aspectos essenciais do instituto na Constituição e na lei. In: o mesmo e ROTHENBURG, Walter Claudius (Orgs.). **Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 60-61; SARMENTO, Daniel. Apontamentos sobre a argüição de descumprimento de preceito fundamental. In: TAVARES, André Ramos e ROTHENBURG, Walter Claudius (Orgs.). **Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 87; VELLOSO, Zeno, **Controle de constitucionalidade: atualizado conforme as Leis 9.868, de 11.10.1998 e 9.882, de 3.12.1999**. 2 ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 300-301; OLIVEIRA, Fábio César dos Santos. **Argüição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à Lei nº 9.882, de 03/12/1999**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, p. 150.

No sentido de clarificar a distinção, é de se carrear o posicionamento de Juliano Taveira Bernardes sobre a natureza bivalente da ADPF:

é instituto bivalente, situado na esfera da competência constitucional do STF, ora revestindo-se de caráter processual autônomo, funcionando como verdadeira ação sumária (*arguição autônoma*) tendo por objeto "evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público" (*caput* do art. 1º da Lei 9.882/99), ora equivalendo-se a um incidente processual de inconstitucionalidade (*arguição incidental*), cabível "quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição" (art. 1º, par. único, inciso I, da Lei 9.882/99). (formatação do original)^{477 478 479}

Esmiuçando os termos, cabe destacar que a modalidade autônoma visa a fiscalização objetiva de constitucionalidade de um ato do Poder Público, o qual poderá ser normativo ou não, desde que se apresente lesivo a preceitos constitucionais fundamentais. O seu tom é de manutenção da ordem jurídica, donde decorrente o seu caráter objetivo.

A modalidade incidental, d'outro modo, proporciona um controle concentrado e concreto de constitucionalidade.⁴⁸⁰ Ela tem base, no entender aqui declinado, no disposto nos artigos 1º, inciso I, c/c 5º, parágrafo 3º da Lei 9.882/99. A arguição incidental pressupõe um processo anterior, submetido ao crivo de qualquer tribunal ou juízo, envolvendo questões relacionadas à violação de preceitos fundamentais. Ela permite a suspensão da jurisdição ordinária até que seja decidida a controvérsia no STF, como já ocorreu na ADPF/79/PE.⁴⁸¹ Ela

⁴⁷⁷ BERNARDES, Juliano Taveira. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. **Revista jurídica virtual da Casa Civil**, Brasília, v. 1, n. 8, jan. 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_08/arg_descump_Juliano.htm. Acesso em: 10 ago. 2006.

⁴⁷⁸ No sentido esposado: ADPF nº 3-CE QO (questão de ordem) (Rel. Min. Sydney Sanches, j. 18-05-2000). STF, **Net**, Brasília. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>. Acesso em: 10 ago. de 2006.

⁴⁷⁹ Em sentido análogo, Streck assaca: no que pertine ao controle de constitucionalidade *stricto sensu*, releva notar que a arguição de descumprimento de preceito fundamental **abrange a ambivalência própria do sistema misto de controle** de constitucionalidade vigorante no Brasil, isto é, ao mesmo tempo em que é uma **ação autônoma** (art. 1º *caput* da Lei 9882), é também apto a provocar **incidentalmente** a constitucionalidade de leis ou atos normativos difusamente (art. 1º, parágrafo único, inciso I). 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. **Revista da Esmape**, Recife, v. 6, n. 13, p. 257-290, jan./jun 2001, p. 276-277.

⁴⁸⁰ Cf. 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. 104.

⁴⁸¹ ADPF 79-PE (Rel. Min. Cezar Peluso, cautelar deferida pelo Presidente à época, Min. Nelson Jobim, aguardando julgamento final). Supremo Tribunal Federal, **Net**, Brasília. Disponível em

está voltada ao pronunciamento do STF acerca da questão prejudicial suscitada. Assim, não se apresenta como uma espécie de advocatória, e nem poderia ser, pois incabível é a legitimação de um tribunal para que ele mesmo possa iniciar uma ação, mormente, de controle de constitucionalidade.^{482 483}

Carreando a distinção entre o instituto da antiga advocatória e a ADPF, Francisco Wildo levanta que aquela permitia ao STF que chamasse para si o julgamento de qualquer matéria politicamente interessante, enquanto que na arguição a atuação da Suprema Corte se limita apenas à matéria constitucional. Destaca, outrossim, que o juiz da causa não é afastado de sua posição de julgador, como se dava na advocatória, uma vez que o STF ao julgar a questão prejudicial acerca do exato sentido do alcance do preceito fundamental, termina por baixar os autos para que o juiz prossiga o julgamento, não havendo qualquer agressão ao princípio do juiz natural.⁴⁸⁴

A modalidade incidental, portanto, antecipa a decisão, evitando-se a geração de danos irreparáveis às partes. Ela antecipa a defesa do conteúdo essencial da Constituição através do pronunciamento do STF sobre a aplicação de um determinado preceito fundamental.

Essa modalidade apresenta assim duas implicações, uma endoprocessual, pois a resolução do incidente seria de observância obrigatória para as partes e para o juízo ordinário, e a segunda seria de conotação extraprocessual, eis que os efeitos da decisão do STF seriam *erga omnes* e vinculariam os demais órgãos do Poder Público.⁴⁸⁵

[http://www.stf.gov.br/dj/MontaPaginaDJ.asp?ORIGEM=AP&CLASSE=ADPF&PROCESSO=79&TIP_JULGAMENTO=MC&RECURSO=0&CAPITULO=6&NUM_MATERIA=106&MATERIA=10&BRS=1809791&TITULO=
<span%20class=titulo>%20DJ%20Nr.%20149%20%2004/08/2005%20%20Ata%20Nr.%20106%20%20Relação%20de%20Despachos/Decisões%20do%20Presidente

](http://www.stf.gov.br/dj/MontaPaginaDJ.asp?ORIGEM=AP&CLASSE=ADPF&PROCESSO=79&TIP_JULGAMENTO=MC&RECURSO=0&CAPITULO=6&NUM_MATERIA=106&MATERIA=10&BRS=1809791&TITULO=
<span%20class=titulo>%20DJ%20Nr.%20149%20%2004/08/2005%20%20Ata%20Nr.%20106%20%20Relação%20de%20Despachos/Decisões%20do%20Presidente

) Acesso em: 10 ago. 2006.

⁴⁸² OLIVEIRA, Fábio César dos Santos. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: comentários à Lei nº 9.882, de 03/12/1999. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, p. 152.

⁴⁸³ Nesse sentido: TAVARES, André Ramos. Arguição de descumprimento de preceito constitucional fundamental: aspectos essenciais do instituto na constituição e na lei, *In*: o mesmo; ROTHENBURG, Walter Claudius (coords). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: análises à luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001, p. 69.

⁴⁸⁴ DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. Jurisdição constitucional: ação e processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 90, v. 783, jan. 2001, p. 128-129.

⁴⁸⁵ BERNARDES, Juliano Taveira. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. **Revista jurídica virtual da Casa Civil**, Brasília, v. 1, n. 8, jan. 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_08/arg_descump_Juliano.htm. Acesso em: 10 ago. 2006.

Reforçando o expandido e tratando do viés subjetivo da arguição incidental, Dirley Cunha relata que a ADPF incidental se caracteriza como uma ação judicial de controle concreto de constitucionalidade, suscitada em razão de processo subjetivo, onde se controverte sobre aspectos relevantes ligados a atos normativos do poder público contestados em face de um preceito fundamental. A despeito de seu caráter concreto, entretanto, ela desempenha função de natureza objetiva em defesa de direitos subjetivos fundamentais.⁴⁸⁶

Nesse passo, dado o caráter subjetivo da ADPF incidental, Dirley Cunha destaca:

todavia, sustentamos que a vedação de intervenção de terceiros não se justifica em sede de arguição incidental, posto que esta modalidade de arguição tem natureza predominantemente subjetiva, porquanto suscitada como um incidente no âmbito de um processo concreto. Por esse raciocínio, presente o interesse subjetivo na solução da controvérsia constitucional, é de se admitir a intervenção de terceiros, inclusive a intervenção assistencial.⁴⁸⁷

Contudo, em que pese o dispositivo legal que relata serem os legitimados a impetrar a ADPF os mesmos da Ação Direta de Inconstitucionalidade (art. 2º, I, da Lei 9.882/99), assenta-se o posicionamento de que a legitimação deve ser a mais ampla possível, possibilitando que qualquer membro do povo⁴⁸⁸ brasileiro possa manejar a ADPF em sua modalidade incidental. Sustenta-se, desta forma, a inconstitucionalidade do veto do Presidente da República ao inciso II do art. 2º da Lei 9.882/99,⁴⁸⁹ o qual se fundou no fato de existir um excessivo número de feitos a serem julgados pelo STF. Nesse ponto, visando garantir legitimidade ampla em sede de ADPF, tem-se a companhia de André Ramos Tavares, Sérgio Resende, Didier, José Afonso da Silva dentre outros.^{490 491 492} Firma-se a assertiva pela base teórica aduzida nas subseções 3.1, 3.2 e 4.1 que tratam do fato de o poder emanar do povo, na concepção moderna de Müller, e da relevante função do judiciário numa república substancialista como a brasileira. Esta modalidade, assim, representaria importante meio de

⁴⁸⁶ Cf. CUNHA JÚNIOR, Dirley. Arguição de descumprimento de preceito fundamental, *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). **Ações Constitucionais**. Salvador: Juspodivm, 2006, p. 478.

⁴⁸⁷ Idem, *ibidem*, p. 456.

⁴⁸⁸ Entenda-se, a concepção de povo ofertada por Müller, e preconizada na subseção 3.1.1.

⁴⁸⁹ Mensagem n. 1.807, de 3.12.99.

⁴⁹⁰ Vide nota de rodapé 12.

⁴⁹¹ André Ramos Tavares cita, ademais, considerável doutrina que se posiciona nesse sentido. (TEIXEIRA, J. H. Meirelles. **Curso de direito constitucional**. Org. e atual. por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 434; GARCIA, Maria. Arguição de descumprimento: direito do cidadão. **Revista de direito constitucional e internacional**. São Paulo, v. 32, p. 100-106; SANCHES, Sydney. 'O Supremo Tribunal Federal do Brasil na Constituição de 1988'. **Tribunal Constitucional: legitimidade e legitimação da justiça constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 49-58.)

⁴⁹² Em sentido diametralmente oposto: ROTHENBURG, Walter Claudius. Arguição de descumprimento de preceito fundamental, *In*: TAVARES, André; o mesmo (coords). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99**. São Paulo: Atlas, 2001, 220-224.

legitimação do Estado diante de seu povo, povo este que teria condições de controlar objetivamente a conformidade do conceito de preceito fundamental, medida que aproxima a realidade da aplicação das normas.

Vem em reforço do exposto o princípio do Acesso à Justiça, a uma ordem jurídica justa, o qual não se apresenta apenas como um direito social fundamental, crescentemente reconhecido, mas como ponto central da moderna processualística.⁴⁹³

Fundamentando ainda mais o exposto, André Ramos Tavares, combatendo os posicionamentos que vedam a legitimidade ampla em sede de ADPF, sinaliza que

na argüição incidental não ocorre uma supressão das demais instâncias senão quanto à questão constitucional fundamental, fazendo-a da mesma forma que seria realizada acaso fosse proposta uma argüição autônoma em relação aos demais processos em curso nos quais se estivesse discutindo a mesma questão levantada naquela ação. A solução do litígio individualmente apresentado seguirá o percurso processual comum, sem qualquer alteração. Apenas a questão constitucional que, lembre-se, é secundária nesses processos, será levantada em caráter principal perante o Supremo Tribunal Federal.^{494 495}

No mesmo sentido, tem-se Sérgio Resende de Barros, para quem argüição, por sua natureza, quer significar incidente, motivo pelo qual toda a espécie de argüição deve apresentar a legitimização ativa em aberto.⁴⁹⁶

Ainda na vertente doutrinária da legitimização ampla em sede de ADPF, destacam-se os delineamentos fixados por Carlos Aires Brito no julgamento da ADPF 78.⁴⁹⁷ O Ministro

⁴⁹³ Cf. CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: SaFE, 1988, *passim*.

⁴⁹⁴ TAVARES, André Ramos. Argüição de descumprimento de preceito constitucional fundamental: aspectos essenciais do instituto na constituição e na lei, *in*: o mesmo; ROTHENBURG, Walter Claudius (coords). **Argüição de descumprimento de preceito fundamental**: análises à luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001, p. 65-66.

⁴⁹⁵ Faz-se remessa às lições de Juliano Taveira Bernardes carreadas no início desta seção.

⁴⁹⁶ Cf. BARROS, Sérgio Resende. O nó górdio do sistema misto, *in*: o mesmo; ROTHENBURG, Walter Claudius (coords). **Argüição de descumprimento de preceito constitucional fundamental**: análises à luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001, p. 195.

