

ANOTAÇÕES SOBRE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Por ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.—1. O SISTEMA DE CONTROLE NO BRASIL: O MODELO DIFUSO E A PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.—2. O MODELO CONCENTRADO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: A) Aspectos gerais: o modelo concentrado e os instrumentos de controle. B) O exercício da fiscalização concentrada mediante a ação direta de inconstitucionalidade e a proteção dos direitos fundamentais. C) A ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a proteção de direitos fundamentais. D) A ação declaratória de constitucionalidade e a proteção de direitos fundamentais. E) A representação interventiva e a proteção de direitos fundamentais. F) A arguição de descumprimento de preceito fundamental e a proteção de direitos fundamentais.—3. CONCLUSÃO.—4. BIBLIOGRAFIA.

ABSTRACT

The work examines to what extent the control of the constitutionality system in Brazil implements the effective protection of fundamental rights. This is done after pointing out the importance of the recognition and affirmation of the fundamental rights in the Brazilian Constitution and after emphasizing the need to create mechanisms to the effective jurisdictional protection of the fundamental rights. The subject is analyzed under the aspect of the diffuse judicial control considered the most democratic of all modalities of control and the aspect of the concentrated control system, in its different modalities and instruments.

Key words: Brazilian Constitution, Fundamental Rights, Judicial control of constitutionality.

* Mestre, Doutora e Livre-Docente pela FAD/USP, Profa. Associada (aposentada da USP), Profa. e Coordenadora do Mestrado em Direito do Centro Universitário FIEO, Profa. Titular e Coordenadora de Pesquisa da FD/FAAP.

RESUMO

Após apontar a relevância do reconhecimento e da positivação dos direitos fundamentais na Constituição brasileira, o texto examina em que medida o sistema de controle de constitucionalidade no Brasil implementa a efetiva proteção dos direitos fundamentais. Analisa o tema sob o ângulo do controle difuso, considerado o mais democrático dentre as modalidades de controle, e no âmbito do controle concentrado, em suas diferentes modalidades e instrumentos.

Palabras clave: Constitución brasileña, Control judicial de constitucionalidad, Derechos fundamentales.

INTRODUÇÃO

O reconhecimento e a efetiva proteção dos direitos fundamentais estão na base das constituições democráticas modernas. Sem direitos reconhecidos e protegidos não há democracia¹.

É a Constituição a expressão por excelência da positivação de direitos fundamentais no plano interno de cada Estado. «É o ponto de partida para a instituição de um sistema de direitos, enquanto direitos positivos e efetivos, no sentido estrito da palavra»².

Canotilho enfatiza o tema da positivação jurídico-constitucional dos direitos fundamentais, citando Cruz Villalon, ao afirmar: «Sem essa positivação jurídico-constitucional, os direitos do homem são esperanças, aspirações, ideais, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional (*gundrechtsnormen*). Por outras palavras, que pertencem a Cruz Villalon, «onde não existir constituição não haverá direitos fundamentais. Existirão outras coisas, seguramente mais importantes, direitos humanos, dignidade da pessoa; existirão coisas parecidas, igualmente importantes, como as liberdades públicas francesas, os direitos subjetivos públicos dos alemães; haverá enfim, coisas distintas como favor ou privilégios»³.

Parece ter sido essa universal tendência de positivação de direitos nas constituições democráticas modernas o fator que leva Bobbio a registrar

¹ Cf. NORBERTO BOBBIO, *A Era dos Direitos*. Trad. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992, p. 1.

² Claro está que a positivação, no plano interno dos estados, não se esgota com a consagração de direitos no texto constitucional. Vários direitos, até por força da natureza das normas constitucionais que os asseguram, demandam legislação infraconstitucional complementadora ou implementadora de sua eficácia. Num Estado Federal, por exemplo, onde há regras de competências distribuídas pelos entes da federação, a questão se evidencia por si só. Há direitos cujo exercício exigem atuação normativa de diferentes esferas de poder.

³ Cf. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 5ª ed. Totalmente refundida e ampliada, 2ª reimpressão Coimbra: Almedina, 1992, p. 507.

que o problema hoje, em relação aos direitos do homem «não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los». Trata-se de um «problema não filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político»⁴. Ou, em outras palavras, trata-se de um problema de se buscar identificar e ampliar as «garantias» dos direitos, ou seja, o «efetivo exercício dos direitos fundamentais».

Nessa linha, Alexy menciona que a categoria de «fundamentalidade» aponta para a especial proteção dos direitos num sentido formal e num sentido material, sendo a fundamentalidade formal associada às constituições e à natureza ou função das normas constitucionais de direitos e a fundamentalidade material, voltada para o conteúdo dos direitos fundamentais⁵.

A enorme gama de direitos positivados na Constituição, com diferente conformação e densidade normativa, direitos enquadrados em distintas dimensões ou gerações (fala-se em 1ª, 2ª, 3ª e até em 4ª. dimensão ou geração), resulta no fato de que a proteção dos direitos fundamentais passe a ocupar, também, espaço amplo, embora talvez ainda insuficiente, nos textos constitucionais.

Daí o problema real que para Bobbio⁶ vem a ser o de «enfrentar as medidas imaginadas e imagináveis para a efetiva proteção desses direitos», vistas em dois planos: as de natureza jurídico-política e outra substancial, ou seja, inerente ao conteúdo dos direitos em pauta.

As constituições contemporâneas prevêm garantias de diferentes conteúdos e formas, que vão desde a própria limitação do poder, pelas regras de organização do poder político e pela atuação impositiva dos poderes políticos, às garantias especiais e específicas, voltadas para proteção de direitos contra atos comissivos ou omissivos do Poder Público, e destinadas à defesa ou à efetivação de cada direito ou de um conjunto de direitos⁷.

Para o que interessa aos limites destas anotações parece adequado citar a lição de Jorge Miranda, relativa à proteção jurídica dos direitos fundamentais⁸.

⁴ *A Era dos Direitos*, 1992, p. 24.

⁵ *Apud* CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 1992, p. 509.

⁶ *A Era dos Direitos*, p. 37.

⁷ Sobre garantias, seus desdobramentos e classificações, ver: MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Direitos Humanos fundamentais*, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, pp. 71-90, 115-160; JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 415-472 dentre outras; PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 481-514. Veja-se, também, CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 1992, p. 680, ao referir-se a garantias de direitos econômicos, sociais e culturais e aos direitos, liberdades e garantias, em geral, pp. 591 a 612.

⁸ JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV, *Direitos Fundamentais*, 2ª ed., revista e atualizada. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1993, p. 229.

«A primeira forma de defesa dos direitos é a que consiste no seu conhecimento. Só quem tem consciência de seus direitos tem consciência das vantagens dos bens que pode usufruir com o seu exercício ou com a sua efetivação, assim como das desvantagens e dos prejuízos que sofre por não poder exercer ou efectivar ou por eles serem violados». E acrescenta, ainda, o mestre português: «Por isso, na Declaração de 1789 se considerava que: “a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem... eram as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos governos”».

Dentre os instrumentos ou meios de proteção jurídica⁹, segundo Jorge Miranda¹⁰, estão o acesso ao Direito, através de instituições significativas como a advocacia e o Ministério Público e a tutela jurisdicional, a cujo propósito registra¹¹: «O eficaz funcionamento e o constante aperfeiçoamento da tutela jurisdicional dos direitos das pessoas são sinais de civilização jurídica».

Nesse contexto, no Estado de Direito, o exercício da jurisdição, particularmente da jurisdição constitucional é atividade estatal indispensável para proteção e a concretização dos direitos fundamentais. «Por definição, os direitos fundamentais têm de receber, em Estado de Direito, proteção jurisdicional. Só assim valerão inteiramente como direitos, ainda que em termos e graus diversos consoante sejam direitos, liberdades e garantias ou direitos econômicos, sociais e culturais»¹².

Destarte, pela jurisdição e particularmente pela jurisdição constitucional os direitos fundamentais alcançam o mais eficaz meio de proteção jurídica.

