



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

EDHYLA CAROLLINY VIEIRA ABOBOREIRA

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL
E ACESSO À JUSTIÇA: DIREITO DO CIDADÃO

SOUSA - PB
2010

EDHYLA CAROLLINY VIEIRA ABOBOREIRA

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL
E ACESSO À JUSTIÇA: DIREITO DO CIDADÃO

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Dr^a. Vanina Oliveira Ferreira de Sousa.

SOUSA - PB
2010

EDHYLA CAROLLINY VIEIRA ABOBOREIRA

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL E ACESSO
À JUSTIÇA: DIREITO DO CIDADÃO

Trabalho monográfico apresentado ao
Curso de Direito do Centro de Ciências
Jurídicas e Sociais da Universidade
Federal de Campina Grande, como
exigência parcial da obtenção do título de
Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador(a): Prof.(a) Me. Vanina Oliveira
Ferreira de Sousa

Banca Examinadora:

Data de aprovação: _____

Orientador(a): Prof.(a) Me. Vanina Oliveira Ferreira Sousa

Examinador interno

Examinador externo

À Deus, pela graça imerecida,
Aos meus pais e irmão, pelas orações e amor imensuráveis,
Ao meu marido, Pablo, pelo braço que me sustenta em vida, amor e paz.

RESUMO

O presente trabalho propõe-se analisar a possibilidade de uma abertura democrática da Jurisdição Constitucional concentrada a partir da inclusão do cidadão como legitimado ativo, junto ao Supremo Tribunal Federal, no manejo da Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Referido escopo fora perseguido sob os métodos histórico, comparativo e interpretativo, seguido de uma abordagem dialético-dedutiva a respeito do tema. A ADPF é prevista pela Constituição Federal de 1988 com finalidade protetiva específica, em que não resta estabelecido rol taxativo quanto à legitimação ativa. Coube à Lei nº 9.882/99 definir os seus contornos, imprimindo a esta ação o caráter cidadão ao estender o direito de postulação, no controle concentrado de constitucionalidade, a qualquer particular. Este intento, embora abortado por veto presidencial, se alinha à Teoria da Democracia Participativa, que, atualmente, define o conteúdo do Princípio Democrático de Direito, e à Teoria Discursiva do Direito, que confere ao cidadão a condição de co-autor das normas e políticas públicas. Tendo em vista o pressuposto da acessibilidade plena ao Judiciário e a formação de uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição é possível garantir ao cidadão o direito de postulação junto ao Supremo Tribunal Federal em questões constitucionais que atendam ao requisito da repercussão geral.

Palavras-chave: Acesso à Justiça. Constituição. Cidadania.

ABSTRACT

The present scientific work aims to analyse the possibility of a democratic opening of the Constitutional Jurisdiction concentrated from the inclusion of the citizen as an active legitimate, by the Supreme Court, in handling of Action of Allegation of Breach of Fundamental Precept. The referred scope was persecuted under the historical, comparative and interpretive methods, followed by a dialectical and deductive approach about the subject. The ADPF was contemplated by the Constitution of 1988 with specific protective purpose, does not providing in its wake an exhaustive list about the active legitimation. It was left to Law No. 9.882/99 define its contours, printing in this action a citizen character by extending the right of nomination, in the concentrated control of constitutionality, to any individual. This attempt, though aborted by presidential veto, is aligned to the Theory of Participatory Democracy, which currently defines the content of the Democratic Principle, and the Discourse Theory of Law, which grants citizens the condition of co-author of standards and public policies. Given the assumption of full access to the Judiciary and the formation of an open society of interpreters of the Constitution is possible to guarantee the citizen the right to postulation by the Supreme Court on constitutional issues that meet the requirement of general repercussion.

Keywords: Access to Justice. Constitution. Citizenship.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	08
2 DA JURIDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	13
2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	13
2.2 A CONSTITUIÇÃO E SUA FORÇA NORMATIVA: PRESSUPOSTO DE JUSTIFICAÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DO PROCESSO.....	17
2.2.1 DA SUPREMACIA CONSTITUCIONAL.....	20
2.2.2 DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS SOBRE O PROCESSO.....	23
2.3 DO CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL.....	25
2.3.1 DO CONTROLE DIFUSO.....	29
2.3.2 DO CONTROLE CONCENTRADO.....	32
3 DA ADPF: ASPECTOS ESSENCIAIS NA CONSTITUIÇÃO E NA LEI.....	38
3.1 TOPOGRAFIA CONSTITUCIONAL E DELINEAMENTOS LEGAIS DO INSTITUTO.....	38
3.2 NOÇÃO DE PRECEITO FUNDAMENTAL.....	48
3.3 LEGITIMADOS ATIVOS PARA PROPOSITURA DA ADPF.....	50
3.3.1 LEGITIMAÇÃO ATIVA RESTRITA.....	51
3.3.2 MENSAGEM DE VETO Nº 1.087, DE 03 DE DEZEMBRO DE 1999.....	54
4 DO ACESSO DO CIDADÃO À JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL CONCENTRADA.....	58
4.1 DA TEORIA DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA E O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	59
4.2 DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA.....	63
4.2.1 A TEORIA DISCURSIVA DE JÜRGEN HABERMAS.....	64
4.2.2 O MODELO PROCEDIMENTALISTA/DISCURSIVO DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL.....	69
4.3 DO ACESSO INDIVIDUAL À JUSTIÇA CONSTITUCIONAL.....	74