⁴⁹⁷ ADPF 78-RJ (Rel. Min. Carlos Britto, j. 08.09.2005). Supremo Tribunal Federal, **Net**, Brasília. Disponível em: <[http://www.stf.gov.br/dj/MontaPaginaDJ.asp?ORIGEM=AP&CLASSE=ADPF&PROCESSO=78&TIP_JULGAMENTO=M&RECURSO=0&CAPITULO=6&NUM_MATERIA=133&MATERIA=2&BRS=1832532TITULO=
<span%20class=titulo>%20DJ%20Nr.%20177%20%2014/09/2005%20%20Ata%20Nr.%20133%20%20Relação%20de%20Processos%20Originários%20%20Despachos%20dos%20Relatores
](http://www.stf.gov.br/dj/MontaPaginaDJ.asp?ORIGEM=AP&CLASSE=ADPF&PROCESSO=78&TIP_JULGAMENTO=M&RECURSO=0&CAPITULO=6&NUM_MATERIA=133&MATERIA=2&BRS=1832532TITULO=
<span%20class=titulo>%20DJ%20Nr.%20177%20%2014/09/2005%20%20Ata%20Nr.%20133%20%20Relação%20de%20Processos%20Originários%20%20Despachos%20dos%20Relatores
)>. Acesso em: 10 ago. 2006.

Carlos Britto salientou o caráter concentrado e desconcentrado (difuso)⁴⁹⁸ da ADPF em sua decisão, ficando que está no argumento da presunção da legitimidade dos atos do poder público e até que ocorra o deslinde da ADI nº 2.231/DF que questiona dispositivos da Lei 9.982/99. Nesse sentido, acompanha-se o Ministro pela agudeza da argumentação.

Todavia, é de se frisar que o Min. Carlos Brito saca seu entendimento pessoal no *decisum* de mencionada ADPF no sentido de entender duvidosa a constitucionalidade dessa disposição.

Ainda dentro desse raciocínio, qual seja, o de admitir a legitimação ampla, destaca-se despacho do Ministro Rel. Nelson Jobim na ADPF/21. O despacho mencionado caminhou na direção de se admitir a legitimidade ativa para além do *numerus clausulus* do art. 103 da Constituição Federal, porquanto foi destacada a ausência de capacidade postulatória (o cidadão pleiteou o direito em causa própria e não comprovou a sua condição de advogado), não de legitimidade ativa, como fundamento para inadmitir essa ADPF. Assim, dentro da concepção aqui esposada, só se tem que louvar mencionado posicionamento, tendo em vista um direcionamento no sentido de se admitir a ADPF no seu caráter incidental e com legitimação ampla. O precedente, se desenvolvido no STF, terá o condão de dar primazia à concretização da defesa dos preceitos fundamentais.⁴⁹⁹

Destaca-se, outrossim, dentro dos precedentes do STF, a reforma da decisão do Relator, Min. Sepúlveda Pertence, na ADPF 84-DF,⁵⁰⁰ a qual permitiu a sindicabilidade das relações concretas surgidas durante o período de vigência de Medidas Provisórias, situações

⁴⁹⁸ Destaca-se, contudo, que os efeitos serão sempre concentrados, mudando apenas os legitimados à propor ADPFs.

⁴⁹⁹ ADPF/21-DF, (Rel. Nelson Jobim, data do despacho 27.11.2001). Supremo Tribunal Federal, **Net**, Brasília. Disponível em:

⁵⁰⁰ ADPF 84-DF (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 31.05.2006). Supremo Tribunal Federal, **Net**, Brasília. Disponível em: http://www.stf.gov.br/processos/processo.asp?Classe=ADPF&Processo=84&Origem=AP&Recurso=0&TIP_JULGAMENTO=M > . Acesso em: 10 ago. 2006.

de caráter eminentemente subjetivo. Mais uma sinalização que indica a subjetivação do controle objetivo de constitucionalidade dentro do STF.

Coaduna-se, como não poderia deixar de ser, com a reforma processada, posto que este trabalho é direcionado à concepção da ADPF em seu caráter dúplice, ou seja, de proteção de direitos objetivos e subjetivos por meio do controle concentrado de constitucionalidade, donde só pode resultar outra interpretação do rol de legitimados e do caráter subsidiário dessa ação.⁵⁰¹

Nesse raciocínio, assaca-se a impropriedade de algumas ADPFs⁵⁰² que têm admitido que o cidadão provoque o Procurador Geral da República para impetração de uma ADPF, na forma do art. 2º, parágrafo 1º da Lei 9.882/99, haja vista que até o momento⁵⁰³ não existe nenhuma ADPF impetrada por este legitimado.⁵⁰⁴ Essa modalidade é denominada como via indireta de manuseio da ADPF, a qual, no entendimento aqui esposado, e pela disposição constitucional do art. 5º, XXXIV, alínea a, é totalmente despicienda, vez que encontra guarida no direito de petição assegurado a qualquer um.

Nesse passo, tece-se crítica à posição legitimatória restritiva presente na doutrina⁵⁰⁵ e jurisprudência nacionais para as hipóteses de ADPF incidental, as quais vêm preconizando o uso de sua via indireta de manuseio. Ora, impropriedade lógica se apresenta assente em casos que tais, uma vez que se quer atribuir restrições de controle concentrado numa ação de caráter

⁵⁰¹ Traz-se em confirmação do posicionamento a lição de Lênio Streck sobre a referibilidade do controle concentrado a situações concretas: “É um equívoco pensar que o controle concentrado, por ser produto de um discurso de fundamentação (*sic*), transformaria o Tribunal Constitucional em legislador. Só se faz controle concentrado, do mesmo modo que o difuso, a partir de pré-compreensões, que por sua vez estão (sempre) baseadas em situações concretas. Não se faz controle concentrado isolado das situações concretas.” STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 85.

⁵⁰² ADPFs n.ºs: 23/RJ, 27/RJ, 29/MG, 30/DF, 31/DF, 38/RJ e 57/SP.

⁵⁰³ Consulta realizada até 10 de agosto de 2006.

⁵⁰⁴ A primeira decisão do STF a sinalizar de tal forma: ADPF 23-RJ (Rel. Min. Carlos Velloso, j. 05.12.2001). Supremo Tribunal Federal, **Net**, Brasília. Disponível em: < [http://www.stf.gov.br/dj/MontaPaginaDJ.asp?ORIGEM=AP&CLASSE=ADPF&PROCESSO=23&TIP_JULGAMENTO=M&RECURSO=0&CAPITULO=6&NUM_MATERIA=1&MATERIA=2&BRS=1099877&TITULO=
<span%20class=titulo>%20DJ%20Nr.%2022%20-%2001/02/2002%20-%20Ata%20Nr.%201%20%20Relação%20de%20Processos%20Originários%20-%20Despachos%20dos%20Relatores

](http://www.stf.gov.br/dj/MontaPaginaDJ.asp?ORIGEM=AP&CLASSE=ADPF&PROCESSO=23&TIP_JULGAMENTO=M&RECURSO=0&CAPITULO=6&NUM_MATERIA=1&MATERIA=2&BRS=1099877&TITULO=
<span%20class=titulo>%20DJ%20Nr.%2022%20-%2001/02/2002%20-%20Ata%20Nr.%201%20%20Relação%20de%20Processos%20Originários%20-%20Despachos%20dos%20Relatores

) . Acesso em: 10 ago. 2006.

⁵⁰⁵ Vide nota de rodapé n.º 12.

subjetivo.⁵⁰⁶ O controle é concentrado, repise-se, mas a demanda está voltada à subjetivação do controle objetivo.

No descortino da temática, contudo, em que se defenda a legitimação a qualquer do povo, importa tracejar que essa possibilidade deve ser permeada de temperamentos. Não se pode admitir a impetração de ADPFs pelo povo sem fundamento justificado e com o desatendimento a filtros mínimos. Assim, adota-se posição consentânea com as lições de André Ramos Tavares, no sentido de que a argüição incidental e a argüição por via indireta (para aqueles que a entendem adequada) só poderão ser apreciadas pelo STF se originárias de processo judicial instaurado no qual se controverta questão constitucional que envolva preceito fundamental e desde que se trate de questão cuja solução aproveite ao interesse nacional, que seja relevante,⁵⁰⁷ na forma indicada no parágrafo único do art. 1º da Lei 9882/99. Esse limite se apresenta interessante e como contra-argumento de peso à possível sobrecarga das funções do STF. Além disso, mencionado autor, e aí também se segue a sua posição, destaca que a argüição incidental tem objeto mais restrito, porquanto o inciso I do parágrafo único do art. 1º da Lei 9.882/99 delimita o aspecto incidental às hipóteses de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição, o que é bem diferente da noção de ato do Poder Público carreada no *caput* de mencionado artigo, o objeto da argüição autônoma.⁵⁰⁸

Destacou-se, a *relevância* como filtro à admissão de ADPFs incidentais. Mas como se precisar o termo relevância. A relevância pode ser fixada como a transcendentalidade da questão, ou seja, a sua difusão pelos diversos entes da federação, importando numa necessidade premente de padronização. Ela pode ser uma questão individual e subjetiva de

⁵⁰⁶ Nesse passo, é de se fincar com Wittgenstein que é a concordância ou a discordância do sentido - representação de uma figura, de um modelo de realidade - com a realidade que atesta a falsidade ou a veracidade do mesmo. WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus lógico-philosophicus**. Tradución de Isidoro Reguere e Jacobo Muñoz. Alianza Editorial: Madrid, 2005, p. 53 a 55. Assim, poderiam ser entendidas como inverídicas, ou, no plano normativo, inválidas, restrições do controle concentrado em ação constitucional híbrida, que tem o condão de regular relações concretas e abstratas.

⁵⁰⁷ Destaca-se o posicionamento carreado na ADPF/79/PE sobre a necessidade da demonstração de transcendência do direito discutido como critério de admissibilidade das Argüições de Descumprimento de Preceito Fundamental, em essencial, a incidental.

⁵⁰⁸ Cf. TAVARES, André Ramos. Argüição de descumprimento de preceito constitucional fundamental: aspectos essenciais do instituto na constituição e na lei, *in*: o mesmo; ROTHENBURG, Walter Claudius (coords). **Argüição de descumprimento de preceito fundamental**: análises à luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001, p. 72-73.

um processo subjetivo que se irradia, demonstrando sua amplitude e a necessidade de se evitar os efeitos nocivos da insegurança jurídica.^{509 510 511}

Preconizando uma relação de precedência do princípio da relevância sobre o princípio da subsidiariedade, Walter Claudius Rotenburg assaca que “diante do cotejo entre a fundamentalidade do parâmetro e a relevância do fundamento da controvérsia constitucional, por um lado, e a subsidiariedade, por outro, aquelas não de prevalecer.”⁵¹²

Assim, firma-se posição no sentido de que na ADPF incidental é perfeitamente cabível a legitimação de qualquer do povo, estando a admissibilidade da demanda a depender da caracterização de sua relevância, ou seja, de seu caráter transcendental, uma questão que abarcaria todos os entes da federação, um interesse nacional. A admissibilidade da arguição incidental, além do limite aduzido, deve ser consonante com a limitação do inciso I, do art. 1º da Lei 9.882/99, ou seja, só poderá englobar lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores a Constituição Federal. A esses critérios de não admissão, é de se somar o princípio da subsidiariedade a ser estudado na subseção 5.2. Desta forma, entende-se que, só assim, a ADPF demonstrará o seu viés de subjetivação do controle objetivo, principalmente na seara dos direitos fundamentais. Tudo o que foi afirmado encontra base no parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal, no caráter substancial da República brasileira, na alteração da função do Poder Judiciário, uma função de garante dos direitos e preceitos fundamentais, elementos estes que servem, junto com a disciplina legal da ADPF, para conformar um programa normativo de garantia dos direitos fundamentais. Esse programa normativo seria voltado para a preservação da legitimidade e da substância da Constituição, aperfeiçoando um âmbito normativo de máxima eficácia dos valores fundantes do direito constitucional.

⁵⁰⁹ Entende de forma semelhante SARMENTO, Daniel. Apontamentos sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental, *in*: TAVARES, André; ROTHENBURG, Walter Claudius (coords). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: análises à luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001, p. 105.

⁵¹⁰ No mesmo sentido: DANTAS, IVO. **O valor da constituição**: do controle de constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional. 2 ed. rev. e aum., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 269.

⁵¹¹ Digno de citação, como apara ao absolutismo da relevância, é o posicionamento de Streck: Não basta, pois, que haja relevante controvérsia; o que é necessário demonstrar, como ponto principal, é que a controvérsia tenha por base a discussão acerca da violação de preceito fundamental. STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 645.

⁵¹² ROTHENBURG, Walter Claudius. Arguição de descumprimento de preceito fundamental, *in*: TAVARES, André; o mesmo (coords). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: análises à luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001, p. 225.

5.2 Um novo viés para o princípio da subsidiariedade na arguição de descumprimento de preceito fundamental

Mencionado princípio, destacado no art. 4º, parágrafo 1º, da Lei 9.882/99, é posto como filtro para dimensionar as hipóteses passíveis de serem sindicadas por meio da ADPF. Ele se apresenta como pressuposto negativo de admissibilidade.⁵¹³

O dispositivo em tela determina a não admissão da ADPF quando houver outro meio eficaz de sanar a lesividade.

Este princípio, dentro das noventa e nove ADPFs que correm perante o STF, teve a sua conformação evoluída de uma limitada existência de outro instrumento de controle do sistema concentrado de constitucionalidade, para a apreciação da existência de qualquer outro meio capaz de sanar a lesão com eficácia.