A jurisdição constitucional se exerce, precipuamente, por duas vias: a chamada jurisdição constitucional das liberdades e o controle de constitucionalidade. Na primeira, a proteção encontra respaldo nos instrumentos processuais e nos remédios constitucionais colocados à disposição dos titulares de direitos lesados ou ameaçados de serem lesados; já o controle de constitucionalidade tem um espectro de abrangência mais amplo. Na verdade o controle de constitucionalidade constitui um sistema de defesa da Constituição, das normas constitucionais dotadas de hierarquia no sistema jurídico porque revestidas do princípio da supremacia constitucional. Registra Francisco Fernández Segado, no exame que faz da jurisdição constitucional na Espanha e do artigo 27 da LOTC¹³, que mediante os

⁹ Ver CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 1992, 675-680, que se refere à proteção jurídica pelos tribunais e aos meios não jurisdicionais de proteção.

¹⁰ JORGE MIRANDA, *Manual*. Tomo IV, *Direitos Fundamentais*, 1993, p. 230.

¹¹ JORGE MIRANDA, *Manual*. Tomo IV, *Direitos Fundamentais*, 1993, p. 232.

¹² *Idem supra*, p. 232.

¹³ FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, *La Jurisdicción Constitucional en España*, Madrid, Dykinson, 1984, p. 93.

procedimentos de declaração de inconstitucionalidade (abstrata), o Tribunal Constitucional «garantiza la primacia de la Constitución y enjuicia la conformidad o disconformidad con ella de las Leyes, disposiciones o actos impugnados». Assim, toda e qualquer norma constitucional (aqui considerados princípios e regras), qualquer que seja o seu conteúdo ou natureza, pode ser objeto da proteção jurisdicional via controle de constitucionalidade, nos limites estabelecidos pelo modelo de controle adotado pela Constituição. Isto significa dizer que as normas consagradoras de direitos, as limitadoras da atuação do poder para proteção aos direitos, ou ainda as que impõem conduta comissiva ao Poder Público para a realização, efetivação e concretização de direitos fundamentais, enfim, as normas que direta ou reflexamente tratam de direitos fundamentais não são o objeto único do controle de constitucionalidade, embora constituam parte relevante dele pelo lugar que os direitos fundamentais têm na Constituição de um Estado Democrático de Direito.

Importa, assim, verificar em que medida o controle de constitucionalidade no Brasil serve como veículo de proteção aos direitos fundamentais.

Este o tema destas breves anotações.

1. O SISTEMA DE CONTROLE NO BRASIL: O MODELO DIFUSO DE CONTROLE

O sistema de controle de constitucionalidade jurisdicional, no Brasil, combina, quanto ao critério de quem o exerce, dois modelos de controle: o difuso e o concentrado.

Adotado no País desde a Constituição de 24 de fevereiro de 1891, sob a influência do chamado modelo norte-americano de controle ou de fiscalização judicial¹⁴, o modelo difuso se apresenta, ainda hoje, na Constituição em vigor¹⁵, como controle de constitucionalidade concreto, subjetivo e incidental, desses qualificativos decorrendo a natureza das decisões proferidas: decisão válida *inter partes*, somente para o caso concreto, com efeitos, em regra, *ex tunc*, porquanto a decisão parte da constatação de que o ato inconstitucional é nulo e não pode produzir efeitos quaisquer.

¹⁴ Cf. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo II (*Introdução à Teoria da Constituição*), 2ª ed., revista, Coimbra: Coimbra Editora, Limitada, 1983, p. 330. Cf. tb. FRANCISCO FERNANDEZ SEGADO, *La jurisdicción constitucional en España*, 1984, pp. 19 e segts.

¹⁵ Ao longo da história constitucional republicana, o controle difuso, como instrumento de defesa da parte contra ato inconstitucional, permaneceu quase sem alterações, sendo fortalecido o modelo, em alguns aspectos, pela criação de novos instrumentos de controle (mandado de segurança, *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de injunção) ou pela extensão dos efeitos da decisão proferida no caso concreto pelo Supremo Tribunal Federal mediante sua remessa ao Senado Federal, como consta, a exemplo, na CF, art. 52, X.

Assim, no caso concreto, a parte que tem, para si, a decisão de inconstitucionalidade a fulminar o ato que dá ensejo à provocação do controle (lei, ato normativo ou concreto que suprima ou restrinja direitos, ou cria obrigações), logra, por decisão judicial ver restabelecido o *status quo* de seu direito, desde o momento em que o mesmo foi violado; anula-se, por consequência, quaisquer efeitos contrários por ele produzidos ou repõe-se, da forma mais adequada, a situação pessoal perturbada pelo ato inconstitucional.

Por conseguinte, o modelo difuso de controle de constitucionalidade nasceu como instrumento de defesa e garantia de direitos subjetivos, próprios das partes em uma relação processual. Por intermédio desse modelo, as partes, em qualquer ação e perante qualquer juiz ou tribunal, podem postular a defesa de um direito ou a exceção de cumprimento de uma obrigação sob a alegação de que um ou outro está sendo violado ou exigido por ato eivado do vício de inconstitucionalidade.

Como, no sistema constitucional brasileiro, o guardião último e por excelência dos direitos fundamentais e do cumprimento das normas constitucionais é o Supremo Tribunal Federal, o modelo difuso tem seu término nesta Corte Suprema que decide, em caráter final, sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do ato questionado e sua aplicação ou inaplicação para o caso concreto¹⁶.

Ante tais características, é certo que o modelo difuso de controle disponibiliza para qualquer pessoa, brasileiro ou não, a defesa de direitos próprios contra atos contrários à Lei Maior; por tal razão, é considerado instrumento adequado à defesa de direitos próprios da pessoa, em primeiro lugar, porque democrático, pois atende ao princípio da legitimação universal ou princípio básico de acesso à justiça por toda e qualquer pessoa titular de direitos; de outro lado, por constituir instrumento direto e eficaz, especialmente se acompanhado de liminar, colocado à disposição

¹⁶ Para exemplo dessa potencialidade de proteção de direitos vejam-se relevantes decisões da mais alta Corte do País, em Recurso Extraordinário, instrumento de encaminhamento de um caso concreto a esta Corte, fundado em questão constitucional. Nos R. Extrs. Ns. 198.265 e 248.304, de 19.09.2001, em decisão proferida pelo STF a partir de acórdão relatado pelo Ministro Celso de Mello, dois portadores de doença raras foram beneficiados pelo direito à plena assistência médica por serem portadores de doenças raras e destituídos de recursos financeiros (respectivamente, «fenilcetonúria» e «status marmóreo»), contra instituições estatais de saúde do Estado do RGS. Com fundamento no art. 196 da CF, afirma Celso de Mello, ao não conhecer do Recurso Extraordinário: «entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela Constituição, ou fazer prevalecer um interesse financeiro e secundário do Estado, o julgador tem uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana, notadamente daqueles que têm acesso, por força de legislação local, ao programa de distribuição gratuita de medicamentos, instituído em favor de pessoas carentes» (http://www.espacovital.com.br/asmais_novas21092001.htm).

de toda e qualquer pessoa e por alcançar todo e qualquer ato eventualmente violador de direitos; por via desse tipo de controle forçoso é concluir que o acesso à justiça fica plenamente resguardado, pelo que o sistema é enaltecido como modelo democrático de controle, isto tudo apesar de a defesa via controle difuso poder resultar, mesmo com a concessão de liminar, em processo que percorre longo e demorado caminho¹⁷ até chegar à decisão final do Supremo Tribunal Federal¹⁸. Aliás, reconhecendo-se suas virtudes e apontando-se suas falhas ou pelo menos sua «fraqueza» ante o modelo concentrado de controle de constitucionalidade é que se aponta a necessidade de seu aperfeiçoamento. De modo ainda prematuro e incipiente parece apontar neste sentido a instituição, entre nós, da súmula vinculante pela Emenda Constitucional n. 45, de 08/12/2004¹⁹.

2. O MODELO CONCENTRADO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A) Aspectos gerais: o modelo concentrado e os instrumentos do controle

O modelo concentrado de controle de constitucionalidade despontou, entre nós, a partir da Constituição de 1934, mas somente teve sua conformação normativa completa com a Emenda Constitucional n. 16, de 1965, posta à Constituição brasileira de 1946. Ao longo de constituições sucessivas foi avultando, em extensão e aplicação, até culminar, na Constituição de 1988, com modulação completa e ampliada, sob vários aspectos:

¹⁷ A Emenda Constitucional n. 45, de 08/12/2004, introduziu, no elenco dos direitos fundamentais arrolados no artigo 5º, o inciso LXXVIII que estabelece que: «a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação». A concretização desse direito, por óbvio, demanda não apenas legislação infraconstitucional, como, também, condições e providências materiais que dotem o Poder Judiciário de recursos e possibilidades para seu atendimento.