4.3.1 DO EXERCÍCIO DA CIDADANIA.....	75
4.3.2 DO DIREITO DE POSTULAÇÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	78
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	85
6 REFERÊNCIAS.....	90

1 INTRODUÇÃO

A Carta Constitucional de 1988 é um dos grandes marcos da Democracia no Brasil e representou, ao menos no plano normativo, uma mudança de fundo em toda teoria e ordenamento jurídico do país.

Ela é fruto do desenvolvimento do Estado Constitucional de Direito, no qual a validade das leis já não depende apenas da forma de sua produção, mas também da compatibilidade de seu conteúdo com as normas constitucionais.

Nesse contexto, surge a Jurisdição Constitucional, à qual caberá o controle constitucional das demais normas que se situam abaixo da Lei Maior, no sentido de verificar se estas não contrariam dispositivos da Constituição, exercendo, por conseguinte, sua segunda e principal função, a guarda dos preceitos e garantias contidos na Carta Magna. Assim, a Justiça Constitucional há de ser vista como uma condição sem a qual o Estado Democrático de Direito não seria viável, uma vez que a Constituição se afirma como documento de promoção e defesa maior da Democracia, ao concentrar em si os fundamentos básicos, princípios, regras e garantias de um Estado Democrático.

Destarte, a questão da validade e legitimidade das decisões emanadas do Judiciário, em sede de controle de constitucionalidade, ganha grande relevo face o Princípio Democrático de Direito, pois as referidas decisões gozam de efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, dando, assim, ao Pretório Excelso, o poder de legislar às avessas.

Em decorrência de tal constatação, tem-se cada vez mais discutido no meio acadêmico a possibilidade de formas de abertura do processo constitucional concentrado que, até então, só pode ser acessado por um limitado rol de legitimados expressos na Constituição Federal.

Numa tentativa de ampliar o acesso à justiça constitucional concentrada, o texto original da Lei nº 9.882, de 1999, elaborada com o fito de regulamentar a Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, previa a possibilidade de a mesma ser proposta por qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público. No entanto, tal tentativa sucumbiu ante o veto presidencial que pôs termo à pretensão democratizante do legislativo.

Diante do exposto, o presente trabalho se dispõe a analisar a Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental como possibilidade ao acesso à Justiça Constitucional concentrada pelo cidadão, com o objetivo de discutir acerca do papel que vem sendo desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil, como guardião do Princípio Constitucional da Soberania Popular e do Princípio Democrático de Direito, identificando o panorama atual da Jurisdição Constitucional Brasileira, bem como sua legitimidade à luz da Teoria Discursiva do Direito de Jürgen Habermas, e sua contribuição para uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição.

A Ação em comento será estudada em seus aspectos processuais e em confronto com as razões do veto presidencial ao inciso II, do artigo 2º, da Lei nº 9.882, de 1999, que a regulamenta; verificando em que medida a participação ativa do cidadão, no controle judicial de constitucionalidade concentrado das leis, promoverá a efetividade dos Princípios Democrático de Direito, da Soberania Popular, Cidadania e Acesso à Justiça.

O acesso ao Direito e à Justiça não são apenas direitos constitucionais fundamentais garantidos no artigo 5º da Constituição Federal, são, acima disso, direitos humanos consagrados internacionalmente em diversas Cartas Políticas. Tal acesso é de suma importância quando analisado como condição de procedibilidade do processo constitucional.

Tem-se visto que, atualmente, diversas questões relevantes para a sociedade brasileira estão sendo decididas não no âmbito do Poder Legislativo, em que, ao menos em tese, estariam os legítimos representantes do povo, mas sim, no Poder Judiciário, mais precisamente, no plenário do Supremo Tribunal Federal. Assim foi com a Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105, de 2005), a demarcação de terras indígenas, a Lei de Anistia (Lei nº 6.683, de 1979), a aplicação de ações afirmativas nas universidades, dentre outros.