Nesse sentido, na ADPF/17/AP, o Ministro Celso de Mello destacou que a mera possibilidade de utilização de outros meios processuais não basta, só por si, para justificar a invocação do princípio da subsidiariedade. No seu entender, para que esse postulado possa legitimamente incidir - impedindo, desse modo, o acesso imediato à ADPF - revela-se essencial que os instrumentos disponíveis mostrem-se capazes de neutralizar, de maneira eficaz, a situação de lesividade que se busca obstar com o ajuizamento desse writ constitucional.⁵¹⁴

⁵¹³ ADPF 17 AgR-AP (Rel. Min. CELSO DE MELLO, j. 05/06/2002). Supremo Tribunal Federal, Net, Brasília. Disponível em: <[http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nphbrs?d=SJUR&s1=\\$ADPF\\$.SCLA.%20E%2017.NUME.&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=1&f=G&l=20](http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nphbrs?d=SJUR&s1=$ADPF$.SCLA.%20E%2017.NUME.&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=1&f=G&l=20)> Acesso em: 10 ago. 2006. No mesmo sentido: ADPF 33-PA (Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 29.10.2003). Supremo Tribunal Federal, Net, Brasília. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/processos/processo.asp?PROCESSO=33&CLASSE=ADPFMC&ORIGEM=JUR&RECURSO=0&TIP_JULGAMENTO=M-20/6/2006> . Acesso em: 10 ago. 2006.

⁵¹⁴ ADPF 17 AgR - AP (Rel. Min. CELSO DE MELLO, j. 05/06/2002). Supremo Tribunal Federal, Net, Brasília. Disponível em: <[http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&s1=\\$ADPF\\$.SCLA.%20E%2017.NUME.&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=1&f=G&l=20](http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&s1=$ADPF$.SCLA.%20E%2017.NUME.&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=1&f=G&l=20)> Acesso em: 10 ago. 2006.

Confirmando os aspectos mencionados, tem-se decisão do Ministro Nelson Jobim sobre a relativização do princípio da subsidiariedade na ADPF/79/PE. A ADPF 79/PE^{515 516} foi ajuizada pelo Governador do Estado de Pernambuco para questionar o descumprimento de preceito fundamental em decisões judiciais do TJ/PE e do TRT da 6ª Região. Essas decisões foram questionadas pelo fato de conferir interpretação equivocada ao princípio da isonomia ao deferir equiparação de salários dos professores do Estado, bem como pela vinculação destes salários ao valor do salário mínimo. Os efeitos dessas decisões, destaca-se, poderiam importar, pelos efeitos da coisa julgada, em gastos anuais da ordem de R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais) com a folha de professores.

O Presidente do STF à época, Ministro Nelson Jobim, em sua decisão de concessão da medida cautelar, destacou que em face da flagrância e necessidade o princípio da subsidiariedade cede espaço para a admissibilidade da ADPF, argumentos levantados após o destaque dado à violação aos princípios da legalidade, moralidade administrativa, do pacto federativo, da separação de poderes e à norma constitucional que proíbe qualquer tipo de vinculação ao salário mínimo. O Presidente, em reforço do argumento, levantou o entendimento do STF de que o princípio da subsidiariedade não deve ser interpretado com raciocínio linear e fechado. Esse princípio diz respeito ao uso de outro instrumento processual-constitucional que resolva a questão jurídica com a mesma efetividade, imediatividade e amplitude que a própria ADPF. No caso, discutem-se decisões judiciais, as quais não são sindicáveis por qualquer outro instrumento de defesa do controle concentrado, quedando o Recurso Extraordinário sem os efeitos desse tipo de instrumento de controle.

Continuando no trato dessa decisão, cabe reportar que o então Presidente do STF detalhou os limites da ADPF, discriminando que a mesma tem o condão de abordar questões jurídicas fundamentais e de importância federal ou estadual transcendente. Nesse passo, foram

⁵¹⁵ ADPF 79-PE (Rel. Min. Cezar Peluso, cautelar deferida pelo Presidente à época, Min. Nelson Jobim, aguardando julgamento final). Supremo Tribunal Federal, **Net**, Brasília. Disponível em: <[http://www.stf.gov.br/dj/MontaPaginaDJ.asp?ORIGEM=AP&CLASSE=ADPF&PROCESSO=79&TIP_JULGAMENTO=MC&RECURSO=0&CAPITULO=6&NUM_MATERIA=106&MATERIA=10&BRS=1809791&TITULO=
<span%20class=titulo>%20DJ%20Nr.%20149%20-%2004/08/2005%20-%20Ata%20Nr.%20106%20-%20Relação%20de%20Despachos/Decisões%20do%20Presidente

](http://www.stf.gov.br/dj/MontaPaginaDJ.asp?ORIGEM=AP&CLASSE=ADPF&PROCESSO=79&TIP_JULGAMENTO=MC&RECURSO=0&CAPITULO=6&NUM_MATERIA=106&MATERIA=10&BRS=1809791&TITULO=
<span%20class=titulo>%20DJ%20Nr.%20149%20-%2004/08/2005%20-%20Ata%20Nr.%20106%20-%20Relação%20de%20Despachos/Decisões%20do%20Presidente

)>. Acesso em: 10 ago. 2006.

⁵¹⁶ Em sentido contrário, no que reporta à mitigação da coisa julgada: ADPF 67-PB (Rel. Min. Cezar Peluso, aguardando julgamento). Supremo Tribunal Federal, **Net**, Brasília. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/processos/processo.asp?INTERFACE=1&ARGUMENTO=ADPF%2F67&rdTipo=1&PROCESSO=67&CLASSE=ADPF&ORIGEM=AP&RECURSO=0&TIP_JULGAMENTO>. Acesso em: 10 ago. 2006.

citadas as ADPFs nºs 46/DF, que trata do monopólio dos correios, e 54/DF, que trata da questão do aborto do feto anencéfalo.

Pela primeira vez, destaca-se, vê-se remessa ao caráter transcendente da ADPF, ou seja, ao seu aspecto de solução de causas que repercutam entre os entes federados. Esse critério transcendental, nesse passo, apresenta-se como importante baliza para se fixar, mesmo que jurisprudencialmente, o verdadeiro caráter do que se quer chamar de preceito fundamental. Acrescenta-se a este aspecto transcendente, o aspecto internacional, tendo em vista a abertura preconizada pelos direitos supra-estatais.⁵¹⁷

Outrossim, realce foi conferido à interpretação distorcida do Decreto Federal nº 63.322/70, uma vez que o art. 1º desse Decreto simplesmente estabelecia um critério para a liberação de recursos do Fundo de Participação dos Estados. Não se tratava de uma norma federal que obrigava os Estados a pagar determinado valor aos professores do ensino médio. O Ministro Presidente, concluiu, portanto, que a decisão inicial, abrangente de 161 professores (0,36% do magistério local), e fundada em premissas errôneas, poderia gerar, por outras premissas errôneas diferentes, a extensão dos efeitos aos demais 99,64% dos professores, o que em ambos os casos se apresenta desconforme com o preconizado na Súmula 339 do STF, que veda ao judiciário a função legislativa no sentido de aumentar salários sobre o pretexto do princípio da isonomia.

Foram esses os argumentos levantados para o deferimento da liminar, *ad referendum* do plenário, que culminou na determinação da suspensão de todos os processos em curso, inclusive as eventuais execuções, e dos efeitos de decisões judiciais que tratem da elevação dos vencimentos de professores do Estado de Pernambuco com base no princípio da isonomia.

No final do despacho do então Presidente, destaca-se, foram introduzidos efeitos mitigando a coisa julgada⁵¹⁸ inconstitucional, na medida em que foram suspensos os efeitos

⁵¹⁷ Vide, nesse sentido, a seção 1.2.2.

⁵¹⁸ Não entende dessa forma Dirley Cunha, para quem: “É necessário, entretanto, esclarecer que a arguição somente alcança os atos judiciais não imunizados pela coisa julgada.” CUNHA JÚNIOR, Dirley. Arguição de descumprimento de preceito fundamental, *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). **Ações Constitucionais**. Salvador: Juspodivm, 2006, p. 463. Contudo, em que interessante o argumento, tem-se opinião no sentido de que inexistente coisa julgada inconstitucional, uma vez que é a própria Constituição que dá fundamento de validade à coisa julgada.

das decisões judiciais, note-se que não houve remessa ao trânsito em julgado, que tratam da elevação de vencimentos de professores do Estado de Pernambuco e que violem o princípio da isonomia. Esse posicionamento se coaduna com o entendimento, com o qual se compactua, da inexistência de coisa julgada inconstitucional.

A presente ação, no que importa o seu atual estágio processual, se encontra conclusa ao relator desde 05-10-2005, com agravo regimental interposto por Alda Iza Chaves Freire.

Na mesma esteira de relativização do princípio da subsidiariedade, é de se mencionar a decisão carreada na ADPF/4/DF, onde se conheceu da ação por entender que a medida judicial existente – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão- não seria o meio eficaz para se sanar a lesividade, não se aplicando à espécie o parágrafo 1º do art. 4º da Lei 9.882/99. A presente ação tratava da ausência de fixação do salário mínimo como descumprimento de preceito fundamental. Contudo, essa ADPF foi prejudicada pela perda do objeto.⁵¹⁹

Assim, quando os remédios constitucionais e os instrumentos do controle difuso e concentrado de constitucionalidade não apresentarem a possibilidade de sanar a contento a lesividade a preceito fundamental, quando possibilitarem o postergar do trâmite processual, poder-se-á impetrar a ADPF. Nessa mesma linha, tem-se Alexandre de Moraes, para quem a ADPF não substitui as demais previsões constitucionais que tenham semelhante finalidade, tais como o *habeas corpus*; *habeas data*; mandado de segurança individual e coletivo; mandado de injunção; ação popular; ações diretas de inconstitucionalidade genérica, interventiva e por omissão e ação declaratória de constitucionalidade, desde que haja efetividade em sua utilização. A efetividade é medida pela suficiência de mencionadas ações para evitar ou repara lesão a preceito fundamental causada pelo Poder Público.⁵²⁰

⁵¹⁹ ADPF 4-DF (Rel. Min. Ellen Gracie, j. 02.08.2006). Supremo Tribunal Federal, **Net**, Brasília. Disponível em:

<http://www.stf.gov.br/processos/processo.asp?Classe=ADPF&Processo=4&Origem=AP&Recurso=0&TIP_JULGAMENTO=M>. Acesso em: 10 ago. 2006.

⁵²⁰ Cf. MORAES, Alexandre de. Comentários à Lei nº 9.882/99 – arguição de descumprimento de preceito fundamental, *In*: TAVARES, André; ROTHENBURG, Walter Claudius (coords). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: análises à luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001, p. 23-24.

Nessa quadra, o posicionamento de André Ramos Tavares é de ser colacionado:

a interpretação válida da Lei seria no sentido de considerar ter o legislador pretendido propiciar o cabimento da argüição também em todos os demais casos em que o descumprimento de preceito constitucional fundamental não possa ser sanado senão por não encontrar a via adequada.⁵²¹

André Ramos Tavares finda a sua concepção sobre a via adequada preconizando que o importante, e desde que atendido o mínimo de segurança jurídica, é a preservação da integridade do corpo constitucional.⁵²² Os demais mecanismos devem se mostrar insuficientes ou demorados para proteger os preceitos fundamentais, permitindo, só então, a admissibilidade da ADPF, tudo com vistas a garantir a integridade da Constituição.

É possível se concluir, portanto, que a simples existência de ações ou outros recursos processuais não poderá servir de óbice à ADPF. A multiplicação de processos e decisões sobre um determinado tema constitucional alerta para a necessidade de um instrumento que permita a solução definitiva e abrangente da controvérsia. É nesse caminho que a ADPF se apresenta apta, também, para salvaguardar de ameaças o princípio da segurança jurídica, especialmente em razão de conflitos de interpretação ou de incongruências hermenêuticas causadas pelo modelo pluralista de jurisdição constitucional brasileiro.⁵²³

Nesse importe, é de se destacar que ao tratar do princípio da subsidiariedade relacionado à efetividade, sem delimitar se o mesmo abarca instrumentos do controle difuso ou concentrado, se está, isto sim, reconhecendo o seu caráter de controle subjetivo, ou seja, relacionado ao cidadão. Não se pode atribuir um filtro de controle concentrado num instrumento de controle difuso e concentrado. Ou esse instrumento tem os dois caracteres, portanto a efetividade abarcará os meios de controle do sistema difuso e concentrado, ou só apresenta o caráter concentrado, relacionando-se a efetividade, tão somente, com essa forma de controle. Na forma que está posta por parcela da jurisprudência e da doutrina,⁵²⁴ apesar da adaptação que se procedeu desse instrumento estrangeiro, estar-se-á diante de uma

⁵²¹ TAVARES, André Ramos. Argüição de descumprimento de preceito constitucional fundamental: aspectos essenciais do instituto na constituição e na lei, *In*: o mesmo; ROTHENBURG, Walter Claudius (coords). **Argüição de descumprimento de preceito fundamental**: análises à luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001, p. 47.

⁵²² Idem, *ibidem*, p. 47, Nota de rodapé 18.

⁵²³ Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**. Atualizada e compl. por Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 421.