¹⁸ Convém lembrar, também, que uma das desvantagens apresentadas contra o controle difuso é o fato de a extensão de seus efeitos não alcançar a todos os que têm idêntico direito a resguardar. Tal extensão fica a critério do Senado Federal, por força do art. 52, X, da CF, que tem discricionariedade para expedir ou não Resolução para esse fim.

¹⁹ Por exemplo, atribuindo-se efeitos vinculantes à decisão do STF, numa espécie de introdução do precedente no Brasil, de modo a que a decisão possa se estender a casos idênticos. Lenio STRECK, analisando o efetivo exercício do controle difuso no Brasil, realça vários aspectos que reduzem sua potencialidade. Ver LÊNIO LUIZ STRECK, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica - Uma Nova Crítica ao Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 394. Cabe lembrar que a recente Emenda Constitucional 45, de 08/12/2005, introduziu a chamada «súmula vinculante» (art. 103-A e §§) que acaba por possibilitar, ao STF, estender efeitos de decisões proferidas em casos concretos para todos. Ver texto do citado artigo na nota 61 adiante.

várias modalidades de instrumentos, objeto variado e amplo, efeitos ampliados das decisões, legitimação para a propositura ampliada, mas não universal (vez que restrita a determinados agentes) etc. Revelando influência do chamado modelo europeu ou austríaco²⁰ de controle de constitucionalidade, nasceu como controle, em regra, abstrato, de caráter objetivo e principal, exercitado, no plano federal (para defesa da Constituição Federal) somente pelo Supremo Tribunal Federal, atribuído, de início a um único titular²¹, e ao depois, a titulares delimitados pela Carta Magna, e tendo como parâmetro a Constituição Federal, características mantidas e melhor explicitadas pela Constituição de 05 de outubro de 1988.

O Texto de 1988 contempla diferentes modalidades de instrumentos de controle concentrado: a ação direta de inconstitucionalidade por ação e a por omissão (art. 102, I, «a» e 103, §2^a, respectivamente), a ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, «a»), a ação interventiva (art. 36, II combinado com art. 34, VII). Mais recentemente (ante a regulamentação do artigo 102, §1^o pela Lei 9.882, de 3/13/1999) inclui-se neste rol a chamada arguição de descumprimento de preceito fundamental.

B) O exercício da fiscalização concentrada mediante a ação direta de inconstitucionalidade e a proteção dos direitos fundamentais

Na fiscalização concentrada por via de ação direta de inconstitucionalidade por ação e por omissão, o controle da constitucionalidade, no Brasil, somente atinge leis e atos normativos, de efeitos gerais²², e é veiculado por intermédio de ação dita direta e originária, interposta perante o Supremo Tribunal Federal, por legitimados restritos (art. 103)²³, e nos

²⁰ JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, II, 1983, p. 321; cf. tb. FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, *La jurisdicción constitucional en España*, 1984, pp. 29 e segs.

²¹ Até a Constituição de 1988, a legitimação para a ação direta de inconstitucionalidade era exclusiva do Procurador-Geral da República. Somente com a promulgação do texto de 5/10/1988 foi ampliada tal legitimação, ainda que mantida restrita aos entes indicados no rol do art. 103, não se admitindo, portanto, a legitimação universal para esta modalidade de controle de constitucionalidade.

²² Neste sentido é a jurisprudência do STF, quando interpreta o alcance dos termos «lei» e «ato normativo» contidos no art. 102, I, «a», dispositivo que cuida da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade.

²³ São legitimados para a ação: o Presidente da República, as Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembléia Legislativa e da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador do Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

casos em que ocorre afronta à Constituição Federal²⁴. Os efeitos da decisão proferida nessa modalidade de controle, em decorrência de expressa normatização constitucional, de orientação jurisprudencial e de lei infraconstitucional, são, em regra, *erga omnes*, vinculantes e, quanto ao momento de sua operacionalidade, podem valer *ex tunc* ou *ex nunc*²⁵.

Visa o controle concentrado, no caso da ação direta de inconstitucionalidade, fulminar, em abstrato, a violação da Constituição, seja por ação, seja por omissão; em outras palavras cuida-se de instrumento precípua de defesa e garantia da Constituição, da supremacia constitucional e da prevalência de suas normas perante todo o ordenamento jurídico infraconstitucional. Alcança leis e atos normativos federais e estaduais²⁶ que contrariem toda e qualquer norma constitucional, tratando-se ou não de norma especificamente asseguradora de direitos fundamentais da pessoa. A decisão incide sobre tais atos, fulminando-os em abstrato. Por decorrência, é controle objetivo, no sentido de que não demanda, para veiculá-lo, titular de direitos subjetivos ou comprovada violação de direitos²⁷.

Pelas características que revestem essa modalidade pode-se afirmar que o controle concentrado de constitucionalidade por essa via revela-se instrumento eficaz, célere (particularmente em razão da possibilidade da concessão de medida liminar), e de efeitos gerais para a proteção ampla e genérica da normalidade constitucional; apenas, em parte, ou por via reflexa, pode ser visto como meio específico de proteção de direitos fundamentais, já que não alcança todo e qualquer ato violador de direitos, de um lado, e de outro, não é disponibilizado para quem tem eventual direito violado por lei ou ato normativo inconstitucional (federal ou estadual). O titular de direitos violados, para valer-se dos efeitos de uma decisão proferida nesta sede, depende da vontade de um dos entes que integram o rol de legitimados, que têm discricionariedade e disponibilidade para propor ou não uma ação direta.

²⁴ Sendo o Brasil Estado Federal e admitindo-se, em nosso sistema, controle de constitucionalidade de Constituição Estadual, a referência se faz necessária, vez que se está a referir ao controle de constitucionalidade que tem como parâmetro a Constituição Federal.

²⁵ Os efeitos *erga omnes* decorrem de orientação do STF e foram confirmados pelas leis 9.868, de 10/11/99 (art. 28, parágrafo único) e 9.882, de 3/12/99 (art. 10, §3º); o efeito vinculante foi, via Emenda Constitucional, inicialmente atribuído apenas à ação declaratória de constitucionalidade (CF, art. 102, §2º) e estendido para as modalidades de ação direta de inconstitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental pelas leis citadas.

²⁶ Por interpretação do Supremo Tribunal Federal a violação da Constituição Federal por leis e atos normativos municipais não é passível de controle via ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

²⁷ No Brasil, a legitimação para propor ação direta de inconstitucionalidade, por exemplo, vem expressa no art. 103, e para propor a ação declaratória de constitucionalidade, no §4º do art. 103. Se a ação envolve lei que regula ou implementa direitos, supre a titularidade a legitimação constitucional definida pela própria Constituição.

É certo que inúmeras ações diretas propostas perante o Supremo Tribunal Federal visam à proteção de direitos de todos ou de categorias. Isto em razão da extensão da titularidade para sua propositura especialmente ao Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil, aos partidos políticos²⁸ e às confederações sindicais ou às entidades de classe de âmbito nacional (Cf. art. 103, VII, VIII e IX). Tais entes militam, por meio dessa ação direta de inconstitucionalidade, principalmente na defesa de direitos²⁹. Nesses casos, por óbvio, a proteção de direitos, especialmente direitos fundamentais, é mais eficaz, porquanto a decisão, por via desses instrumentos, é mais rápida, tem efeitos para todos, é vinculante³⁰ para o Poder Judiciário e a Administração Pública federal, estadual e municipal, e alcança, desde logo, e indistintamente, todos os titulares dos direitos abrangidos pelo ato ou pela omissão inconstitucional questionados; destarte, considerando este particular aspecto da legitimidade ou titulação para propositura, as ações diretas de inconstitucionalidade acabam se transformando em

²⁸ «A propositura da ação pelos partidos políticos com representação no Congresso Nacional concretiza, de outro lado, a idéia de defesa das minorias, um vez que assegura até às frações parlamentares menos representativas a possibilidade de arguir a inconstitucionalidade da lei» registra MENDES, Gilmar Ferreira, in *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional/ Celso Bastos Editor, 1998, p. 253. Ressalta o Autor, ainda, não serem numericamente significativas as ações propostas por partidos políticos. Diríamos, como reparo, que nem sempre ações propostas por partidos visam à proteção da regularidade constitucional, como seria exemplo a Adin 829.830 e 831, Relator Ministro Moreira Alves, DJ de 20.04.93, p. 6748, que discutiu a constitucionalidade da EC que antecipou o plebiscito previsto no art. 2º do ADCT. Na verdade, a maioria de ações de inconstitucionalidade, propostas por partidos de oposição, visava a proteção de direitos de categorias ou fundamentais.