Sob esse prisma, a que se questionar a legitimidade do Poder Judiciário em decidir, pelos cidadãos, a aplicação ou não de normas processuais, materiais, inclusive de cunho ético, já que não foram instituídos diretamente pelo povo como representantes de seus interesses e valores para elaboração de comandos de dever ser.

Diante desta conjuntura, propugna-se necessária também a discussão de meios que funcionem como fatores de inclusão do indivíduo no processo de

formação (por que não dizer assim?) de normas de efeito vinculante oriundas de demandas judiciais que questionam as ações legislativas e atos normativos do Poder Público.

A Constituição Federal de 1988, no parágrafo único do seu artigo 1º, afirma que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Desta forma, como pode o próprio povo ter seu acesso mitigado ao poder de interpretar e aplicar as disposições constitucionais?

Seguindo esta linha de pensamento e partindo do pressuposto de que um Estado Democrático deve promover a Democracia em todas as suas esferas de poder, entende-se como exercício democrático e de cidadania a possibilidade de estabelecimento de um diálogo e, conseqüentemente, maior participação do povo com e na jurisdição, no sentido de vincular ainda mais esta ao cumprimento da vontade geral expressa legalmente, ou seja, do que, de fato, se espera de uma prestação jurisdicional.

Nesse sentido, a Jurisdição Constitucional deverá ser entendida, como um Poder do Estado colocado lado a lado com o povo na guarda dos “preceitos fundamentais” trazidos pela Lei Maior, como expressão maior da Democracia brasileira.

Embora a Carta Política de 1988 coloque expressamente como competência do Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, a afirmativa acima é possível a partir de uma interpretação conforme a Constituição.

Nessa esteira, com relação à Lei nº 9.882/99, corre a ADIn nº 2231, interposta pelo Conselho Federal da OAB, alegando a sua inconstitucionalidade. Integra a mesma ação, como *amicus curiae*, a Conectas Direitos Humanos, suscitando a inconstitucionalidade do veto presidencial retromencionado.

Ademais, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 6.543/2006, que visa alterar a supramencionada lei, com vista a reincorporar ao seu texto a legitimidade ativa do cidadão para a ação em comento.

Resta, portanto, que o tema e os problemas que o permeiam, são de cunho atualíssimo e sua discussão acadêmica tem veemente importância na contribuição para a sua revisão e análise que está sendo desenvolvida e processada pelo Estado.

A pesquisa, de cunho essencialmente documental, é desenvolvida de forma indireta, através da análise dos institutos que compõem a temática. Na construção de todo o trabalho, observa-se os métodos dedutivo e dialético, estabelecendo-se o foco da pesquisa pela análise das proposições constitucionais e da observação dos aspectos positivos e negativos postos acerca do tema, visando à construção de um posicionamento crítico a ser defendido.

Outrossim, fez-se mister o manejo, procedimentalmente, de levantamentos bibliográficos e de estudos de casos, através de análise de jurisprudências existentes em relação ao tema, da leitura sistemática e orientada de publicações doutrinárias nacionais e estrangeiras, buscando a formação do referencial teórico a ser utilizado na construção do trabalho de investigação científica a ser empreendido.

Assim, no primeiro capítulo, é traçado o panorama atual e histórico da Jurisdição Constitucional, derivado dos movimentos constitucionalistas do século XIX. A afirmação do conceito de Constituição enquanto diploma jurídico dotado de força normativa e sua adoção pelo Supremo Tribunal Federal, a doutrina da supremacia constitucional e os princípios constitucionais sobre o processo também são estudados, constituindo as bases sobre as quais se ergue o Princípio da Tutela Judicial Efetiva, insculpido no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988. Por fim, nesta primeira parte, ainda é abordado o tema do controle de constitucionalidade brasileiro, seus desdobramentos históricos e sua perspectiva no momento presente.

No segundo capítulo, são analisados os aspectos essenciais da ADPF, tanto da Constituição quanto na legislação ordinária que veio a atender o comando constitucional do artigo 102, § 1º, da atual Carta Política. Igualmente, se enfrenta a questão controversa na doutrina sobre a noção de preceito fundamental, adotando-se o posicionamento que conceitua o novel instituto como princípios e/ou regras que dispõem sobre normas de direitos humanos. Estabelecidas estas premissas, introduzir-se-á o debate acerca da legitimidade ativa para propositura da ADPF, suas restrições e a possibilidade de abertura democrática do processo constitucional a partir da análise das razões do veto ao artigo 2º, inciso II, da Lei nº 9.882/99, constante na Mensagem nº 1.087/99.

No terceiro e último capítulo, é aprofundada a temática do acesso do cidadão à Jurisdição Constitucional concentrada. Para realização de tal feito, faz-se mister a colocação das bases teóricas ofertadas no âmbito da Filosofia e Sociologia

jurídicas, com a Teoria da Democracia Participativa, cujo maior expoente em território pátrio é o juriconsulto Paulo Bonavides, e a Teoria Discursiva do Direito, de Jürgen Habermas.