⁵²⁴ Vide nota de rodapé 11.

contradição entre proposições. A ação protege direito subjetivo e objetivo, mas a aplicação do princípio da subsidiariedade só se refere ao controle concentrado. Entende-se, portanto, a despeito dos efeitos concentrados da demanda, que a referência ao princípio da subsidiariedade deveria ser dirigida, isto sim, ao dúplice caráter protetivo da ADPF, englobando, desta forma, o controle concentrado e o controle difuso, o que se apresenta, dentro das concepções aqui defendidas, adequado.

O que se quer dizer é que a ADPF se mostra como instrumento adequado para a subjetivação do controle concentrado, ou seja, para inculcar a referibilidade ao direito subjetivo, desde que relevante e transcendental, como objeto de sindicabilidade de um controle dito objetivo.

Só se pode assacar ao fim da explanação, então, que a ADPF é uma garantia da constituição na concepção de Canotilho, porquanto é meio instituído e destinado a assegurar a observância, aplicação e estabilidade da lei fundamental.⁵²⁵ Ela é garante da existência da Constituição, com um viés subjetivador do controle objetivo.

O princípio da subsidiariedade, portanto, deve ser orientado para garantir a máxima eficácia dos preceitos fundamentais, estando a sua aplicação a depender da inexistência de outros meios, quaisquer meios do controle difuso e concentrado, que resolvam com propriedade e no menor tempo possível os pleitos de caráter subjetivo e/ou objetivo, demonstrando-se, ademais, o caráter transcendente e relevante da demanda posta ou não em juízo. Isso é o que se entende pelo programa normativo do princípio da subsidiariedade a orientar seu âmbito normativo na direção de defender concentradamente a constituição e subjetivar o controle objetivo.

⁵²⁵ Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3 ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 823-824.

CONCLUSÃO

1. A compreensão das normas de direitos fundamentais, em especial os preceitos fundamentais, só pode ser dada em um sistema, um sistema jurídico. Um sistema é representado por um relacionamento ordenado, harmônico e unitário de elementos com o todo e entre si reunidos em torno de um conceito fundamental ou aglutinante.
2. O sistema jurídico, a seu turno, é representado por uma conjunção harmônica e ordenada de princípios e regras (normas) em torno de um conceito fundamental ou aglutinante (os princípios gerais expressos ou implícitos de uma dada ordem jurídica, delimitada temporal e espacialmente).
3. O sistema jurídico, contudo, deve ser entendido em seu aspecto doutrinário e normativo, por estar presente o logos proposicional em ambas as estruturas, donde o sistema jurídico da ciência do direito se apresenta como um sistema descritivo, de proposições descritivas que se

contradizem e que obedecem à lógica apofântica, da verdade ou falsidade, para versar sobre o conjunto de normas válidas de um dado ordenamento. Já o sistema do direito objeto é orientado por proposições prescritivas, dirigidas pelos valores da lógica deôntica, da validade ou não validade, motivo pelo qual não podem apresentar contradições e antinomias.

4. A Constituição, nesse passo, é o local onde se radica a base do sistema jurídico, vez que está composta por diversas normas (regras e princípios) unidos pelos valores fundamentais. Ela se apresenta como um sistema normativo, aberto e dinâmico de regras e princípios. Esse sistema é aberto e dinâmico pelo fato de acompanhar as evoluções do mundo, dos projetos e valores vigentes, tornando-os jurídicos.

5. A importância da concepção de sistema está ligada pelo fato desse mesmo sistema delimitar o âmbito da norma, ou seja, o espaço do que pode vir a ser jurídico e do que é jurídico. No caso, do que pode vir a ser preceito fundamental e do que é preceito fundamental.

6. O (sub-)sistema de direitos fundamentais é informado pela coerência decorrente da noção de fundamentalidade, o que é reforçado pelo fato dessas regras se apresentarem diretamente aplicáveis e por sua condição de cláusulas pétreas. Esse sistema apresenta uma autonomia relativa no próprio sistema constitucional em que está integrado. Ele seria um sistema concreto de valores voltado para a legitimação estatal. Desta feita, a noção de sistema de direitos fundamentais (espécies do gênero preceitos fundamentais) se aplica plenamente na delimitação dos preceitos a serem sindicados por meio da ADPF.

7. A expressão direitos fundamentais representa aqueles direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado, o que é diferente dos direitos do homem, aqueles relacionados aos direitos naturais, e dos direitos humanos, aqueles positivados na esfera internacional.

8. A classificação dos direitos fundamentais (espécies do gênero preceito fundamental) no Brasil deve ter por base os critérios de conteúdo e de fonte. No que respeita às fontes de direitos e garantias, têm-se: i) as expressas (art. 5º); ii) as decorrentes dos princípios adotados pela Constituição; iii) as decorrentes de tratados internacionais adotados no Brasil e que não contrariem os princípios carreados na Constituição; e iv) os tratados e convenções

internacionais submetidos ao mesmo processo de aprovação de Emendas Constitucionais. Dentro dos critérios de conteúdo têm-se: i) os direitos fundamentais do homem indivíduo - os direitos individuais do art. 5º da Constituição; ii) os direitos fundamentais do homem nacional carreados no art. 14 da Constituição; iii) os direitos fundamentais do homem social (art. 6º, saúde, educação, seguridade social etc); iv) os direitos fundamentais do homem membro da coletividade - os direitos coletivos; e v) os direitos fundamentais do homem-solidário, do gênero humano - o direito à paz, ao desenvolvimento, ao meio-ambiente etc. Dentro dessas concepções, eles devem ser os direitos considerados essenciais, no tempo histórico, à dignidade dos homens que formam a comunidade.

9. Na concepção de direitos fundamentais são abarcadas as normas e institutos que visam garantir posições subjetivas de vantagem, com vistas à proteção dos valores carreados no texto constitucional e na promoção do princípio da dignidade da pessoa humana. Essas normas são nominadas de garantias institucionais. De igual modo, por englobarem os direitos fundamentais, essas garantias poderão ser objeto de sindicabilidade por meio da ADPF.

10. No conceito de direitos fundamentais não se enquadram as normas e institutos que explicitam os princípios da conformação econômica, social ou política da comunidade estatal. Eles estão fora das matérias dos direitos fundamentais. Se estivessem no âmbito de matérias dos direitos fundamentais, eles denotariam a concepção de autonomia do homem individual como princípio único e absoluto da Constituição, o que é impróprio. Eles não podem englobar essa categoria pelo fato de não terem condições de transformar os direitos fundamentais em meros instrumentos de instauração ou conformação de determinado sistema jurídico.

11. O conceito de preceitos fundamentais, dada a distinção processada entre os direitos fundamentais e as normas e princípios de estruturação do Estado, apresenta-se como gênero de que são espécies essas duas concepções.

12. Os parágrafos 2º e 3º do art. 5º da Constituição Federal apresentam-se como cláusulas de abertura para a assimilação de novos direitos fundamentais. Elas são cláusulas que permitem a internalização/constitucionalização do direito internacional público. São, de igual modo, cláusulas de abertura para a assimilação de novos preceitos fundamentais.

13. Inserem-se na concepção cláusula de abertura os direitos fundamentais supra-estatais, os quais são provenientes da ordem jurídica internacional, incidindo na ordem jurídica interna como paradigmas e fixando o entendimento de valores universais. Eles são incorporados por um sistema jurídico na condição de normas constitucionais, leis ordinárias e emendas constitucionais. Eles são padrões valorativos que servem para determinar os âmbitos materiais do trabalho jurídico. O seu caráter internacional viria como elemento interessante para se somar à transcendentalidade, espécie de critério de admissibilidade das ADPFs.

14. O entendimento da noção de preceitos fundamentais pressupõe a compreensão de valores constitucionais, normas constitucionais (regras e princípios) com superioridade hierárquica em relação às demais. Essas seriam as espécies normativas mais relevantes na ordem de valores em que se conforma o direito positivo. Elas são dotadas de perenidade, pelo fato de estarem voltadas à manutenção e continuidade das instituições, e de adaptabilidade às mudanças. O caráter valorativo do direito, nesse passo, é decorrência da estrutura tridimensional do mesmo, ou seja, fato, valor e norma. A questão valorativa do direito, contudo, e dentro da teoria da concretização, é admitida desde que se tenha substrato normativo a permiti-la.

15. Os preceitos fundamentais apresentam aspecto normativo pelo fato de estarem vertidos em regras e princípios, de modo a serem dotados da essencial impositividade das normas jurídicas.

16. Os preceitos fundamentais se diferenciam das demais normas jurídicas postas na Constituição pelo fato de estarem aglutinados pela fundamentalidade, uma característica que, quando violada ou insatisfeita significa a morte ou sofrimento grave ao núcleo essencial da autonomia, à liberdade do indivíduo.

17. A fundamentalidade dos preceitos fundamentais é medida, em seu aspecto formal, pelo fato de: i) os direitos englobados nesta categoria estarem no ápice do ordenamento jurídico; ii) por possuírem procedimento agravado para a sua edição e reforma; e iii) por se tratarem de normas diretamente aplicáveis que vinculam entidades públicas e privadas. Já no seu aspecto material, a fundamentalidade dos preceitos fundamentais é conformada: i) pelo fato deles

significarem a estrutura básica do Estado e da Sociedade; e ii) por servirem de cláusulas de abertura a outros preceitos, mesmo que estejam situados fora do catálogo formal.

18. Entendendo que a comunidade jurídica possui condições de influir na delimitação do que sejam os preceitos fundamentais, a despeito de caber ao STF a fixação destes em suas decisões, oferta-se o seguinte rol: os princípios fundamentais expressos nos artigos 1º e 4º, ganhando preponderância aqui o princípio da dignidade da pessoa humana; os direitos e garantias fundamentais do art. 5º e aqueles direitos declarados fundamentais pelos dispositivos dos parágrafos 2º e 3º desse mesmo artigo; as cláusulas pétreas do parágrafo 4º do art. 60; as cláusulas pétreas implícitas – a vedação de se modificar o titular do poder constituinte originário, do poder constituinte reformador e a impossibilidade de mudança no processo constitucional de emendas à Constituição; os princípios constitucionais sensíveis; as violações à reserva legal e constitucional; os direitos sociais; as garantias institucionais; e todos os princípios decorrentes e resguardadores dos elencados anteriormente. Em suma, todos os direitos que compõem todas as dimensões dos direitos fundamentais. Essas normas asseguram, em última análise, os direitos inerentes ao ser humano. A referibilidade ao ser humano como fim último do Estado é o aspecto principal da ADPF.

19. As normas jurídicas, os princípios e as regras jurídicas, são o fruto, o resultado da atividade interpretativa. Essas espécies normativas podem necessitar de uma maior ou menor intervenção do intérprete na fixação do seu conteúdo, tendo em vista a indeterminação do enunciado ou a permissão existente neste para que o intérprete preencha o seu conteúdo. A norma, portanto, é construída pelo intérprete.

20. As normas de conduta estão voltadas para a regulação das relações intersubjetivas. As normas de estrutura, por outro lado, dispõem sobre órgãos, procedimentos e estatuem de que modo as regras devem ser criadas, transformadas ou expulsas do sistema.

21. As normas de direitos fundamentais e, por que não, as normas de preceitos fundamentais, apresentam o duplice caráter, normas de conduta, pelo fato de regularem as relações intersubjetivas, volvendo ao seu viés de direito subjetivo, e como normas de estrutura, por condicionarem a edição de outras normas, o seu viés de direito objetivo.

22. No caráter de normas de estrutura, as normas de direitos fundamentais, objetos de sindicabilidade da ADPF, acabam por determinar o conteúdo material e formal de outras normas, decorrência do seu caráter sistêmico e conformador da ordem jurídica.

23. Os princípios, em especial os fundamentais, apresentam caráter normativo pelo fato de vincularem, obrigarem e possuírem eficácia positiva e negativa sobre os comportamentos públicos e privados, bem como sobre a interpretação e aplicação de outras normas. Eles são normativos, também, pelo fato de possuírem a estrutura proposicional normativa completa, hipótese>incidência, suporte fático>preceito, que, quando desrespeitada, gera a aplicação de sanções, dentre as quais se avoluma a declaração de inconstitucionalidade, ou, no caso do presente estudo, o ataque por meio de ADPF.

24. As normas de direito fundamental (espécies do gênero preceitos fundamentais) são aquelas que se encontram expressas nos enunciados da Constituição. Elas devem possuir uma relação de sintonia com a Constituição e apresentar uma fundamentação iusfundamental correta. Elas são conformadas pela realidade social e pelo programa normativo, orientadas que estão pelo reconhecimento e garantia das normas fundamentais. Elas condicionam e são condicionadas pela realidade.

25. Os direitos fundamentais, em sua vertente subjetiva, apresentam-se como direitos de se exigir prestação e abstenção do Estado. Na seara eficaz, destaca-se também o seu caráter protetivo. Nessa perspectiva, legitimam alguém a exigí-los.

26. Os direitos fundamentais, numa vertente objetiva, são dirigidos à manutenção da ordem jurídica. Essa perspectiva agrega um reforço de juridicidade aos direitos fundamentais. Eles passam a servir como parâmetro para o controle de leis e demais atos normativos estatais. São norte para a constituição de organizações estatais e para o estabelecimento de procedimentos. São garantias institucionais que representam obrigações positivas e negativas, passíveis de sindicabilidade por meio da ADPF.