²⁹ Veja-se, para exemplo, ações diretas propostas pela Associação Nacional dos Membros Ministério Público (CONAMP), ADI 3105 e pela Associação Nacional do Ministério Público — ANPR, ADI 3128, em curso no STF, postulando o reconhecimento do direito adquirido de servidores públicos inativos não terem reduzidos seus proventos de inatividade ante o teto estabelecido ou pela aplicação de percentual instituído, ambos previstos pela EC da Previdência (EC 42/2003) cuja inconstitucionalidade é deduzida em referidas ações; ou ações diretas movidas pelos então partidos de oposição, especialmente o Partido dos Trabalhadores e o Partido Democrata Trabalhista contra o «quantum» do salário mínimo fixado por medida provisória, cuja inconstitucionalidade alegada se resumia ao fato de o valor estabelecido desatender aos critérios e às finalidades fixadas pela norma contida no art. 7º, IV da CF. Claro está que a decisão proferida em tais ações irá beneficiar, se favorável à tese da inconstitucionalidade, de modo direto e rápido, todos quantos se encontram na situação de atingidos pelo norma ou ato questionado de inconstitucional.

³⁰ O efeito vinculante na ação direta de inconstitucionalidade foi introduzido pela Lei 9.868, de 10/11/99, art. 28, parágrafo único. O Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade da extensão, por via legal, do efeito vinculante à ação direta de inconstitucionalidade na RCL AgRg-QO nº 1.880/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgado em 6.11.2002, in informativo STF nº 289, de 4 a 8/11 de 2002 (cf. ROGER STIEFELMANN LEAL, *O Efeito Vinculante na Jurisdição Constitucional*, p. 137, tese apresentada à Faculdade de Direito da USP em 2004).

poderoso instrumento de proteção de direitos fundamentais, ainda que a propositura fique ao alvedrio, não dos titulares de direitos, mas dos legitimados constitucionais. É de se observar que, não obstante, grande parte das ações diretas de inconstitucionalidade versa sobre a defesa da generalidade das normas e princípios constitucionais e da supremacia constitucional, incidindo, a título de exemplo, sobre normas de constituições estaduais ou leis e atos normativos federais e estaduais que contrariam a Constituição em seus princípios e regras³¹; vale dizer, a maioria dessas ações postula a defesa ou garantia, em abstrato, das normas e princípios da Constituição Federal em sua generalidade, como norma fundamental da organização de poderes e da organização do Estado brasileiro.

C) A ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a proteção de direitos fundamentais

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão³² reveste-se, em essência, dos mesmos caracteres acima indicados, com ressalva, em parte, relativa aos seus efeitos; trata-se de controle abstrato, objetivo, e não visa, como finalidade precípua, à defesa de direitos³³.

Destina-se, consoante determina a Constituição, a possibilitar a declaração de omissão de medida para tornar efetiva «norma constitucional», o que significa dizer qualquer norma cuja efetividade esteja sendo obstaculizada pela falta de elaboração, pelos poderes competentes, da medida requisitada pela Constituição. A idéia de que a inconstitucionalidade pode também advir do não cumprimento, por parte do legislador ou mesmo do

³¹ Veja-se, por exemplo, o rol de ações propostas contra normas de constituições estaduais com fundamento na ofensa ao princípio da separação de poderes, às normas do processo legislativo, à distribuição de competências estabelecidas pela Constituição Federal etc. Para exemplificar, somente com relação à Constituição do Estado de São Paulo, em curto período, foram intentadas as ADIns 1746-6, 1745-0, 1575-3, 1546-0, 1434-0, 1423-4, 1400-5, dentre outras, que questionavam a contrariedade de normas da Constituição Estadual ou de Leis estaduais em geral perante a Constituição Federal.

³² Sobre a inconstitucionalidade por omissão ver, dentre outros, JOSÉ JULIO FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *La Inconstitucionalidad por omisión (Teoría General. Derecho Comparado. El Caso Español)* Madrid: Editorial Civitas, 1998; tb. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, Coimbra: Livraria Almedina, 1992, pp. 1099 e segs.

³³ Para corrigir omissão inconstitucional lesiva a direitos, seja a incompletude legislativa, seja a ausência de ato regulamentar normativo, o sistema constitucional brasileiro introduziu o instituto do mandado de injunção (art. 5º, inciso LXXI); trata-se de instrumento colocado à disposição do titular de direito não exercido por falta de norma regulamentadora que o inviabilize. A gama de direitos assegurada para interposição desse remédio constitucional, que se situa mais corretamente no âmbito do controle difuso, é ampla e genérica: direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

chefe do Poder Executivo, de determinada e específica imposição constitucional de realizar uma conduta positiva, resulta, em grande parte, «da proliferação, no constitucionalismo contemporâneo, das chamadas normas programáticas»³⁴, significativamente presentes em nossa Lei Maior.

Assim, conforme acentua Canotilho, incorre em inconstitucionalidade por omissão o órgão ou poder que não faz algo que positivamente lhe era imposto pela constituição. Não se trata apenas de um simples negativo «não fazer»: trata-se, sim, de não fazer aquilo a que, de forma concreta e explícita, estava constitucionalmente obrigado a fazer³⁵.

A adoção da ação direta de inconstitucionalidade por omissão para proteção de direitos fundamentais, todavia, é possível, em tese, ante as formulações constitucionais normativas que contemplam tais direitos e que não tenham eficácia plena, dependendo de outras normas ou de medidas para concretizá-las; contudo, não tem o titular do direito, eventualmente obstaculizado em seu exercício pela ausência da norma infraconstitucional, disponibilidade para propor esta ação, dependendo, como se acentuou a propósito da ação direta de inconstitucionalidade, da atuação dos legitimados arrolados no artigo 103³⁶.

Diz Canotilho, a propósito, ao confrontar omissão inconstitucional e omissão violadora dos direitos fundamentais, que o problema da omissão legislativa, na perspectiva da presente investigação, insere-se ao problema mais vasto do cumprimento das imposições constitucionais e da atualização da constituição dirigente, ultrapassando o restrito âmbito dos direitos fundamentais³⁷.

Não obstante, parece conveniente acentuar que a maioria das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão tem sido proposta para a defesa de direitos consagrados em norma constitucional não concretizada por ausência de lei ou medida do Poder Executivo³⁸.

³⁴ Cf. LEAL, tese FDUSP, 2004, p. 76.

³⁵ J. J. GOMES CANOTILHO, *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2ª ed., 2001, p. 331.

³⁶ Veja-se, exemplificativamente, a ADIn 1836-5, proposta pelo Procurador-Geral da República contra o Governador do Estado de São Paulo, por omissão relativa à implementação do art. 241 da CF (DJ 04.12.1998), que determinava tratamento isonômico aos delegados de polícia quanto aos direitos previstos no art. 39, §1º da CF.

³⁷ CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, 2001, pp. 336-337. A violação de direitos fundamentais por omissão legislativa ou normativa encontra proteção, em nosso sistema, por intermédio do mandado de injunção, previsto no artigo 5º, LXXI, que se insere como veículo de controle de constitucionalidade difuso, com as características deste tipo de controle acrescidas da «quase» inoperacionalidade que o mandado de injunção enfrenta, particularmente perante a jurisprudência.