Entrementes, as referências a uma Jurisdição Constitucional Democrática passa, irremediavelmente, pelo debate travado entre comunitaristas, herdeiros da doutrina pregada pela Jurisprudência de Valores e adeptos do ativismo judicial; e procedimentalistas, defensores do modelo procedimentalista/discursivo de controle de constitucionalidade das leis, defendendo uma atuação mais restrita do Supremo Tribunal Federal em nome da preservação das instituições democráticas.

Ao final, o acesso individual à Justiça Constitucional é analisado nos contornos definidos pela concepção alargada do acesso à Justiça e do exercício da cidadania, para, enfim, confrontar o direito de postulação do cidadão perante o Supremo Tribunal Federal com as teorias anteriormente esposadas.

2 DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A palavra Jurisdição resulta das expressões em latim *ius* (direito) e *dicere* (dizer). Equivale, portanto, à ação de dizer o direito, cuja fonte principal, no caso da Jurisdição Constitucional, é a própria Constituição ou Carta Política de dado País.

Neste sentido, antes de abordar diretamente o tema objeto deste trabalho: a possibilidade de extensão ao cidadão da legitimidade ativa para propositura da Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental perante o Supremo Tribunal Federal, mister se faz, inicialmente, tecer comentários acerca da Jurisdição, notadamente sobre a Jurisdição Constitucional e o controle judicial de constitucionalidade de normas e atos do Poder Público no Brasil, uma vez que ela constitui o *locus* em que se insere o instituto ora estudado.

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Jurisdição, conforme exposto, corresponde ao ato do Estado de dizer e aplicar o direito a uma dada situação que reclama a ingerência do órgão julgador para promover paz e estabilidade social. Além mais, pode ser considerada como uma das formas de expressão da soberania do Estado, tendo em vista que a função jurisdicional compõe a clássica Teoria da Separação de Poderes, proposta por Montesquieu no clássico “Do Espírito das Leis”.

O Estado Democrático de Direito, fruto político das experiências históricas do despotismo e totalitarismo, é desde então encarado como um governo das leis, em que direitos e garantias fundamentais são cotidianamente transformados em paradigmas normativos inseridos em Constituições rígidas e escritas pelo Poder Constituinte, seja este originário ou derivado.

A importância de tais direitos e garantias, tidos por preceitos fundamentais de um Estado que atende pelo nome de Democrático e de Direito, levou à criação de uma jurisdição específica, com o escopo de proteger tanto as instituições políticas como os jurisdicionados de atos, normativos ou não, que atentem contra a Ordem Maior vigente.

Surge então a Jurisdição Constitucional, exercida através do controle judicial de constitucionalidade. Nesse sentido, aponta Coelho (2008, p. 133) que

Se o Estado é a forma por excelência de manifestação do poder político, e a Constituição, o seu estatuto fundamental, então onde quer que se institucionalizem relações de mando, alguém terá de arbitrar os inevitáveis conflitos entre os *fatores reais de poder*. (Grifos do autor).

Assim, para Canotilho (2005, p. 884), a justiça constitucional pode ser definida “como o complexo de atividades jurídicas desenvolvidas por um ou vários órgãos jurisdicionais, destinadas à fiscalização da observância e cumprimento das normas e princípios constitucionais vigentes”.

Já Streck (2002, p. 27), afirma ser a Jurisdição Constitucional a própria “condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito”.

Ora, das definições doutrinárias em apreço, é forçoso concluir que a Jurisdição Constitucional – enquanto instância deliberativa acerca de questões constitucionais fundamentais, portanto, questões políticas por sua natureza – se constitui em órgão máximo de defesa e/ou controle das instituições políticas, sociais e jurídicas de dado Estado, sendo responsável por decisões capazes de interferir em todas as dimensões em que operem os chamados fatores reais de poder.

É nesse sentido, que diversos doutrinadores do Direito Constitucional têm discutido atualmente a temática da legitimidade democrática dos Tribunais Constitucionais e do próprio Processo Constitucional em si, bem como a questão cada vez mais presente do ativismo judicial, pois as novas interpretações dadas a respeito da Constituição, das leis e dos próprios atos do Poder Público, trazidas ao espaço jurídico-político pelas Cortes Supremas, dão a estas a função atípica de legislar às avessas.