27. A aplicabilidade dos direitos fundamentais, dada a sua peculiaridade, deve estar ligada aos postulados da: ponderação de bens - buscando uma avaliação dos bens envolvidos; concordância prática – que prega a realização máxima dos valores envolvidos; a proibição do

excesso – que veda a aplicação de normas de uma forma em que se retire a sua eficácia; igualdade – vinculado às condições específicas dos envolvidos; razoabilidade – o qual prega, em suma, a essencialidade da relação entre a norma e o caso concreto; e o postulado da proporcionalidade – composto por seus elementos: adequação entre o meio e o fim; necessidade; e proporcionalidade em sentido estrito – relação entre o meio e o fim, ou seja, geração de mais benesses do que prejuízos.

28. A aplicabilidade é consequência da norma que tem a capacidade de produzir efeitos jurídicos. A individualização das normas, mormente nas hipóteses de preceitos fundamentais, é identificada como concretização. A lei é aplicada pela interpretação (concretização) e só pode sofrer esse processo se estiver apta para incidir. Deve-se verificar, por este procedimento, se as normas estão vigentes, se são legítimas, se são válidas e se têm eficácia.

29. A aplicação do direito só faz incidir a norma se o ato humano de aplicação compuser o suporte fático, como é o caso das normas de direitos fundamentais (espécies do gênero preceitos fundamentais), dotadas de grande conteúdo axiológico. Nelas, o intérprete ganha preponderância na determinação do conteúdo, na adequação dos comandos, mesmo que indeterminados. A incidência, nesses casos, decorre da aplicabilidade, a qual deve se conformar com o sistema jurídico, com os valores sociais e com os valores fundamentais da juridicidade (paz social, bem comum, justiça, ordem e segurança). Nessas normas, o intérprete implementa a incidência e as faz eficazes.

30. A subsunção diante dos direitos fundamentais se apresenta insuficiente, haja vista a necessidade de proceder a valorações, como se faz, também, no caso de se apreciar as significações dos conceitos jurídicos indeterminados. Estes conceitos são dotados de forte viés fático e histórico, postos que estão no sistema jurídico para acompanhar a evolução da sociedade.

31. Se apresenta a propriedade da teoria da concretização constitucional na aplicação dos direitos fundamentais e dos preceitos fundamentais pelo fato da simples subsunção não se mostrar suficiente. O método de concretização se configura como um interpretar criativo onde a norma é aplicada dentro da moldura normativa e de acordo com as peculiaridades do caso, de acordo com a realidade.

32. Os direitos fundamentais devem ter sua interpretação voltada à extração do sentido que lhes dê a maior eficácia possível, já que essa medida é determinada pelo art. 5º, parágrafo 1º, da Lei Fundamental. Essa disposição é considerada um dos esteios da fundamentalidade formal dos direitos fundamentais. Desta forma, em se negando este aspecto, estar-se-ia negando a sua própria fundamentalidade. A interpretação restritiva, nesses casos, é exceção à regra, sendo adotada nas hipóteses em que o texto constitucional assim dispuser.

33. As normas programáticas e normas que tratam de direitos sociais têm eficácia imediata por serem direito positivo, dotado de força vinculante, sendo despidendo considerá-las meros programas, mormente, em hipóteses onde a dignidade da pessoa humana esteja sendo negada ou não recebendo proteção adequada. Essas normas são direitos objetivos e subjetivos passíveis de sindicabilidade plena por meio da ADPF.

34. Dado o forte caráter normativo dos direitos fundamentais (espécies de preceitos fundamentais), o seu descumprimento têm o condão de gerar no plano da validade os efeitos: indenizativo, de reparação; caducificante, de perda de direito; invalidante – decorrendo a nulidade ou anulabilidade. No plano da eficácia, o efeito principal é o da ineficácia do ato questionado. Este efeito é geralmente decorrente do controle de constitucionalidade processado no STF. Além desses efeitos, o seu descumprimento pode levar à desconstitucionalização do Estado, isto num enfoque jurídico, e a sua deslegitimação, isto de um ponto de vista político. Assim, em persistindo a restritividade e ineficacização dos direitos e preceitos fundamentais pelo STF, pode-se vislumbrar uma situação de crise na estrutura do ordenamento jurídico nacional.

35. A dignidade da pessoa humana, em sua evolução histórica, desenvolveu suas bases no sentido de representar garantias negativas e positivas dos seres humanos em face do Estado, com vistas a assegurar a liberdade e a autonomia do indivíduo considerado em abstrato. Ela está embasada na vedação de se utilizar o homem como um instrumento. O homem é o fim de tudo, é o fim pelo qual o Estado deve pautar sua atividade, sob pena de deslegitimação.

36. Dentro do aspecto da moralidade democrática, o princípio da dignidade da pessoa humana se apresenta como um dos caracteres da democracia, uma cláusula de abertura que assegura a

todos os indivíduos a mesma consideração e respeito. Ele se apresenta como base e legitimação do Estado e do sistema jurídico. É um espaço de integridade moral movido pela defesa dos valores do espírito e das condições materiais de subsistência, donde surge seu núcleo material elementar composto pelo princípio do mínimo existencial.

37. O mínimo existencial, ou mínimo vital, núcleo elementar do princípio da dignidade da pessoa humana, é entendido como um conjunto de utilidades básicas para a subsistência física e indispensáveis para o desfrute da liberdade dos seres humanos, confirmando-se como um verdadeiro direito subjetivo e objetivo a prestações negativas (abstenção) e positivas do Estado. Seu elemento instrumental é o acesso à justiça, indispensável para que se exija e se tenha a eficácia dos direitos fundamentais.

38. O princípio da dignidade da pessoa humana busca proteger, em suma, a liberdade humana, utilizando de uma plêiade de direitos fundamentais como instrumentos para atingir sua finalidade.

39. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, enquanto fundamento de nosso Estado Democrático de Direito, ganha importância como núcleo essencial da nossa Constituição formal e material, decorrendo disto o seu caráter de finalidade precípua e conformadora da atividade estatal. Ele se apresenta como um fim, não como um meio do Estado.

40. O princípio da dignidade da pessoa humana transparece sua faceta normativa quando incide em defesa do mínimo existencial, seu núcleo material. É a partir da compreensão da dignidade de maneira concreta e individualizada, referida ao indivíduo, que ele é objeto de proteção constitucional, munindo-se da aplicabilidade imediata e da eficácia plena das normas de direitos fundamentais. O seu caráter normativo reforça a sua importância como objeto de sindicabilidade por meio da ADPF.

41. O princípio da dignidade da pessoa humana, como conteúdo concreto, oferta uma dúbia dimensão. A primeira delas é a defensiva, ou seja, a de proteção diante do Estado e dos demais particulares. A segunda é a prestacional (assistência), por meio da qual o Estado é movido a fornecer meios para que se garanta o mínimo existencial ao cidadão. Essas duas

perspectivas são vislumbradas na dignidade direito subjetivo, a que tolhe violações e exige implementações, e na dignidade direito objetivo, onde se tolhem normas ilegais e se exige um ordenamento voltado à implementação de mencionado princípio.

42. Os direitos sociais, enquanto elementos de concretização do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida, são dotados de justiciabilidade na dimensão negativa, ou seja, de proteção, e na dimensão positiva, de prestações do poder público.

43. O princípio da dignidade da pessoa humana, no que se refere à sua função de legitimação ética da Constituição, é tido como a causa e finalidade última de toda a organização política, motivo pelo qual é baliza para a feitura de todos os atos estatais e privados. O Estado é um instrumento voltado para a valorização do homem, motivo pelo qual, em assim não atuando, estará dando ensejo ao manuseio da garantia da constituição representada pela ADPF.

44. No que reporta à função negativa da dignidade da pessoa humana, referido princípio se assumo como limite à atuação estatal, sob pena de invalidade e perda da eficácia dos atos incompatíveis com o mesmo. É função que barra o retrocesso, ou seja, reduções no núcleo essencial dos direitos fundamentais.

45. No espectro positivo, o mesmo enseja determinações dirigidas ao Estado para que este exerça prestações positivas tendentes a garantir o mínimo existencial em seu território, ou seja, o acesso à alimentação, à educação básica, à moradia etc.

46. Em seu aspecto integrativo, o princípio da dignidade da pessoa humana tem o condão de reconhecer direitos fundamentais atípicos. Esse aspecto do princípio da dignidade da pessoa humana tem especial importância na conformação dos direitos fundamentais, os parâmetros de controle da ADPF.

47. Em sua função hermenêutica, o princípio da dignidade da pessoa humana se revela como uma diretriz para a interpretação do ordenamento jurídico. Ele serve como parâmetro para a aplicação, interpretação e integração do ordenamento como um todo. O princípio da dignidade da pessoa humana, assim, apresenta-se como importante instrumento de

sindicabilidade pela ADPF, dada a relevância que têm em nosso ordenamento. Isso já ocorreu e vem ocorrendo, como se constata nas ADPFs 14/DF, 45/DF e 54/DF.

48. A legitimidade é atributo do Estado que consiste na presença, em uma parcela significativa da população, de um grau de consenso capaz de assegurar a obediência sem fazer recurso da força. A questão do consenso sem o uso de força é a coluna do termômetro para se verificar a legitimidade ou não de uma ordem estatal.

49. O conceito de povo é dado normativo. Ele não se identifica tão só com o povo titular de direitos eleitorais. Vai mais além, ele representa uma instância de atribuição global de legitimidade, transcendendo a concepção de cidadãos, daqueles titulares de direitos de nacionalidade. Todos os destinatários dos textos normativos devem ser compreendidos como povo. Esse povo, também, deve ser entendido como titular de prestações civilizatórias por parte do Estado e como participante da opinião pública política internacional. São essas as quatro concepções mínimas de povo que devem estar compreendidas em um dado ordenamento constitucional, de forma a se identificar o pólo de legitimação do Estado.

50. A relação entre povo e legitimidade é processada pela noção de poder constituinte. Essa noção representa, no aspecto material, um critério de aferição perdurante no tempo e fundamentador da legitimidade da Constituição. O poder constituinte não é exercido pessoalmente pelo povo, mas de maneira implícita pela não-revolução, não-resistência e participação nas eleições e votações. Esse poder está posto numa ordenação interna, limitando a elaboração de regras jurídicas, de sentenças e atos administrativos, tendo como produto a Constituição.

51. O poder constituinte está ligado ao poder estatal, um poder amplo que está nas mãos do povo. Esse mesmo poder é a fonte de existência do Estado. O poder estatal é fonte e o poder constituinte produto. É isso que possibilita o cancelamento do poder constituinte pelo poder estatal.

52. O padrão legitimatório do Poder Estatal é elemento essencial para se conferir uma interpretação realista da ADPF tanto no aspecto dos legitimados como no aspecto da conformação do princípio da subsidiariedade. A força vinculante deste poder sobre o poder

constituente é um dos fundamentos principais para se defender o acesso da população à jurisdição concentrada do STF por meio da ADPF.

53. O povo, entendido em seu sentido plural, é ponto de partida de legitimação e instância perante a qual o poder constituinte deve se responsabilizar permanentemente dentro dos lindes normativos.

54. A responsabilização do poder constituinte em face do povo consiste em preservar as instituições e as figuras jurídicas fundamentais. Nos demais poderes, essa responsabilidade consiste em cumprir as exigências carreadas pelo poder constituinte.

55. O cumprimento das exigências do poder constituinte no caso da ADPF está no esclarecimento dos conceitos indeterminados e pontos obscuros carreados em sua sistemática. Essa tarefa compete ao STF, o qual deve proceder à interpretação ótima do rol de legitimados e do princípio da subsidiariedade para que esta ação atinja a sua máxima eficácia. Nessa atividade, ele deve se pautar pelos valores consensuais vigentes da sociedade civil, é esse um dos limites que se lhe impõe.

56. O Estado, numa perspectiva legitimatória ampla, deve carecer de conseqüências materiais e processualistas para implementar as orientações do poder constituinte, não deixando de lado a necessária vinculação que este tem com o poder estatal, o poder do povo. Os textos das normas constitucionais se legitimam na práxis quando conformes com os princípios da família constitucional.

57. A legalidade, na compreensão do poder constituinte, se afigura como procedimento democrático da Constituição. Em situações de exceção, ela se apresenta como legalidade da legitimidade. Em situações normais, ela está ligada à legitimidade, pois esta legitima a legalidade na medida em que o ordenamento se oriente conforme o programa normativo constitucional.

58. O poder constituinte, dado seu caráter efêmero, deve sintetizar os valores da comunidade social, onde a sua perduração só pode decorrer de sua adequação à sua fonte - o poder estatal, o poder do povo.

59. O direito, movido pelo atendimento das orientações do poder constituinte, ganha caráter de política pública. Ele passa a ser instrumento de realização dos fins sociais. Essa concepção acaba por resultar numa nova compreensão da norma jurídica, uma compreensão de instrumento de legitimação do Estado.

60. As noções de direito pressuposto e posto de Eros Roberto Grau, no que importa à legitimação estatal, têm aspectos análogos à pré-compreensão e ao programa normativo, respectivamente, da teoria da concretização de Müller. Na concepção pré(suposto/compreensão), o direito está ligado a dados prévios extraídos da realidade e que situam e conformam o discurso lingüístico. O direito posto ou programa normativo seria a moldura pela qual o jurista pautaria a sua conduta, sob pena de se incorrer em ativismo judicial.