³⁸ Cf., dentre outras tantas, a ADIn n. 2061-7 (Relator Min. Ilmar Galvão, in DJU, de 29.06.2001), em que o STF declarou a inconstitucionalidade por omissão do Presidente da

Isto porque a Constituição designa para esta modalidade de ação a mesma legitimação da ação direta de inconstitucionalidade, abrindo assim a possibilidade para a proteção dos direitos de minorias, de coletividades e de associados por intermédio dos legitimados especiais. Claro está que a propositura da ação, para essa finalidade, fica na dependência da vontade de tais legitimados e não da provocação pelos titulares de direitos não exercidos por falta de norma regulamentadora da norma constitucional.

Os efeitos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, limitados pelo próprio texto constitucional (art. 103, §2º CF), não obstante, não têm a eficácia da ADIN.

D) A ação declaratória de constitucionalidade e a proteção de direitos fundamentais

A ação declaratória de constitucionalidade não tem perfil precípua dirigido à proteção de direitos fundamentais. Introduzida pela Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993, visa, na verdade, como o nome indica, à proteção de lei e do ato normativo federal. Trata-se de instrumento, como refere Gilmar Ferreira Mendes, destinado a elidir a insegurança jurídica ou estado de incerteza sobre legitimidade de lei ou ato normativo federal³⁹.

É a ação declaratória de constitucionalidade instrumento de controle concentrado, objetivo, de exclusiva competência originária do Supremo Tribunal Federal, e fulmina a lei ou ato normativo em tese. Tem a ação declaratória legitimação mais restrita do que a ação direta de inconstitucionalidade⁴⁰, somente alcança leis e atos federais⁴¹, e os efeitos da decisão proferida nesta sede, em decorrência de configuração normativa constitucional e legal em vigor, são *erga omnes* e vinculantes relativamen-

República por não ter remetido ao Congresso Nacional projeto de lei, de sua competência privativa, dispondo sobre a revisão geral da remuneração dos servidores públicos, a ser atualizada anualmente nos termos do inciso X do art. 97 da CF.

³⁹ GILMAR FERREIRA MENDES, *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei 9.868, de 10/11/1999*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 250. A instituição de ação para declarar constitucional uma lei, que por princípio geral, goza da presunção de constitucionalidade, gerou embates jurídicos sobre variados aspectos, pacificados em sua maioria na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Dentre os argumentos polêmicos em torno dessa modalidade de ação se inseria, exatamente, a possível lesão de garantias constitucionais, no caso, com especial referência, a lesão aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

⁴⁰ Somente o Presidente da República, as Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal e o Procurador-Geral da República têm legitimação para propor ação declaratória de constitucionalidade, segundo estabelece o art. 103, §4º da CF.

⁴¹ Ver art. 102, I, «a».

te aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo⁴². A legitimação restrita não favorece a postulação da proteção ou defesa de direitos fundamentais, ainda que no rol dos legitimados se encontre o Chefe do Ministério Público Federal (o Procurador-Geral da República).

Destarte, não se destina a ação declaratória de constitucionalidade à proteção de direitos fundamentais e nem tem sido usada com tal intuito. Ressalve-se a esse propósito apenas a finalidade do instrumento, apontada por Gilmar Ferreira Mendes e acima referida, qual seja, a de assegurar a certeza e a segurança jurídica no tocante à aplicação de leis e atos normativos federais, aspectos que, de modo reflexo, importam para a defesa e proteção de direitos fundamentais⁴³. Nesta linha de argumentação parece oportuno citar lição de Candido Rangel Dinamarco⁴⁴:

Tem a ordem jurídica a missão e a responsabilidade de definir situações e gerar clima de confiança das pessoas e grupos quanto a seus direitos, deveres e obrigações, seja para exercê-los e cumpri-los adequadamente, seja para poderem prever conseqüências do descumprimento próprio ou alheio.

E) A representação interventiva e a proteção de direitos fundamentais

A chamada ação interventiva⁴⁵, outra modalidade de controle concentrado, foi introduzida no sistema constitucional brasileiro a partir de 1934, como pressuposto do processo interventivo, nos casos de violação, pelos estados federados, aos chamados princípios sensíveis, hoje estabelecidos no artigo 34, inciso VII, alíneas «a» a «e» da atual Constituição. Provocada perante o Supremo Tribunal Federal e com a legitimação restrita ao Procurador-Geral da República, resulta «numa peculiar modalidade de com-

⁴² Ver §2º do art. 102, da CF e art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868, de 10/11/1999. Na verdade, a atribuição de efeito vinculante a decisões proferidas em sede de jurisdição constitucional foi, no plano constitucional, introduzida pela EC 3/93, que alcançava apenas as decisões proferidas em ação declaratória de constitucionalidade instituída por esta emenda constitucional.

⁴³ De modo indireto, não obstante, a ADECon serve à proteção de direitos fundamentais. Isto porque alcança leis federais que, em significativo número, dispõem sobre matérias tributárias, previdenciárias, de proteção à saúde, enfim, leis relacionadas com o exercício de direitos fundamentais. Assim, ao se instaurar uma controvérsia em torno de tais leis, o que se discute, em geral, é o exercício ou a ofensa a algum direito fundamental. Sob este aspecto, a ADECon se transforma, com sinal invertido, em instrumento de proteção de direitos fundamentais, particularmente se a decisão do Supremo Tribunal Federal for pela inconstitucionalidade da lei questionada.

⁴⁴ Cf. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, tomo II, 3ª ed. 200, p. 1145.

⁴⁵ A CF denomina este instrumento de «representação interventiva», mas a doutrina e a jurisprudência o rotulam, com propriedade, como ação interventiva.

posição de conflitos entre a União e os Estados-Membros» segundo anota Gilmar Ferreira Mendes⁴⁶. Configurando, segundo a jurisprudência, contencioso de inconstitucionalidade⁴⁷, mas não, propriamente um processo objetivo e abstrato, de defesa genérica da ordem jurídica ameaçada por atos inconstitucionais, revela-se, antes, um instrumento substancial de guardião dos postulados federativos⁴⁸. A decisão proferida em sede de ação interventiva tem efeitos concretos, ao contrário dos efeitos inerentes ao modelo concentrado de controle, antes apontados. Isto porque, na representação interventiva, o Supremo Tribunal Federal não tem por função, propriamente, declarar a inconstitucionalidade, a nulidade ou a ineficácia da lei ou ato questionado, mas apenas decidir se os mesmos afrontam a Constituição Federal e por tal razão ensejam a intervenção federal no Estado-membro⁴⁹. Trata-se de decisão, em controle concentrado, porém de efeitos concretos, segundo entende a doutrina.

O certo é, pois, que a ação interventiva não se destina à proteção de direitos consagrados pelo ordenamento jurídico. Não obstante, pode ser ela utilizada como tal. Isto porque, dentre os princípios constitucionais cuja observância os estados não podem desprezar, se insere o contido na alínea «b», do inciso VII, do artigo 34, da Constituição Federal, *verbis*: «(b) direitos da pessoa humana». Em tese, portanto, direitos da pessoa humana poderiam ser protegidos, por via da ação interventiva, remota e genericamente, vez que a deflagração do processo depende do Procurador-Geral da República, não tendo, portanto, os titulares de direito eventualmente violado, disponibilidade para utilizá-lo diretamente.

Cabe anotar que a ação interventiva, no plano federal, não tem sido utilizada com frequência, mesmo nas hipóteses que poderiam ter desencadeado sua utilização para defesa de direitos humanos violados em alguma parte do território nacional. De um lado, porque a ação direta de inconstitucionalidade, de espectro muito mais amplo, acaba por tornar quase obsoleto o uso da ação interventiva; de outro, em virtude do fato inegável de que, nestes mais de quinze anos de vigência da Constituição de 1988, o sistema constitucional tem enfrentado a problemática de propositura, votação e aprovação de inúmeras emendas constitucionais⁵⁰, o que torna inviável a ocorrência da intervenção federal nos Estados, por força do que dispõe o artigo 60, §1º, que impede a emenda à Constituição «na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio».

⁴⁶ GILMAR FERREIRA MENDES, *Controle de Constitucionalidade — Aspectos Jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 217.

⁴⁷ MENDES, 1990, p. 220.

⁴⁸ MENDES, 1990, p. 224.

⁴⁹ MENDES, 1990, p. 235-236.

⁵⁰ Neste período foram aprovadas mais de 40 emendas à Constituição, além das 6 (seis) emendas constitucionais de Revisão.