Assim, Coelho (2008, p. 138) revela que

A toda evidência, essa arbitragem consubstancia prerrogativa essencialmente política – de nítido teor constituinte – porque, muito embora disfarçadas em trajes hermenêuticos, essas *novas interpretações* implicam também novas *tomadas de decisão* sobre os espaços que a Corte – e não os autores da Constituição – venha a considerar adequados a cada um dos Poderes estatais, uma prerrogativa extraordinária que só se tornou juridicamente possível, anota Helmt Simon, porque de um lado o exercício de todos os poderes públicos está vinculado à Constituição e, de outro, ao tribunal está afeta a concretização última da Constituição, nisso compreendida a definição da sua própria competência. (Grifos do autor)

Esta função atípica imprime caráter peculiar à Jurisdição Constitucional, pois esta não tem seu âmbito de atuação voltado à resolução da lide enquanto conflito de interesses, qualificado por uma pretensão resistida.

Ao contrário, confere à mesma feição nitidamente política em que, tendo como instrumento os métodos fornecidos pela hermenêutica jurídica, possui o poder de decidir os rumos interpretativos da Carta Magna, em julgados cujos efeitos, na maioria dos casos, notadamente, na Jurisdição Constitucional Brasileira, possuem eficácia contra todos, entendendo-se como tais tanto o Poder Público quanto a sociedade civil.

Tal destaque dado à Jurisdição Constitucional veio crescendo em paralelo ao desenvolvimento do Estado Democrático de Direito e ao fortalecimento do Princípio da Supremacia da Constituição.

No entanto, embora se considere doutrinariamente o surgimento do controle judicial de constitucionalidade com o julgamento, em 1803, pelo *Chief Justice* John Marshall, do famoso caso *Marbury v. Madison*, nos Estados Unidos, alguns autores reconhecem os primórdios da Justiça Constitucional no Direito Antigo e Medieval, afirmando, conforme Cruz (2004, p. 31), que “mesmo na Antiguidade, o Direito e sua força coativa exigiam elementos para sua justificação”.

Dúvida não há quanto ao pensamento do autor citado supra, uma vez que qualquer ordem normativa, seja escrita ou não, necessita de um pilar que a oriente e justifique, sendo, portanto, a sua proteção necessária para o próprio funcionamento da sociedade em questão. Contudo, efetivamente, foi só com a consolidação da Constituição e do constitucionalismo que a Jurisdição Constitucional se revelou enquanto tal ao mundo moderno.

Isto ocorreu, primeiramente, sob a ótica do direito norte-americano, com o chamado *judicial review*, a partir do célebre julgado supramencionado, que originou o chamado modelo difuso ou concreto de Jurisdição Constitucional, no qual é dado a qualquer juiz ou tribunal a competência para auferir a (in)constitucionalidade de normas e atos do Poder Público em um caso específico.

De acordo com Cunha Jr. (2006, p. 72), “até o início do século XX, a comunidade jurídica internacional só conhecia o sistema difuso-incidental da *judicial review* do direito norte-americano”, quando Hans Kelsen fez com que a Europa recepciona-se, enfim, a idéia de um controle de constitucionalidade.

Tal recepção deu-se amparada em um modelo diferenciado, mais tarde apelidado de modelo austríaco-europeu ou concentrado, que, conferia a competência para o exercício da Jurisdição Constitucional a um tribunal específico, o Tribunal Constitucional.

Interessante salientar que o modelo norte-americano encontrou resistência entre os países europeus, notadamente por questões históricas. Cite-se, como exemplo extremo, a França Revolucionária, em que, de acordo com Sampaio (2002, p. 32)

(...) predominava um clima de profunda desconfiança em relação aos juizes, pois vinham às mentes dos revolucionários os 'parlements' ou tribunais superiores que na época dos Luízes tanto contribuíram para a arbitrariedade do *Ancien Régime*.

Tanto o modelo norte-americano quanto o modelo austríaco-europeu se difundiram por diversos países, notadamente os de cultura jurídica ocidental, onde se seguiram diversas adaptações dos mesmos tanto a sistemas jurídicos da *common law* quanto da *civil law*.

No Brasil, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, consolidou-se a convivência entre os dois modelos de Justiça Constitucional, existindo quanto a esta um sistema misto de controle de constitucionalidade.

Contudo, mesmo diante de toda a questão política que envolve a Jurisdição Constitucional, desde suas origens até os seus regimes hodiernos, não se pode deixar de levar em consideração a importância do processo jurídico-constitucional positivo para a mesma.

Nesse lume, tendo em vista as discussões de legitimidade ou não de tribunais ou juizes para decidir questões concernentes ao Estado e aos direitos e garantias fundamentais de um povo, a processualística surge como pedra angular na busca pela efetivação do Princípio Democrático, do Acesso à Justiça e de participação na formação interpretativa de normas que incidirão sobre toda a coletividade.