61. A teoria da sociedade aberta dos intérpretes se apresenta como um importante meio para a legitimação do Estado perante o cidadão. O seu aspecto positivo é o de imiscuir a realidade social na interpretação, o de aproximar o povo do texto constitucional como forma de dar mais legitimidade a este. As normas de decisão, nessa teoria, padecem dos influxos da realidade, da interpretação efetuada pelo povo, donde emerge o seu caráter legitimatório. Os influxos da sociedade se apresentam como limites para o processo decisório.

62. Numa república substancialista como a brasileira, dada a inércia do executivo e do legislativo, compete ao judiciário, dotado que esta da atribuição de guardião da Constituição no controle concentrado e difuso, uma função ativa de implementação dos direitos fundamentais e de vigilância jurídica sobre o processo político de concretização da Constituição. Essa vigilância deve incidir sobre o respeito aos limites impostos pelos direitos fundamentais às decisões processadas pelos poderes. O judiciário, então, apresenta-se como garante e implementador dos valores positivados. O que motiva essa perspectiva é a mudança da concepção do Estado, voltado que está para a realização dos direitos fundamentais.

63. A postura ativa do judiciário encontra limites na moldura normativa e na realidade, aspectos que ganham relevância na aplicabilidade e dos preceitos fundamentais, mormente, quando entendidos como objetos de sindicabilidade por meio da ADPF.

64. Na tarefa de concretização e implementação da Constituição, o judiciário é dotado de atividade legislativa negativa, de não aplicar determinada norma ao caso, tendo em vista a existência de normas superiores que condicionam a sua aplicação. O judiciário, nesses casos, não inova, ele adapta o que já está posto.

65. O judiciário apresenta natureza democrática na criação do direito quando tutela os direitos fundamentais pela jurisdição constitucional, num esforço de legitimação do Estado, e quando a jurisdição constitucional determina os conteúdos do texto constitucional em consonância com a realidade e ponderando melhor o caso, podendo abarcar as vontades da maioria e das minorias.

66. A legitimidade das decisões judiciais é orientada pela obrigação imposta aos juízes e aos tribunais no sentido de motivar e publicar as suas decisões. Outro fator de legitimação é a proximidade do magistrado dos dados concretos, de maneira a proceder às adequações necessárias tanto em sede difusa como concentrada.

67. No processo de legitimação das decisões judiciais, o discurso de aplicação deve ser complementado pelo discurso da justificação e imparcialidade, desde que adstritos ao texto normativo, o qual vai permitir ou não maior criatividade na determinação da norma concreta e até mesmo da geral. Na decisão deve estar presente o sentimento de justiça e a idéia cientificamente trabalhada que se instrumentalista na força estatal.

68. Os tribunais e juízes são dotados de função criativa do direito pela abertura apresentada pelas normas de direitos fundamentais. A eles cabe o preenchimento dos preceitos, conceitos vagos e valores positivados na Constituição, com vistas a sua máxima eficácia.

69. A função criativa dos tribunais deve estar vinculada às regras constitucionais para que não ocorra o decisicismo e a arbitrariedade. Esta função, portanto, deve estar ligada à contextualização do enunciado normativo. Deve-se evitar a informalização do direito, de sorte a colocar a autonomia do sujeito em descrédito diante da autonomia dos sistemas funcionais – a intervenção casuística estatal. O judiciário não pode abarcar todas as matérias sem que a norma assim o permita, sob pena de aumentar o poder de sanção e coerção estatal sem

legitimidade para tanto, o que representaria arbitrariedade, vedada no sistema constitucional. Esses são os limites que devem correr ao lado da interpretação dos dispositivos referentes à ADPF.

70. O princípio do acesso à Justiça vem como um meio para que a criação judicial do direito, tão importante numa república substancialista como a brasileira, possa equilibrar o jogo das funções estatais, dando maior agilidade à solução dos problemas. A jurisdição constitucional, nesse passo, ganha feições de espaço público de discussão democrática sobre questões de natureza constitucional, é um direito fundamental de participação política. Esse princípio justifica uma legitimação ampla em sede de ADPF para que os preceitos fundamentais sejam resolvidos a contento.

71. O conceito de preceito fundamental, o princípio da subsidiariedade e o âmbito de legitimados da ADPF tornam-se, pela vagueza e ambigüidade que apresentam, conceitos jurídicos indeterminados, sendo pleno seu controle em sede judicial.

72. Compete ao Supremo delimitar em conjunto com a comunidade jurídica a noção de preceito fundamental, do princípio da subsidiariedade e do rol de legitimados em sede de ADPF, dotado que está da jurisdição constitucional. Esta jurisdição constitucional, importa frisar, representa a soberania popular no que concerne à garantia final dos bens e valores essenciais reconhecidos pelo poder constituinte e consolidados nos princípios e direitos fundamentais.

73. A Lei nº 9.882/99 se apresenta como lei complementar comum, lei ordinária que visa à aplicação dos demais dispositivos constitucionais e que não pode mudar o sentido da Constituição. Ela não vai de encontro ao sentido da Constituição, um de seus limites, uma vez que desenvolve seus valores plenamente, não os faz atuar pela metade. Essa assertiva decorre do fato de o poder emanar do povo e da aplicabilidade imediata das normas que tratam de direitos fundamentais. A ADPF, assim, deve ter esse reforço interpretativo pelo fato de ser instrumento apto a garantir a eficácia dos preceitos fundamentais, uma ação que se caracteriza como garantia da constituição nos dizeres de Canotilho.

74. O STF se apresenta como tribunal constitucional pelo fato de defender a supremacia da constituição e ofertar decisões que limitam ou determinam o âmbito de atuação do Estado, decisões tipicamente governamentais, e que são adequadas se: i) justificadas suas valorações; ii) não forem arbitrárias; e iii) os programas normativos iusfundamentais e a realidade forem respeitados.

75. Dentro das concepções lingüísticas, as coisas do mundo só existem se compreendidas e interpretadas. A interpretação, assim, destaca-se como uma atividade de criação do ser. O mundo só será mundo se ele for nominado como tal, se lhe for dado o sentido como mundo, não querendo dizer que as coisas que não sejam nomeadas irão desaparecer, elas simplesmente não serão compreendidas. Essa compreensão geradora do ser decorre da interpretação, cuja atividade prescinde de uma pré-compreensão, um fundamento inicial de compreensão que poderá se alterar com a abertura do ser para as possibilidades, para a história. A linguagem é o limite para o agir e existir humano, é a casa do ser, do real. A linguagem é uma condição de possibilidade construtora do mundo.

76. Interpretar, dentro das concepções lingüísticas, é criar historicamente um sentido. O intérprete deve ter consciência da historicidade e faticidade da aplicação do direito, de sua função social hodierna. A Constituição, nessa perspectiva, é resultado da interpretação, a qual prescinde de uma compreensão prévia.

77. A norma é resultado da atribuição de sentido que o intérprete processa com relação ao texto dentro da tradição em que está inserido e a partir de seus pré-juízos. É um processo de construção. A norma é um texto aplicado/concretizado que tem como limites o programa normativo, no caso deste trabalho, o programa normativo iusfundamental.

78. A interpretação da Constituição deve ser entendida como concretização, um interpretar com acréscimo, onde se busca o sentido da proposição normativa dentro das condições reais dominantes, respeitado o programa normativo. A concretização constitucional prescinde de uma pré-compreensão, formulação abstrata de uma idéia sobre o seu conteúdo e limites, pela qual o intérprete busca a solução do caso concreto através da ponderação dos métodos clássicos de interpretação e princípios de interpretação constitucional. A pré-compreensão se apresenta como uma fase inicial para aproximar o real do normado.

79. A concretização constitucional se apresenta como método destinado a garantir a eficácia da Constituição. Ele decorre da estrutura aberta e principiológica da norma constitucional e do caráter histórico e realístico do compreender.

80. O método de concretização se afasta da tópica pelo fato de primar pela preponderância da norma sobre o problema, quando naquela teoria se dá o inverso.

81. A concretização da Constituição deve se dar nas hipóteses onde o enunciado normativo não se apresenta apto plenamente a regular a situação, onde existam indeterminação ou abertura que possibilitem a complementação de seu conteúdo. Nela se destacam os aspectos semânticos da linguagem jurídica. Ela busca tornar a Constituição efetiva.

82. O procedimento de concretização está voltado para a edição de normas de decisão e tem como pautas o Estado de Direito e a Democracia, de maneira a preservar a legitimidade do Estado.

83. A normatividade, dentro do procedimento de concretização, deve ser produzida por meio do trabalho jurídico. Ela resulta da interpretação de dados lingüísticos (programa da norma) e do conjunto de dados reais em conformidade com o programa da norma (âmbito da norma). A norma do caso concreto e a norma aparentemente genérica e abstrata serão construídas a partir do caso. Essas normas influenciam a realidade e são influenciadas por esta mesma realidade. O texto da norma não contém normatividade estrutural material concreta, ela precisa ser mediada pelos aparatos estatais de aplicação do direito. Portanto, a normatividade resulta da decisão do caso jurídico, resultado final, ou da fixação de uma norma dentro da moldura normativa, resultado intermediário. A norma decisória, assim, representa a fase final desse procedimento (local da normatividade), vai ser o resultado das fases anteriores.

84. Dentre os elementos auxiliares da concretização constitucional, é de se constatar que na ADPF os elementos gramatical e histórico têm grande importância, porquanto a Lei nº 9.882/99 (Lei que regula a ADPF), no inciso II, de seu art. 2º, tratava da legitimação ampla para o manuseio dessa ação constitucional, o que foi vetado pelo executivo. Contudo, persistem nesta norma de complementação da Constituição incongruências, dada a ilogicidade

que se instaurou pelo veto do executivo, o que permite antever uma ADPF incidental com base no inciso I do art. 1º, c/c o parágrafo 3º do art. 5º da mencionada Lei. No viés sistemático, carrega-se o parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal, tratando do fato de o poder emanar do povo, seu verdadeiro fim, o que permite interpretação no sentido de conferir legitimidade ampla para o manuseio da ADPF. Vê-se, ademais, a conformação com o princípio da praticabilidade pelo fato da necessidade de implementação dos direitos fundamentais pelo poder judiciário numa república substancialista como a brasileira, haja vista a inoperância dos Poderes Executivo e Legislativo. No que se refere à força normativa da Constituição, a garantia de eficácia e efetividade aos direitos fundamentais processada por uma legitimação ampla na defesa de direitos subjetivos em sede de ADPF, por si só, faz implementar em grau máximo esse princípio. O elemento da axiomatizabilidade do direito se adequa perfeitamente à ADPF, porquanto a mesma trata dos valores objetivos da Constituição Federal. No que pertine aos elementos do âmbito da norma e programa da norma, vê-se a conformação legitimatória e garantidora de eficácia da ADPF, tendo em vista as premissas anteriormente aduzidas. Dentro do aspecto dogmático é de se declinar a opção por corrente doutrinária assentada em fundadas premissas que sinalizam para uma legitimação ampla e numa modificação da interpretação do princípio da subsidiariedade em sede de ADPF, o que tem motivado o STF, aqui e ali, a carrear novidades na abordagem dessa ação constitucional. Dentro dos elementos da teoria, vê-se a importância da teoria da concretização no sopesamento das diversas correntes que possam ter pontos de contato interessantes com a caracterização da ADPF como instrumento de concretização dos direitos fundamentais e legitimação do estado democrático de direito. Por fim, no que importa aos elementos da política constitucional, é de se destacar que o uso de filtros para a admissão de demandas, através do uso dos critérios da relevância e da transcendentalidade, terá o condão de preservar as já combalidas funções do STF. São esses os aspectos que justificam a legitimação ampla em sede de ADPF.

85. As dificuldades que se apresentam à teoria da concretização estão relacionadas à língua, ou seja, à pluralidade de significações. Essas questões, dentro da seara constitucional, podem ser resolvidas pelos elementos de concretização apresentados por Müller e pela adoção dos limites da interpretação - a ligação à realidade (ao caso concreto) e ao programa da norma.

86. O âmbito da norma, na teoria da concretização, compreende o conjunto de características fáticas trazidas a esse procedimento e já detalhas à luz do programa da norma. Ele trata de um conjunto de elementos estruturais retirados da realidade social que fundamentam a normatividade. O âmbito da norma se apresenta, então, como componente da hipótese normativa. É, em suma, o recorte da realidade procedido pelo programa da norma.

87. O programa da norma indica os dados lingüísticos (também técnicos) normativamente relevantes. Ele faz a mediação entre o conjunto de matérias (de fatos) e o âmbito da norma. Esse elemento é essencial para se apreciar a conformação da ADPF.

88. A ADPF, em sua modalidade autônoma, representa controle de constitucionalidade objetivo em face de atos do poder público, normativos ou não, que violem os preceitos fundamentais. Ela busca recompor a ordem jurídica.

89. A ADPF, em sua modalidade incidental, pressupõe processo anterior (submetido ao crivo de tribunal ou juízo) envolvendo questões relacionadas à violação por leis ou atos normativos do poder público de preceitos fundamentais, desde que demonstrada a relevância da temática debatida. Nessa modalidade, ela admite a suspensão da jurisdição ordinária até que seja decidida a questão prejudicial, quando os autos retornarão à origem. Ela se apresenta, assim, como instrumento de tutela objetiva de direitos subjetivos fundamentais, uma verdadeira subjetivação do controle concentrado. Nesse escopo, a ADPF tem a capacidade de legitimar o Estado, permitindo que qualquer do povo possa controlar objetivamente o conceito de preceito fundamental, além de dar máxima amplitude ao princípio do acesso à justiça.