F) A argüição de descumprimento de preceito fundamental e a proteção de direitos fundamentais

O último e mais recentemente viabilizado instrumento do sistema de controle concentrado no Brasil é a argüição de descumprimento de preceito fundamental.

A argüição de descumprimento de preceito fundamental, não constando, de início, do anteprojeto de Constituição, passa a figurar, pós Emenda, no Projeto de Constituição da Comissão de Sistematização (art. 108)⁵¹ e foi mantida na Constituição de 05 de outubro de 1988, desde a sua formulação normativa originária. O então parágrafo único do artigo 102 (renumerado para §1º pela EC 3/93 e mantido com a redação original) dispunha:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

...

Parágrafo único. A argüição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

De difícil compreensão, o novel instrumento atribuído à competência originária do Supremo Tribunal Federal, a ser conformado normativamente por lei, permaneceu inerte por mais de dez anos.

Walter Claudius Rothenburg⁵² busca a inspiração do instituto no sistema constitucional alemão, ao afirmar:

Uma idéia que se tinha da argüição de descumprimento de preceito fundamental — a justificar o instituto diante do bem engendrado sistema de controle de constitucionalidade e especialmente desenvolvido quanto à fiscalização abstrata — era de um instrumento de controle que, embora concentrado (competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal), se destinasse a resolver casos concretos... A imagem era confessadamente inspirada no instituto alemão da «Verfassungsbeschwerde» (que traduzimos por «reclamação constitucional, embora a tradução mais corrente seja «recurso constitucional»).

⁵¹ ANDRÉ RAMOS TAVARES, *Tratado de Argüição de Preceito Fundamental*. São Paulo: Saraiva. 2001, p. 20

⁵² In *Argüição de descumprimento de preceito fundamental*, obra coletiva, 2001, pp. 200-201.

Como se verá mais à frente, o legislador ordinário parece ter subsumido a inspiração registrada por Rothenburg.

O fato é que, somente em 1999, conforme requerido pela Lei Maior, o instituto constitucional veio a ser disciplinado com a promulgação da Lei nº. 9.882, de 03 de dezembro de 1999.

Convém transcrever o artigo 1º da Lei nº. 9882/99, em questão:

Art. 1º A argüição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal, 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)

Observe-se, *a latere*, que a legislação ordinária não resolveu toda a problemática induzida pelo texto constitucional a propósito do instituto que criara e deixara à normatização infraconstitucional. Uma das questões de maior dificuldade estava em precisar o sentido e o alcance da expressão «preceitos fundamentais» que viabilizariam o uso do instrumento, e isto não foi, por óbvio, resolvido pela Lei 9.882/99⁵³.

A matéria, polêmica, leva a doutrina a verter as mais diversas conclusões⁵⁴ sobre o tema.

Numa interpretação mais ampla⁵⁵, mas sempre presa à tentativa de identificar a conceituação do termo «fundamental» referido no texto constitucional, diz-se que configuram preceitos fundamentais, além de alguns preceitos enunciados de forma explícita no texto constitucional, como, por exemplo, os direitos e garantias constitucionais (art. 5º, entre outros), bem

⁵³ Zeno Segundo Veloso, a definição dos preceitos fundamentais que ensejam a utilização do instrumento é tarefa do Constituinte Originário, ou do STF, como guarda da Constituição e não caberia, por certo, na legislação ordinária que viesse a disciplinar o instituto. In *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*, 2ª. edição — Revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, p. 295.

⁵⁴ Cf., dentre outros, ANDRÉ RAMOS TAVARES, «Argüição de descumprimento de preceito constitucional fundamental: Aspectos essenciais do instituto na Constituição e na Lei», e GILMAR FERREIRA MENDES, «Argüição de descumprimento de preceito fundamental: parâmetro de controle e objeto», ambos in *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei nº 9.882/99*, São Paulo: Atlas, 2001, pp. 38 e 128 e segts., respectivamente.

⁵⁵ De início, o STF, pelo relator Ministro Néri da Silveira, parecia propender para uma concepção restrita de «preceito fundamental», conforme notícia TAVARES, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 256.

como os princípios protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, §4º, e os chamados princípios sensíveis (art. 34), outros, como pontifica Gilmar Ferreira Mendes⁵⁶, acrescentando, por exemplo, os princípios fundamentais indicados nos artigos 1º a 4º, os princípios regentes da administração pública (art. 37), princípios estes considerados «reitores, regras nucleares, linhas mestras ou vigas-mestras da organização política e social brasileira», sem «olvidar que há preceitos fundamentais que deles decorrem, havendo necessidade, para descobri-los, de ser feita uma inferência, um desenvolvimento por parte do intérprete», já, agora, conforme entendimento de Zeno Veloso⁵⁷.

Celso Ribeiro Bastos, também se voltando para a conceituação de preceitos «fundamentais», identifica-os como os valores abrigados no texto da Lei Maior, ao registrar que, em obra anterior, conjuntamente com André Ramos Tavares, havia afirmado:

As constituições, em todo o mundo civilizado, passaram então a contemplar os valores sociais em fórmulas suficientemente abstratas para permitir sua perenidade, tão almejada pela alma humana. Com este expediente, permitiu-se a permanência e, ao mesmo tempo, a constante evolução dos valores basilares da conduta humana. O grau de generalidade em que eram expostos permitiu, pois, que, mantido seu núcleo central, houvesse, paralelamente, a necessária desenvoltura dos valores, permitindo-lhes alcançar as novas realidades surgidas com o passar dos tempos, o que se realiza, até hoje, pela atividade serena do intérprete e aplicador da Constituição.

Perfeitamente alinhada com estas preocupações, surge a Constituição Federal brasileira de 1988, que estabelece uma série de valores, vertidos em normas jurídicas, consideradas fundamentais. Prevê, ainda, expressamente, um mecanismo próprio para fiscalizar o acatamento destes valores, que denomina de «preceitos fundamentais» dela decorrentes, em seu art. 102, §1º.⁵⁸

Na verdade, a compreensão e o alcance do sentido da expressão «preceito fundamental», não definidos em sua densidade pela própria Constituição, não podem ser restringidos por via da interpretação constitucional.

Cumpre, antes de tudo, buscar o que, presumivelmente, a «vontade de constituição» na linguagem de Hesse, pretendeu alcançar. Assim, «fundamental» há de ser entendido como a expressão normativa que tenha sede na Constituição, Lei Fundamental do País e que, só por isto, já goza do caráter de essencialidade. O parâmetro, portanto, para identificar o que é

⁵⁶ *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*, 2001, p. 128.

⁵⁷ *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*, 2ª edição, 2002, p. 295-296.

⁵⁸ In *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*, obra coletiva, 2001, p. 79.

fundamental somente pode ser a própria Constituição, até porque o §1º do dispositivo que se está a comentar se insere no capítulo relativo às atribuições do Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, e na disciplina normativa do controle de constitucionalidade, cuja função primordial é averiguar a compatibilidade de normas e atos à Constituição.

De outra sorte, o termo «preceito», que não é propriamente termo técnico na linguagem jurídico-constitucional, deve ser entendido por sua generalidade, como qualquer «norma» da Constituição, compreendendo tanto princípios quanto regras decorrentes ou vertidas no texto da Lei Maior.

Não parece viável ou adequado admitir a possibilidade de o intérprete selecionar, na Constituição, certos princípios e normas para atender ao disposto no § 1º do art. 102. Não se pode admitir que, na Constituição, haja princípios fundamentais, no sentido que, por sua essência, são princípios (preceitos) que se sobrepõem hierarquicamente aos demais princípios e normas constitucionais. Vale dizer que tudo quanto está na Constituição é «fundamental», embora a densidade das normas e princípios possa ser diferente e refletir no sistema constitucional de modo diferente. Normas, regras e princípios constitucionais concretizam valores postos na Constituição, com destinação, densidade, concretização e raio de incidência distintos. Mas todos são espécies normativas fundamentais e hierarquicamente superiores para fins do exercício do controle de constitucionalidade via arguição de descumprimento de preceito constitucional.

Visto deste modo, parece evidente *prima facie*, que o instituto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, já no seu nascedouro pela formulação constitucional originária, abarca, inegavelmente, a finalidade de proteção de direitos fundamentais; aliás, este instrumento parece ter sido idealizado exatamente como modo de controle voltado para suprir qualquer lacuna existente no sistema de controle do país, de molde a torná-lo apto a proteger, em todas as suas faces, os direitos humanos, meta central das constituições modernas.