Igualmente, afirma Coelho (2008, p.143):

Se tivermos presente, igualmente, que a defesa das constituições democráticas é também, a defesa dos valores que elas reconhecem e proclamam; que é muito mais fácil aos grupos minoritários, com uma singela petição, acionar a jurisdição constitucional contra as leis que os discriminem do que fazer abaixo-assinados ou gritar palavras de ordem, de resto incapazes de inibir esses e outros abusos legislativos; se atentarmos para tudo isso, enfim, acabaremos admitindo que longe de ser politicamente ilegítima, como dizem os detratores históricos, essa *superlegislatura* acabará se mostrando uma instituição das mais democráticas (...). (Grifo do autor).

Desta forma, há que se reconhecer a necessidade de uma instância judicial máxima, capaz de resolver questões que versem sobre a organização e direitos vitais de uma sociedade e sua estrutura de poder.

Impende ressaltar, no entanto, em um Estado Democrático de Direito que se constitui em arcabouço político-jurídico de uma sociedade plural, a função da Jurisdição Constitucional, exercida com o fito de promoção e proteção da Democracia, não é apenas ser tutora da Constituição, mas conferir, por meio dos ritos adotados, igualdade de discurso entre os atores sociais na formação hermenêutica da nova norma.

2.2 A CONSTITUIÇÃO E SUA FORÇA NORMATIVA: PRESSUPOSTO DE JUSTIFICAÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DO PROCESSO

A definição do conceito de Constituição e sua adoção como referencial paradigmático a permear o pensamento exposto neste trabalho, revela-se de suma importância tendo em vista a ceara jurídico-política que permeia a análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Sem dúvida, o estudo de espécies normativas que dizem respeito diretamente à proteção de preceitos fundamentais estatuídos na Lei Maior de um País instituído como Estado Democrático de Direito, está ligado intrinsecamente à noção que se tem desta, se é apenas uma folha de papel ou documento político dotado de força normativa.

As acepções acerca do que venha a ser a Constituição são das mais diversas, acompanhando, desde o seu surgimento, o desenrolar dos fatos políticos e sociais ao longo da História. Nesse sentido, anota Nascimento (2006, p. 25) que

(...) o termo Constituição firmou-se com os americanos, na Revolução de 1776/1787 e, posteriormente, na Revolução Francesa de 1789, sendo que esta deu sua contribuição para todo ocidente contemporâneo. Pode-se considerar que, também, o constitucionalismo originou-se das mencionadas revoluções (...).

As mesmas, conhecidamente originárias de setores burgueses, são tidas como um dos marcos da Historiografia ocidental, uma vez que romperam com o paradigma do Absolutismo e da vontade ilimitada do Príncipe, inaugurando uma nova forma de Estado, agora sob o paradigma das leis, o Estado de Direito.

A Constituição consolidou-se então como uma Carta de garantia dos direitos e liberdades conquistados e, a partir daí, seu sentido vem sendo interpretado nas mais diferentes concepções.

A mais conhecida, difundida e, notadamente aceita, na comunidade jurídica ocidental é a concepção jurídica, produto do pensamento juspositivista de Hans Kelsen. Segundo ele, a Constituição está alocada no mundo do dever-ser e não no mundo do ser, tendo seu fundamento de validade na norma hipotética fundamental, que, por sua vez, valida todo o sistema de normas positivadas. Assim, considerando o sistema como uma pirâmide, a Constituição jurídica estaria no ápice e todas as demais normas subordinadas a ela.

Ainda, dentre os mais famosos sentidos atribuídos à Constituição, encontra-se a chamada acepção sociológica, idealizada por Ferdinand Lassale. Para Lassale (2000, p. 17) “a Constituição seria a soma dos fatores reais de poder dentro de uma organização social, reduzindo-se, por conseguinte, a uma mera folha de papel a ser conduzida de acordo a disposição das forças políticas”.

Segundo Lassale (2000, p. 33), “a Constituição escrita, para ser boa e duradoura, deve coincidir em todos os aspectos com a Constituição real, refletindo as forças e jogos de poder existentes na sociedade”.

Em contraposição, Konrad Hesse, contemporâneo de Lassale, elaborou a chamada *força normativa da constituição*, publicado-a em livro intitulado com o mesmo nome. Para Hesse (1991, p. 19), que entende a Constituição como ordem jurídica fundamental, material e aberta de uma comunidade,

(...) pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a *vontade de poder (Wille zur Macht)*, mas também a *vontade de Constituição (Wille zur Verfassung)*.

Ou seja, não há dúvida de que a Constituição jurídica deve corresponder à Constituição real. No entanto, a sobrevalorização desta coloca em risco todo o fundamento que envolve o próprio Direito Constitucional em si, uma vez que “a idéia de um efeito determinante exclusivo da Constituição real não significa outra coisa senão a própria negação da Constituição jurídica” (HESSE, 1991, p. 11).