90. A legitimação ampla de qualquer do povo na ADPF incidental deve ter por limites a apreciação originária em processo judicial e a controvérsia sobre questão constitucional relevante que envolva preceito fundamental violado *por lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição de 1988*.

91. A relevância da questão se apresenta como um dos principais filtros de ADPFs, porquanto está ligada à importância nacional da discussão, à sua transcendência, ou seja, ao seu trânsito por diversos entes da federação, demonstrando uma necessidade premente de padronização. A

relevância deve ser aferida como importante instrumento para se acabar com a insegurança jurídica, devendo prevalecer quando cotejada com o princípio da subsidiariedade.

92. As posições restritivas da legitimação ampla em sede de ADPF descuram do controle subjetivo processado por sua modalidade incidental, justificando, illogicamente, a legitimação do controle concentrado numa ação de forte viés difuso, ou ao menos, de subjetivação do controle objetivo.

93. Impróprio é o uso da via incidental indireta da ADPF, por representação ao Procurador Geral da República, uma vez que o direito de petição resguarda essa possibilidade a qualquer um, na forma do art. 5º, XXXIV, alínea a, da Constituição Federal.

94. O viés de subjetivação do controle objetivo processado pela ADPF, principalmente na seara dos direitos fundamentais, encontra base no parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal, no caráter substancial da República federativa brasileira e na alteração da função do Poder Judiciário, uma função de garante e implementador dos direitos e preceitos fundamentais. Todos esses elementos servem para conformar um programa normativo de garantia e implementação dos direitos fundamentais, com vistas a preservar a legitimidade e a substância da Constituição, aperfeiçoando um âmbito normativo de máxima eficácia do direito constitucional.

95. O princípio da subsidiariedade se apresenta como pressuposto negativo de admissibilidade em sede de ADPF. Ele deve ser orientado para garantir a máxima eficácia dos preceitos fundamentais, estando a sua aplicação a depender da inexistência de outros meios, quaisquer meios do controle difuso e concentrado, que resolvam com propriedade e no menor tempo possível os pleitos de caráter subjetivo e/ou objetivo. Isso é o que se entende pelo programa normativo do princípio da subsidiariedade a orientar seu âmbito normativo na direção de defender objetivamente a constituição e subjetivar o controle objetivo de constitucionalidade.

96. A ADPF, na conformação exposta, só pode ser entendida como uma garantia da Constituição, de forma a assegurar a observância, aplicação e estabilidade da lei fundamental. Ela garante a existência da Constituição através de um viés subjetivador do controle objetivo.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002.

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tradução de Luís Afonso Heck. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 217, jul./set. 1999.

_____. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALVES, Alaôr Caffé. **Lógica**: pensamento formal e argumentação: elementos para o discurso jurídico. 3 ed., São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 378-382.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 3 ed., Livraria Almedina: Coimbra, 2004.

APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. **O direito**: introdução e teoria geral – uma perspectiva luso-brasileira. 9 ed., rev., Livraria Almedina: Coimbra, 1995.

ATALIBA, Geraldo. **República e constituição**. Atualizada por Rosalvo Miranda Folgosi. 2 ed., 3 tir., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 169-187.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 4 ed. rev., São Paulo: Malheiros, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos direitos fundamentais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROS, Sérgio Resende. O nó górdio do sistema misto, *in*: o mesmo; ROTHENBURG, Walter Claudius (coords). **Argüição de descumprimento de preceito fundamental**: análises à luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001, p. 180-197.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo), *in*: GRAU, Eros Roberto (coord); CUNHA, Sérgio Sérulo da (coord). **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 1-48.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6 ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro; SOUZA, Alexis Galilás. A argüição de descumprimento de preceito fundamental e a advocatória. **Revista jurídica virtual da Casa Civil**, Brasília, v. 1, n. 8, jan. 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_08/arg_descump_Celso.htm. Acesso em: 10 ago. 2006.

BERNARDES, Juliano Taveira. Argüição de descumprimento de preceito fundamental. **Revista jurídica virtual da Casa Civil**, Brasília, v. 1, n. 8, jan. 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_08/arg_descump_Juliano.htm. Acesso em: 10 ago. 2006.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Tradução de Carmen C. Varriale. 4 ed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1992.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, Brasília/São Paulo: Editora UNB/Polis, 1990.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 14 ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. O poder judiciário e o parágrafo único do art. 1º da constituição do Brasil. *in*: GRAU, Eros Roberto (coord); CUNHA, Sérgio Sérvulo da (coord). **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 67-88.

_____. **Teoria constitucional da democracia participativa**. 2 ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6 ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3 ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

_____. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

_____. **Juízes Legisladores**. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

CLÉVE, Clémerson Mérlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. O controle de constitucionalidade e a efetividade dos direitos fundamentais, *in*: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 385-393.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. Arguição de descumprimento de preceito fundamental, *in*: DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). **Ações Constitucionais**. Salvador: Juspodivm, 2006, p. 429-522.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. Jurisdição constitucional: ação e processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 90, v. 783, jan. 2001, p. 115-133.

DANTAS, Ivo. **O valor da constituição**: do controle de constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional. 2 ed. rev. e aum., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, Cap. VII, p. 255-302.

DIAS, Carlos. Análise: Cuba comemora ascensão de novos governos de esquerda na AL. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 3 mar. 2005. Mundo. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u81315.shtml>. Acesso em: 14 out. 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução de João Batista Machado, 7 ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Estudos de filosofia do direito**: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. 2 ed., São Paulo: Atlas, 2003, Cap. I, p. 15-70.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes, 1997, Prefácio, p. 13-28, e Segunda Parte, p. 273-556.

GALINDO, Bruno. **Direitos Fundamentais**: análise de sua concretização constitucional. Curitiba: Juruá, 2004.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GONÇALVES, J. A. Lima. **Isonomia da norma tributária**. Coleção Estudos de Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 1993.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 2 ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

_____ (coord) e CUNHA, Sérgio Sérvulo da.(coord). **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **O Direito posto e o direito pressuposto**. 3 ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1997.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução de Márcia de Sá Cavalcante. 6 ed., Petrópolis: Vozes, 1997, Quinto Capítulo, p. 184-242.

HERKENHOFF, João Batista. **Como aplicar o direito**. 4 ed. rev. atual., Rio de Janeiro: Forense, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991.

HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Tradução de Pedro Cruz Villalon. 2 ed., Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

HILSENBECK FILHO, Alexander Maximilian. Governos de “esquerda” e movimentos sociais na América latina: entre a cooptação e a construção de uma democracia autônoma. **Revista Espaço Acadêmico**, São Paulo, ano VI, n. 62, jul. 2006. Disponível em: http://www.espaco_academico.com.br/062/62hilsenbeckfilho.htm. Acesso em: 14 de outubro de 2006.

IVO, Gabriel. **Constituição Estadual**: Competência para a elaboração do Estado-Membro. São Paulo: Max Limonad, 1997.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**, in: Os Pensadores – Kant (II), Tradução de Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1996.

KRELL, Andreas Joachin. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

_____. **Discricionariedade Administrativa e proteção ambiental**: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Judicialização da política e comissões parlamentares de inquérito: um problema da teoria constitucional da democracia. p. 217-240. *in*: SCAFF, Fernando Facury (org.). **Constitucionalizando direitos**: 15 anos da constituição brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 217-239.

LINS JÚNIOR, George Sarmiento. Pontes de Miranda e a teoria dos direitos fundamentais. **Revista do mestrado em direito da Universidade Federal de Alagoas**, ano I, nº 1, janeiro/dezembro de 2005, Maceió: Nossa Livraria, 2005, p. 17-90.

LOSANO, Mario G. Losano. **Introdução à edição italiana de o problema da justiça**. *in*: KELSEN, Hans. O problema da justiça. Tradução de Batista Machado. 2 ed, São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MAIA, Antonio Cavalcanti. Diversidade cultural, identidade nacional brasileira e patriotismo constitucional. **Seminário diversidade cultural brasileira**, Rio de Janeiro, [s.n]. Disponível em: <http://www.casaruibarbosa.gov.br/seminario/diversidadecultural/antonio.cavalcanti.pdf>. Acesso em: 14 out. 2006.

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.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. v. 4, t. III, 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

MAUS, Ingeborg. "Justiz als gesellschaftliche Über-Ich - Zur Funktion von Rechtsprechung in der 'vaterlosen' Gesellschaft", *in* Werner Faulstich e Gunter Grimm (orgs.): *Sturz der Götter*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1989, 1 ed., p. 121-149. Tradução de Martonio Mont'Alverne Barreto Lima e Paulo Antonio de Menezes Albuquerque. Recife: [s.n.], [ca. 2000].

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**. Atualizada e compl. por Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Cláudio Ari. **Democracia constitucional e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 12 ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Nota sobre o caráter normativo dos princípios**. Texto apresentado no curso de Mestrado em Fundamentos Constitucionais dos Direitos. Maceió: Universidade Federal de Alagoas, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. Argüição de descumprimento de preceito fundamental: parâmetro de controle e objeto, *in*: TAVARES, André; ROTHENBURG, Walter Claudius (coords). **Argüição de descumprimento de preceito fundamental**: análises à luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001, p. 128-149.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. Tomo I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

_____. **Comentários à Constituição de 1967**. Tomo IV, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

_____. **Comentários à Constituição de 1969**. Tomo I, 1970, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Democracia, liberdade e igualdade**: os três caminhos. Atualizador Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2002.

_____. Poder Estatal. Poder Constituinte. Poderes Constituídos. p. 13-18. **Revista Forense**. Vol. CV, ano XLIII, fascículo 511, janeiro 1946, Forense: Rio de Janeiro, 1946.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo II, 4 ed., Coimbra: Coimbra, 1998.

MORAES, Alexandre de. Comentários à Lei nº 9.882/99 – argüição de descumprimento de preceito fundamental, *in*: TAVARES, André; ROTHENBURG, Walter Claudius (coords). **Argüição de descumprimento de preceito fundamental**: análises à luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001, p. 15-37.

MORAIS, José Luis Bolzan de Moraes. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

MÜLLER, Friedrich. “Interpretação e concepções atuais dos direitos do homem”. Tradução Peter Naumann, **Anais da XV Conferência Nacional da OAB**, Foz do Iguaçu, 1995, p. 535-545.

_____. **Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo**. Tradução de Peter Naumann. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2004.

_____. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 3 ed. rev. e ampl., Renovar: Rio de Janeiro, 2005.

_____. Concretização da constituição. Tradução de Peter Naumann. *In*: MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 3 ed. rev. e ampl., Renovar: Rio de Janeiro, 2005, p. 121-152.

_____. Positivismo. Tradução de Peter Naumann. *In*: MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 3 ed. rev. e ampl., Renovar: Rio de Janeiro, 2005, p. 153-163.

_____. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Tradução de Peter Naumann. 2 ed., São Paulo: Max Limonad, 2000.

MÜLLER, Friedrich. Democracia e Exclusão Social em Face da Globalização. **Revista jurídica virtual da Casa Civil**, Brasília, v. 7, n. 72, maio 2005. Disponível em: http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/artigos/Friedrich_rev72.htm. Acesso em: 10 ago. 2006.

_____. Democracia e República. **Revista jurídica virtual da Casa Civil**, Brasília, v. 7, n. 77, fev./mar. 2006. Disponível em: http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_77/artigos/Muller-rev77.htm. Acesso em: 10 ago. 2006.

NABAIS, José Casalta. Algumas reflexões críticas sobre direitos fundamentais, *in*: VARELA, Antunes; AMARAL, Diogo de Freitas do; MIRANDA, Jorge; CANOTILHO, J.J. Gomes (orgs.). **Ab vno ad omnes: 75 anos da coimbra editora – 1920-1995**. Coimbra: Coimbra, 1998, p. 965-1004.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

OLIVEIRA, Fábio Cesar dos Santos. **Argüição de descumprimento de preceito fundamental**: comentários à lei nº 9.882, de 03/12/1999. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 1996, Parte I, p. 93-114, Parte II, p. 117-147 e 201-222, Parte III, p. 225-248.

PAGANELLA, Marco Aurélio. **A argüição de descumprimento de preceito fundamental no contexto do controle de constitucionalidade**. São Paulo: LTr, 2004.

PARDO, David Wilson de Abreu Pardo. **Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

PINHO, Judicael Sudário de. **Temas de direito constitucional e o Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Atlas, 2005.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade humana e moralidade democrática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Tradução de Marlene Holzhausen. Martins Fontes: São Paulo, 2004.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 7 ed. rev., São Paulo: Saraiva, 1975, v. 1, Capítulos XII, p. 159-176, XIII, p. 177-188, e XIV, p. 189-194.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 7 ed. rev., São Paulo: Saraiva, 1975, v. 2, Cap. XXXIV, p. 437-448.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 2 ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 1971.