Em outras palavras, a ofensa a qualquer norma, princípio ou regra constitucional (neste conjunto normativo se inserem as normas consagradas ou, de qualquer modo, relacionadas com os direitos fundamentais), pode ensejar a propositura da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Assim, o alcance do instituto se explica e se justifica num sistema que já dispõe de um modelo de controle concentrado, com objeto definido e legitimidade restrita, que não visa diretamente à proteção de direitos fundamentais, e de um modelo de controle difuso, incidente sobre todo e qualquer ato jurídico, com legitimação universal. O primeiro, célere, eficaz e de efeitos *erga omnes* e vinculantes; o segundo, de tramitação de-

morada, com efeitos limitados ao caso concreto, salvo a interferência não usual do Senado Federal.

Sob esta perspectiva, a arguição de descumprimento de preceito fundamental parece se colocar como possível correção da limitação do objeto do primeiro e da abrangência restritiva de efeitos do segundo; de outro lado, também como correção da limitação restrita do primeiro e das vantagens de legitimação universal do segundo.

É o que se pode extrair da lei ordinária que deu concretização à norma constitucional do §1º do artigo 102, ao regular a arguição de descumprimento de preceito constitucional, e instituir seja a modalidade autônoma de arguição de descumprimento, seja a modalidade configurada sob o pressuposto de existir uma controvérsia constitucional (conferir artigo acima transcrito). Parece evidente, particularmente com relação à segunda modalidade apontada, que a propositura desta ação se desenvolve a partir de um caso concreto, onde um direito das partes esteja sendo postulado e onde se vislumbra a ocorrência de lesão de preceito fundamental por ato do Poder Público.

Em suma, nesta modalidade, a arguição de descumprimento de preceito fundamental é instrumento contra lesões concretas a direitos constitucionais, provocadas por ato (omissivo ou comissivo) do Poder Público. Instrumento a ser utilizado em caráter subsidiário, isto é, no caso de inexistir outro instrumento eficaz para sanar a lesividade, tal como determina o §1º do artigo 4º da Lei em questão.

O alcance deste instituto, quanto ao objeto, vai além dos demais instrumentos de controle, já que permite que, por via dele, se busque reparar lesão provocada por atos excluídos da incidência daqueles quais sejam; a) leis e atos normativos municipais que contrariem preceitos da Constituição Federal; b) «atos anteriores» à Constituição, ambos expressamente excluídos do controle concentrado por interpretação do Supremo Tribunal Federal e c) atos concretos ou de efeitos concretos, que podem ser alcançados pela arguição ante a literalidade do artigo 1º, *caput*, ao estabelecer que a arguição de descumprimento de preceito fundamental «terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público».

Ora, por ato do Poder Público se há de compreender todo ato normativo ou não, que descumpra preceito fundamental. É certo que a interpretação do Supremo Tribunal Federal, sob este particular, é restritiva, no sentido de que a expressão não alcança «atos políticos» do Poder Executivo⁵⁹.

Em resumo, considerando-se o objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental e sua finalidade pode-se afirmar que este instru-

⁵⁹ Ver ADPF — QO 1, Relator Ministro Néri da Silveira, em 03;02.200, Informativo STF nº 176, de 1º a 4.02.200.

mento originário e concentrado de controle, diferentemente dos demais existentes em nosso sistema, tende, sim, à proteção de direitos, especialmente direitos fundamentais. Embora participando do quadro de instrumentos do controle concentrado e originário, com legitimação restrita, pelo seu objeto visa particularmente à proteção de direitos e não propriamente à defesa da ordem e normalidade constitucional como os demais. Alia-se, antes, ao lado dos remédios da jurisdição constitucional no Brasil, ainda que o titular do direito⁶⁰ não tenha disponibilidade para uso do instituto, podendo apenas «representar» para o Procurador-Geral da República (§1º, art. 2º, da Lei nº 9.882/99) ou apelar para qualquer dos legitimados para propositura da argüição.

De outro lado, a argüição de descumprimento de preceito fundamental, embora instrumento de controle concentrado, discrepa dos demais instrumentos dessa modalidade, exatamente por nele se vislumbrar a tentativa de permitir que se conduza uma questão concreta diretamente ao Supremo Tribunal Federal para decisão de validade do ato questionado, como ocorre no modelo concentrado, sendo que o STF, não obstante, examinará a questão em abstrato e decidirá, não apenas para o caso concreto, mas para todos os que se incluem na mesma situação perante as normas constitucionais.

Desta forma, é a argüição de descumprimento de preceito fundamental um instrumento subsidiário, «híbrido» (autônomo e proposto a partir de caso concreto) do modelo concentrado, de competência originária e exclusiva do Supremo Tribunal Federal, tem efeitos próprios desta modalidade de controle segundo expressa dicção legal, e somente pode ser movimentado pelos legitimados incluídos no rol previsto no artigo 103, vez que a legitimação universal, prevista na lei, foi objeto de veto pelo Presidente da República; pode ser suscitado a partir de um caso concreto no qual a lesão de direitos provoque uma controvérsia constitucional, que, não obstante será objeto de exame «em tese» pelo Supremo Tribunal Federal, cuja decisão terá efeitos *erga omnes* e vinculantes para todos, relativamente aos demais órgãos do Poder Público (§3º do art. 8º, Lei n. 9.882/99). Destarte, por via deste instrumento, o titular de um direito, postulado perante o juiz da causa, logra ver seu questionamento subir de imediato ao exame do Supremo Tribunal Federal, encurtando-se o caminho processual usual a ser perseguido.

O largo espectro de utilização da argüição de descumprimento de preceito fundamental para proteger direitos fica evidenciado em magistral decisão relatada pelo Ministro Celso de Mello na ADPF 45 MC/DF, cuja ementa estabelece:

⁶⁰ A proposição que permitia a este ingressar com a argüição foi objeto de veto presidencial. Cabe observar que não se entrou no mérito das discussões em torno da constitucionalidade de pontos da Lei 9.882/99.

Arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da «reserva do possível». Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do «mínimo existencial». Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (Direitos Constitucionais de Segunda Geração).

3. CONCLUSÃO

A proteção jurídica dos direitos fundamentais é consequência necessária da positivação constitucional dos direitos da pessoa no Estado Democrático de Direito.

Tal proteção, abrigada na Constituição, se desenvolve por intermédio de vários meios. Desses assume inegável relevância a chamada jurisdição constitucional, nas suas vertentes de jurisdição constitucional das liberdades e do controle de constitucionalidade.

No Brasil, o controle de constitucionalidade assume duas modalidades: o controle difuso e o controle concentrado.

O controle difuso, com suas características básicas extraídas sob a inspiração do modelo americano de controle — controle do caso concreto, provocado pelo titular do direito violado por ato inconstitucional; controle exercido por todo e qualquer juiz ou tribunal e, em última e final instância pelo Supremo Tribunal Federal, com efeitos «*inter partes*» e «*extunc*» — é instrumento por excelência de proteção de direitos fundamentais. A universalidade do acesso favorecendo o princípio constitucional do acesso à justiça a todo e qualquer titular de direito violado por ato ou norma inconstitucional alarga a abrangência do controle e o democratiza, concretizando o princípio constitucional de que nenhuma lesão de direito será retirada da apreciação do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, CF). A decisão proferida em caso de controle difuso só alcança as partes, mesmo se proferida pelo Supremo Tribunal Federal, e não tem, em princípio, efeitos vinculantes nem para o Judiciário nem para os demais poderes políticos; todavia, ante a reforma do Poder Judiciário provocada pela Emenda Constitucional n. 45, de 08/12/2004, poderá o Supremo Tribunal Federal, por intermédio da súmula vinculante, atribuir efeitos dessa or-

dem em ações originadas no controle difuso⁶¹. Não obstante, reforça, ainda que de maneira tênue e pálida, a eficácia das decisões nessa via de controle a remessa da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal ao Senado Federal (art. 52, X, CF) que poderá, à sua discricção (segundo entendimento majoritário do STF e da doutrina) expedir Resolução suspendendo a execução de ato ou lei declarados inconstitucionais em decisão definitiva e, via este mecanismo, estender o alcance da decisão *erga omnes*. A despeito dessas «vantagens», a decisão, em sede de controle difuso, pode se tornar menos eficaz em razão da demora na tramitação processual para se lograr obter decisão final do STF, pelo que se impõe a necessidade de aprimoramento desta modalidade de controle⁶².