Nesse sentido, há que se reconhecer a força normativa da Constituição jurídica, que se dará em razão da *vontade de constituição* presente nos destinatários e operadores da Carta Magna, buscando a efetivação destas normas em

composição – e não oposição – às forças de poder existentes no meio social e suas tensões.

É esta concepção que o Supremo Tribunal Federal, órgão a quem compete a guarda da Constituição no Brasil, vem adotando em seus julgados:

A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E O MONOPÓLIO DA ÚLTIMA PALAVRA, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM MATÉRIA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL – O exercício da jurisdição constitucional, que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição, põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que “A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la”. Doutrina. Precedentes. A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal – a quem se atribui a função eminente de “guarda da constituição” (CF, art. 102, “caput”) – assume papel de fundamental importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo jurídico-político vigente em nosso País conferiu, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental. (MS 26603/DF, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 04.10.2007)

Ainda para o Pretório Excelso, “a força normativa da Constituição é despreendida da totalidade, totalidade normativa, que a Constituição é.” (RECLAMAÇÃO Nº 6568/SP – São Paulo, Rel. Min. Eros Grau, julgado em 21.05.2009).

Nesse lume, a Constituição jurídica não deve ser reduzida tão somente a uma folha de papel reprodutora dos fatores reais de poder, pois é nela que estão consubstanciadas as bases políticas e sociais do Estado, postas por setores tanto minoritários quanto majoritários da sociedade reunidos em Assembléia Constituinte.

Destarte, é forçoso concordar com Hesse quanto à necessidade de se imprimir força normativa à Lei Fundamental, sendo necessário para tal a chamada *vontade de constituição*.

Para Bonavides (2008, p. 373), na “base da legitimidade do poder, uma Constituição respeitada será idônea para debelar crises e tolher comoções desestabilizadoras do sistema democrático de poder”.

Neste pensamento, apenas a vontade de constituição não é o bastante para que se garanta a completa harmonização entre Constituição real e Constituição jurídica. Acrescente-se, ainda, a legitimidade do processo e o respeito à Carta Política para que tal alvo seja alcançado.

2.2.1 DA SUPREMACIA CONSTITUCIONAL

A noção de uma Lei Fundamental, em relação a qual todos os compromissos e leis deveriam estar subordinados, se liga, intimamente, à origem e evolução da Jurisdição Constitucional.

Conforme Sampaio (2002, p. 14), “essa regra de superioridade de uma lei ou, conforme o caso, de uma ordem em relação às demais desafiaria, um pouco adiante, um instrumento de garantia de sua eficácia”.

Embora consolidada com revoluções burguesas do século XVIII, a idéia de Constituição, conforme aponta Lassale (apud Cunha Jr., 2006, p.21), “não é uma prerrogativa dos tempos modernos”. O que ocorreu neste período foi o surgimento das Constituições escritas a partir do desenvolvimento dos movimentos constitucionais que apregoavam o constitucionalismo.

Segundo Canotilho (2002, p.51), “constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”.

Tais movimentos surgiram ligados ao advento da política liberal, com o objetivo de limitar o poder do Príncipe – então figura representativa máxima do Estado Absolutista – tendo por base uma Carta escrita de direitos cujo conteúdo preconizava uma série de liberdades positivas e visava estabelecer uma nova ordem organizacional do Estado.

Destarte, para Cunha Jr. (2006, p. 22),

O constitucionalismo, portanto, deve ser visto como uma aspiração de uma Constituição escrita, que assegurasse a separação de Poderes e os direitos fundamentais, como modo de se opor ao poder absoluto, próprio da primeira forma de Estado.

É nesse contexto que a Constituição escrita passa a ganhar status de norma suprema e fundamental, reguladora da forma e organização do Estado, dos direitos e das leis em geral. Amparada nas bases no positivismo jurídico, a Jurisdição Constitucional, neste primeiro momento, atuava como a guardiã máxima da legalidade validada pela Carta Política.

Já no século XX, com o fim da Primeira Guerra Mundial, o constitucionalismo assume novo caráter como o delineamento de um novo cenário jurídico-político que

culminou com “a passagem do Estado liberal ao Estado social e, conseqüentemente, a metamorfose da Constituição, de Constituição Garantia, Defensiva ou Liberal para Constituição Social, Dirigente, Programática ou Constitutiva.” (CUNHA JR., 2006, p.25)

A Lei Maior deixa de exercer então um mero papel limitador do Poder frente às liberdades e garantias positivadas para passar a impor a este mesmo Poder – agora de feição intervencionista – normas de cunho social, visando à promoção não só do desenvolvimento econômico como do bem-estar social.