REALE, G., ANTISERI, D. **História da Filosofia**: do Romantismo até nossos dias. São Paulo: Paulinas, 1991, v. 3.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Ação Afirmativa – O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**, Brasília, n. 131, p. 283-295, jul./set, 1996.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Argüição de descumprimento de preceito fundamental, *in*: TAVARES, André; o mesmo (coords). **Argüição de descumprimento de preceito fundamental**: análises à luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001, p. 198-236.

SALES, Gabrielle Bezerra. **Teoria da norma constitucional**. São Paulo: Manole, 2004.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**: retórica e historicidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5 ed. rev. atual. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3 ed. rev. atual. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000.

_____. Apontamentos sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental, *in*: TAVARES, André; ROTHENBURG, Walter Claudius (coords). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: análises à luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001, p. 85-108.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6 ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24 ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Atualizado por Geraldo Magela Alves e Nagib Slaib Filho. 15 ed., versão. 1.0, São Paulo: Forense, 1999, CD-ROM.

SMEND, Rudolf. **Constitucion y derecho constitucional**. Tradução de José Maria Beneyto Pérez. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1985.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. Processo Constitucional, democracia e direitos fundamentais, *in*: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 405-419.

SOBOTA, Katharina. "Don't Mention the Norm!". **International Journal for the Semiotics of Law**, IV/10, 1991, p. 45-60. Tradução de João Maurício Adeodato. Recife: [s.n.], [199-].

SOUTO, Cláudio; SOUTO, Solange. **Sociologia do Direito**: uma visão substantiva. 3 ed. rev. e aumentada, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, Cap. XII, p. 289-298.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5 ed. rev. e atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. Cap. 12.

_____. Os meios de acesso do cidadão à jurisdição constitucional, a argüição de descumprimento de preceito fundamental e a crise de efetividade da constituição. **Revista da Esmape**, Recife, v. 6, n. 13, p. 257-290, jan./jun 2001.

_____. **Verdade e consenso**: constituição hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

TAVARES, André Ramos. Argüição de descumprimento de preceito constitucional fundamental: aspectos essenciais do instituto na constituição e na lei, *in*: o mesmo; ROTHENBURG, Walter Claudius (coords). **Argüição de descumprimento de preceito fundamental**: análises à luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001, p. 38-76.

_____. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Tratado da Argüição de Preceito Fundamental**: Lei 9.868/99 e Lei 9.882/99. São Paulo: Saraiva, 2001.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 19 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Dilemas e desafios da proteção internacional dos direitos humanos, *in*: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de; *et alli* (orgs.). **Educando para os direitos humanos** – pautas pedagógicas para a cidadania na universidade. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 27-34.

USERA, Raúl Canosa. **Interpretacion Constitucional y Formula Política**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

VELLOSO, Zeno. **Controle de constitucionalidade**: atualizado conforme as Leis 9.868, de 11.10.1998 e 9.882, de 3.12.1999. 2 ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

_____. **Causalidade e relação no direito**. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. in: Os pensadores – vol. XLVI, Tradução de José Carlos Bruni. São Paulo: Abril Cultural, 1975.

_____. **Tractatus lógico-philosophicus**. Tradução de Isidoro Reguere e Jacobo Muñoz. Alianza Editorial: Madrid, 2005.

ANEXO A – Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999.

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 argüição de descumprimento de preceito fundamental, faltar algum dos requisitos prescritos nesta Lei ou for inepta.

§ 1º Não será admitida argüição 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 argüição 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 argüição 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 ensejarem 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 arguição 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 arguição 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

Texto publicado no D.O.U. de 6.12.1999.

ANEXO B – Mensagem de veto nº 1.807, de 3 de dezembro de 1999.

MENSAGEM Nº 1.807, DE 3 DE DEZEMBRO DE 1999.

Senhor Presidente do Senado Federal,

Comunico a Vossa Excelência que, nos termos do parágrafo 1º do artigo 66 da Constituição Federal, decidi vetar, parcialmente, o Projeto de Lei nº 17, de 1999 (nº 2.872/97 na Câmara dos Deputados), que "Dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal".

Decidi vetar os dispositivos a seguir transcritos:

Inciso II do parágrafo único do art. 1º, § 4º do art. 5º e art. 9º

"Art. 1º

Parágrafo único.

.....

II - em face de interpretação ou aplicação dos regimentos internos das respectivas Casas, ou regimento comum do Congresso Nacional, no processo legislativo de elaboração das normas previstas no art. 59 da Constituição Federal."

"Art. 5º.....

§ 4º Se necessário para evitar lesão à ordem constitucional ou dano irreparável ao processo de produção da norma jurídica, o Supremo Tribunal Federal poderá, na forma do *caput*, ordenar a suspensão do ato impugnado ou do processo legislativo a que se refira, ou ainda da promulgação ou publicação do ato legislativo dele decorrente."

"Art. 9º Julgando procedente a argüição, o Tribunal cassará o ato ou decisão exorbitante e, conforme o caso, anulará os atos processuais legislativos subsequentes, suspenderá os efeitos do ato ou da norma jurídica decorrente do processo legislativo impugnado, ou determinará medida adequada à preservação do preceito fundamental decorrente da Constituição."

Razões dos vetos

Impõe-se o veto das disposições acima referidas por inconstitucionalidade.

Não se faculta ao Egrégio Supremo Tribunal Federal a intervenção ilimitada e genérica em questões afetas à "interpretação ou aplicação dos regimentos internos das respectivas casas, ou regimento comum do Congresso Nacional" prevista no inciso II do parágrafo único do art. 1º. Tais questões constituem antes matéria *interna corporis* do Congresso Nacional. A intervenção autorizada ao Supremo Tribunal Federal no âmbito das normas constantes de regimentos internos do Poder Legislativo restringe-se àquelas em que se reproduzem normas constitucionais. Essa orientação restou assentada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Mandado de Segurança nº 22503-DF, Relator para o Acórdão Ministro Maurício Corrêa, DJ 06.06.97, p. 24872. Do mesmo modo, no julgamento do Mandado de Segurança nº-22183-DF, Relator Ministro Marco Aurélio, o Supremo Tribunal Federal assentou: "3. Decisão fundada, exclusivamente, em norma regimental referente à composição da Mesa e indicação de

candidaturas para seus cargos (art. 8º). 3.1 O fundamento regimental, por ser matéria *interna corporis*, só pode encontrar solução no âmbito do Poder Legislativo, não ficando sujeito à apreciação do Poder Judiciário. 3.2 Inexistência de fundamento constitucional (art. 58, § 1º), caso em que a questão poderia ser submetida ao Judiciário" (DJ 12-12-97, p. 65569). Dito isso, impõe-se o veto da referida disposição por transcender o âmbito constitucionalmente autorizado de intervenção do Supremo Tribunal Federal em matéria *interna corporis* do Congresso Nacional. No que toca à intervenção constitucionalmente adequada do Supremo Tribunal Federal, seria oportuno considerar a colmatação de eventual lacuna relativa a sua admissão, em se tratando da estrita fiscalização da observância das normas constitucionais relativas a processo legislativo.

A seu turno, impõe-se o veto do § 4º do art. 5º pelas mesmas razões aduzidas para vetar-se o inciso II do parágrafo único do art. 1º, consubstanciadas, fundamentalmente, em intervenção excessiva da jurisdição constitucional no processo legislativo, nos termos da mencionada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

O art. 9º, de modo análogo, confere ao Supremo Tribunal Federal intervenção excessiva em questão *interna corporis* do Poder Legislativo, tal como asseverado no veto oposto ao inciso II do parágrafo único do art. 1º. Com efeito, a disposição encontra-se vinculada à admissão da ampla intervenção do Supremo Tribunal Federal nos processos legislativos *in genere*. Assim, opostos vetos às disposições insertas no inciso II do parágrafo único do art. 1º e ao § 4º do art. 5º, torna-se imperativo seja vetado também o art. 9º.

Inciso II do art. 2º

"Art. 2º.....

.....

II - qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público.

....."

Razões do veto

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. A inexistência de qualquer requisito específico a ser ostentado pelo proponente da arguição e a generalidade do objeto da impugnação fazem presumir a elevação excessiva do número de feitos a reclamar apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, sem a correlata exigência de relevância social e consistência jurídica das arguições propostas. Dúvida não há de que a viabilidade funcional do Supremo Tribunal Federal consubstancia um objetivo ou princípio implícito da ordem constitucional, para cuja máxima eficácia devem zelar os demais poderes e as normas infraconstitucionais. De resto, o amplo rol de entes legitimados para a promoção do controle abstrato de normas inscrito no art. 103 da Constituição Federal assegura a veiculação e a seleção qualificada das questões constitucionais de maior relevância e consistência, atuando como verdadeiros agentes de representação social e de assistência à cidadania. Cabe igualmente ao Procurador-Geral da República, em sua função precípua de Advogado da Constituição, a formalização das questões constitucionais carentes de decisão e socialmente relevantes. Afigura-se correto supor, portanto, que a existência de uma pluralidade de entes social e juridicamente legitimados para a promoção de controle de constitucionalidade – sem prejuízo do acesso individual ao controle difuso – torna desnecessário e pouco eficiente admitir-se o excesso de feitos a processar e julgar certamente decorrentes de um acesso irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal. Na medida em que se multiplicam os feitos a examinar sem que se assegure sua relevância e transcendência social, o comprometimento adicional da capacidade funcional do Supremo

Tribunal Federal constitui inequívoca ofensa ao interesse público. Impõe-se, portanto, seja vetada a disposição em comento.

Parágrafo 2º do art. 2º

"Art. 2º

.....
§ 2º Contra o indeferimento do pedido, caberá representação ao Supremo Tribunal Federal, no prazo de cinco dias, que será processada e julgada na forma estabelecida no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal."

Razões do veto

A exigência de um juízo favorável do Procurador-Geral da República acerca da relevância e da consistência da fundamentação da representação (prevista no § 1º do art. 2º) constitui um mecanismo adequado para assegurar a legitimidade da arguição de descumprimento de preceito fundamental. A legitimidade da exigência reside não só na necessidade de resguardar a viabilidade funcional do Supremo Tribunal Federal – por meio da indagação substancial acerca da relevância e da consistência das questões a serem apreciadas – bem como em razão da inexistência de um direito subjetivo a essa prestação jurisdicional. Com efeito, ao apreciar o Mandado de Segurança nº 23565-DF (Relator Ministro Celso de Mello), asseverou ainda o Supremo Tribunal Federal: "Em suma: a eventual pretensão de terceiro, em não sofrer os efeitos derivados de norma legal ou de emenda à Constituição, ainda em fase de elaboração, e alegadamente ofensiva de qualquer das cláusulas constitucionais, não se eleva, por si só, à condição de direito líquido e certo para fins do processo mandamental e de ativação da jurisdição do Estado, especialmente – tal como no caso ocorre – se a tutela jurisdicional é invocada para paralisar o curso regular de processo de reforma da Carta Política instaurado perante órgão competente". Por outro lado, a existência de amplo rol de entes social e juridicamente legitimados para a promoção do controle abstrato de normas assegura a adequada veiculação das questões constitucionais de fundamentação relevante e consistente,

sem prejuízo do amplo acesso individual ao controle difuso de constitucionalidade. Nessa medida, inexistindo direito subjetivo a um acesso imediato ao Supremo Tribunal Federal ao mesmo tempo em que se asseguram outras e amplas vias para o processo e julgamento das controvérsias constitucionais pertinentes, a admissão de um recurso ao Supremo Tribunal Federal na hipótese de indeferimento da representação desqualifica o necessário exame de relevância e consistência pelo Procurador-Geral da República e cria, em verdade, procedimento adicional e desnecessário a demandar processamento e julgamento específico. Impõe-se, destarte, o veto da disposição por contrariar o interesse público.

Parágrafos 1º e 2º do art. 8º

"Art. 8º.....

§ 1º Considerar-se-á procedente ou improcedente a argüição se num ou noutro sentido se tiverem manifestado pelo menos dois terços dos Ministros.

§ 2º Se não for alcançada a maioria necessária ao julgamento da argüição, estando ausentes Ministros em número que possa influir no julgamento, este será suspenso a fim de aguardar-se sessão plenária na qual se atinja o *quorum* mínimo de votos."

Razões do veto

O § 1º do art. 8º exige, para o exame da argüição de descumprimento de preceito fundamental, *quorum* superior inclusive àquele necessário para o exame do mérito de ação direta de inconstitucionalidade. Tal disposição constituirá, portanto, restrição desproporcional à celeridade, à capacidade decisória e a eficiência na prestação jurisdicional pelo Supremo Tribunal Federal. A isso, acrescenta-se a consideração de que o escopo fundamental do projeto de lei sob exame reside em ampliar a eficácia e o alcance do sistema de controle de constitucionalidade, o que certamente resta frustrado diante do excessivo *quorum* exigido pelo dispositivo ora vetado. A fidelidade à Constituição Federal impõe o veto da disposição por interesse público, resguardando-se, ainda uma

vez, a viabilidade funcional do Supremo Tribunal Federal e a presteza nas suas decisões.

Opõe-se ao § 2º do art. 8º veto decorrente do veto oposto ao § 1º do art. 8º, de cujo conteúdo normativo o § 2º encontra-se inequivocamente dependente e de cujos vícios comunga.

Estas, Senhor Presidente, as razões que me levaram a vetar em parte o projeto em causa, as quais ora submeto à elevada apreciação dos Senhores Membros do Congresso Nacional.

Brasília, 3 de dezembro de 1999.