O controle concentrado é instrumentalizado pela ação direta de inconstitucionalidade, pela ação direta de inconstitucionalidade por omissão, pela ação declaratória, pela ação interventiva e pela arguição de descumprimento de preceito fundamental.

De modo geral, os dois primeiros instrumentos de controle concentrado se destinam precipuamente à defesa da Constituição e da normalidade constitucional, não visando, ao menos de modo direto, à proteção de direitos fundamentais.

O primeiro e mais utilizado instrumento de controle concentrado — a ação direta de inconstitucionalidade ADI — tem características que o torna poderoso instrumento de fiscalização constitucional, quais sejam: controle em tese e processo objetivo; objeto razoavelmente abrangente (leis e atos

⁶¹ Dispõe o art. 103-A e seus §§, inserido pela EC 45/2004: «O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. §1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. §2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. §3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso»

⁶² Também pela EC 45/2005, no rol dos direitos fundamentais do artigo 5º foi acrescentado o inciso LXXVII estabelecendo: «a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação». Norma não auto-executável que demandará, certamente, além de acurada interpretação judicial e legislação infraconstitucional estabelecendo o que se pode entender por «duração razoável» e por «meios» que garantam a celeridade de sua tramitação.

normativos federais e estaduais); competência originária e exclusiva do Supremo Tribunal Federal; celeridade procedimental, particularmente graças à possibilidade de concessão de medida liminar; decisão com efeitos *erga omnes* e vinculantes, estes a partir da Lei n. 9.868/99; e legitimação restrita, nos termos do artigo 103 da Constituição Federal, que, todavia, abrange um rol significativamente numeroso de legitimados.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão, partindo do pressuposto que a conduta omissiva no cumprimento ou implementação de normas constitucionais configura inconstitucionalidade, se destina a possibilitar a defesa contra tal omissão e a tentativa de se obter que o poder omisso supra a omissão ou a lacuna, e possibilite a plena concreção das normas constitucionais. Dotada de características semelhantes à ADI, desta difere quanto aos efeitos da decisão. Estes estão expressamente fixados no texto constitucional e são minimamente eficazes já que o Poder Judiciário não pode obrigar o Poder Legislativo ou o Poder Executivo a suprirem sua conduta omissiva mediante a expedição das normas de concreção.

Não obstante, ante o fato de a positivação constitucional dos direitos fundamentais constituir núcleo normativo por excelência da Constituição de 1988 e ainda por decorrência da larga abrangência dos legitimados para a propositura dessas duas modalidades de ação, que engloba inclusive entidades de classe e outras, particularmente voltadas para a defesa de direitos individuais, de classe ou de categorias, e direitos coletivos, o fato é que tais instrumentos vêm sendo utilizados em larga escala com o objetivo de proteção de direitos fundamentais individuais ou coletivos, já que permitem questionar a inconstitucionalidade de atos normativos e leis (ou atos omissivos) lesivos a direitos fundamentais de categorias, coletivos ou mesmo individuais. Deste modo, quando veiculados com essa finalidade, a ADI e a ADI por omissão se revelam, também, como poderosos instrumentos de proteção desses direitos, pelas características de que se revestem tais modalidades de fiscalização concentrada, como se viu.

A ação declaratória de constitucionalidade é instrumento de controle concentrado, de espectro mais restrito quanto ao objeto (só alcança leis e atos normativos federais) e quanto a legitimação para propositura vez que não é disponibilizada para a Ordem dos Advogados, os partidos políticos e as associações de classe de âmbito nacional. Quanto aos efeitos se assemelha a ADI, não apenas por determinação constitucional, mas também pelo disposto na lei 9868/99. Quanto à sua finalidade, não visa precipuamente a proteção de direitos fundamentais. Na verdade visa à manutenção (declaração de constitucionalidade) de leis e atos normativos federais sob o alegado fundamento da segurança jurídica, nos casos em que se instaura controvérsia quanto à aplicação dessas leis. (art. 14, III, da Lei 9.868/99). Para o que interessa ressaltar, como em regra, as leis e atos

normativos federais cuidam de matérias sobre tributação, previdência saúde etc. e, portanto, relacionadas com direitos fundamentais que acabam sendo a razão das controvérsias instauradas em torno dessas leis, por via reflexa, tal instrumento também aparece como útil para a proteção de direitos fundamentais.

A ação interventiva, ao menos por um dos motivos que possibilitam sua proposição («direitos da pessoa humana»), pode se tornar instrumento útil à proteção de direitos fundamentais.

A argüição de descumprimento fundamental, nas duas modalidades instituídas Lei 9.882/99, mas especialmente na modalidade prevista no inciso I do artigo 1º, é, dentre os instrumentos de controle concentrado, o mais diretamente vocacionado para a proteção de direitos fundamentais. Com aparente inspiração do modelo alemão de controle (o recurso constitucional), configurando modelo híbrido de controle concentrado, possibilita que a violação de direito fundamental, por ato do Poder Público, e a posta em caso concreto e sob a jurisdição comum, possam ser, pelos legitimados constitucionais, conduzidas diretamente ao Supremo Tribunal Federal, cuja decisão, em tese, tem as mesmas virtualidades das proferidas em sede de controle concentrado via ADI e ADECon. Na hipótese de argüição de descumprimento a partir de um caso concreto, o espectro da abrangência da argüição é muito mais amplo que o próprio dos instrumentos de modelo concentrado, na medida em que pode ser proposta «quando relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição» (n.g.).

4. BIBLIOGRAFIA

- BOBBIO, NORBERTO, *A Era dos Direitos*. Trad. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.
- BONAVIDES, PAULO, *Curso de Direito Constitucional*, 7ª ed., São Paulo: Malheiros.
- CANOTILHO, J. J. GOMES, *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2ª ed., 2001.
- CANOTILHO, J. J. GOMES, *Direito Constitucional*. 5ª ed. Totalmente refundida e ampliada, 2ª reimpressão Coimbra: Almedina, 1992.
- DINAMARCO, CÂNDIDO RANGEL, *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, tomo II, 3ª ed., 2000.
- FERREIRA FILHO, MANOEL GONÇALVES, *Direitos Humanos fundamentais*, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- LEAL, ROGER STIEFELMANN, *O Efeito Vinculante na Jurisdição Constitucional*, p. 137 (tese apresentada à Faculdade de Direito da USP em 2004).

- MENDES, GILMAR FERREIRA, «Arguição de descumprimento de preceito fundamental: parâmetro de controle e objeto», in *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei nº 9.882/99*, São Paulo: Atlas, 2001.
- MENDES, GILMAR FERREIRA, *Direitos Fundamentais e Constituição*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.
- MENDES, GILMAR FERREIRA, *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei 9.868, de 10/11/1999*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- MENDES, GILMAR FERREIRA, *Controle de Constitucionalidade — Aspectos Jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo II (Introdução à Teoria da Constituição), 2ª ed., revista, Coimbra: Coimbra Editora, Limitada, 1983.
- JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV - *Direitos Fundamentais*, 2ª ed., revista e atualizada, Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1993.
- RODRIGUES, JOSÉ JULIO FERNANDEZ, *La Inconstitucionalidad por Omision. Teoría General. Derecho Comparado. El caso Español*. Madrid: Editorial Civitas, 1998.
- SILVA, JOSÉ AFONSO DA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- SEGADO, FRANCISCO FERNÁNDEZ, *La Jurisdicción Constitucional en España*. Madrid: Dykinson, 1984
- STRECK, LÊNIO LUIZ, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica — Uma Nova Crítica ao Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002
- TAVARES, ANDRÉ RAMOS, «Arguição de descumprimento de preceito constitucional fundamental: Aspectos essenciais do instituto na Constituição e na Lei», in *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*, obra coletiva, 2001
- TAVARES, ANDRÉ RAMOS, *Tratado de Arguição de Preceito Fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- TAVARES, ANDRÉ RAMOS, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2002.
- VELOSO, ZENO, *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*, 2ª edição — Revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.