



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

FILIPPE 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.**

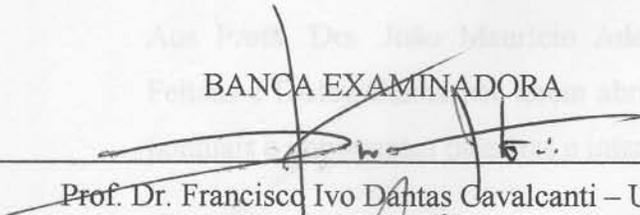
Dissertação apresentada à Faculdade de Direito
de Alagoas-FDA como requisito parcial para a
obtenção do título de Mestre em Fundamentos
Constitucionais dos Direitos.

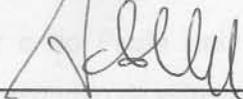
Orientador: Dr. George Sarmento Lins Júnior

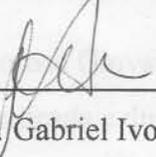
Aprovado em 10 de 11 de 2006.

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 – Arguição 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. Apesar 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.espaco-academico.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 arguição 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.