Esta orientação, que consubstancia o chamado constitucionalismo dirigente ou dirigismo comunitário, terá influência direta sobre o papel da Jurisdição Constitucional, que agora poderá não só julgar as normas e atos do Poder Público em dissonância com a Constituição, mas terá legitimidade para impor ao mesmo o cumprimento das disposições constitucionais programáticas, também com base no princípio da supremacia constitucional, exercendo, cada vez mais, função atípica legiferante.

É de se notar que a marcha histórica não pára e o Direito, enquanto ciência social aplicada, segue seus rumos adaptando-se às novas realidades. É assim que, a partir da dolorosa experiência dos Estados totalitários na Europa e na América, na segunda metade do Século XX, se erige o Estado Constitucional ou Estado Democrático de Direito com a constitucionalização dos chamados direitos de terceira dimensão, a saber, os direitos de fraternidade, solidariedade, participação etc.

Tem-se, portanto, um novo movimento, o neoconstitucionalismo, que, conforme Barroso (2007, p. 205-206), se fundamenta em “três marcos fundamentais: o histórico, o teórico e o filosófico. Neles estão contidas as idéias e as mudanças de paradigmas que mobilizaram a doutrina e jurisprudência nesse período (...)”.

O marco histórico foi o desenhado pelo pós-guerra na Europa Continental e pela promulgação da Constituição de 1988 no Brasil, com a onda de redemocratização que tomou conta dos Estados ocidentais traumatizados com o totalitarismo.

Forma-se nesse período o Estado Constitucional de Direito que, consoante Barroso (2007, p. 205) tem “por característica central a subordinação da legalidade a uma Constituição rígida”, trazendo agora a Democracia, e não somente as liberdades e os direitos sociais, como sua grande bandeira, sendo, por isto, também chamado Estado Democrático de Direito.

No campo filosófico, o neoconstitucionalismo, tem como marco o pós-positivismo jurídico. Segundo Barroso (2007, p. 208),

Em busca de objetividade científica, o positivismo equiparou o direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX. Sua decadência é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade.

O pós-positivismo, sem desprezar o direito posto, busca ir além da legalidade escrita, marcando o retorno dos valores éticos da real concretização da justiça nos conflitos sociais ao mundo jurídico.

O marco teórico em que se assenta o novel movimento constitucional corresponde justamente aos Princípios da Supremacia e da Força Normativa da Constituição, consolidando a constitucionalização dos direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira gerações e sua imperatividade diante do ordenamento jurídico e do próprio Estado, bem como à formação de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

Infere-se então, que, em face do neoconstitucionalismo, a Jurisdição Constitucional mais uma vez tem seu papel ampliado, sendo que agora sua função é tutelar não apenas direitos fundamentais individuais e sociais, mas a própria condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito, a Participação e a Democracia.

A tamanha importância desta prerrogativa tem gerado acirrado debate entre doutrinadores do Direito Constitucional e da Ciência Política, que vêm questionando a legitimidade de um tribunal, não eleito pelo povo, decidir em última instância questões de tal monta.

Quanto a esta problemática, é forçoso repisar a importância da existência de um órgão de deliberação última, nos moldes dos Tribunais Constitucionais, que sejam capazes de dar a última palavra nos conflitos hermenêutico-jurídicos entre a Constituição e as demais normas e atos do Poder Público. Afinal, a segurança jurídica, tão cara aos adeptos do positivismo, ainda é necessária para que não seja perdido o que foi conquistado.

No entanto, concordando com o posicionamento de Coelho (2008, p. 143),

Se vivemos num Estado de Direito, torna-se imperioso que a *leitura* da sua Constituição seja feita *em voz alta e à luz do dia*, no âmbito de um processo verdadeiramente público e republicano, num *diálogo jurídico* do qual participem os diversos atores sociais – agentes políticos ou não –, porque,

afinal, todos os membros da sociedade, e não apenas os dirigentes, fundamentam na Constituição os seus direitos e obrigações.

Nesse sentido, conforme entendimento esposado supra, a legitimidade da Jurisdição Constitucional se assentará no processo de formação de sua interpretação, de forma que suas normas – haja vista que a atividade interpretativa é de certa forma uma atividade legiferante –, para serem válidas, devem contar com a participação e o assentimento de todos os possíveis atingidos por ela.

2.2.2 DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS SOBRE O PROCESSO

A teoria geral do processo está fundamentada em três principais institutos: a jurisdição, o processo e a ação. A jurisdição consiste no poder-dever do Estado em por fim à resolução de conflitos de interesses. É um poder porque o Estado assumiu o monopólio da função jurisdicional, possuindo, por conseguinte, o dever de prestar sua tutela. Tal entendimento não é diferente quanto ao exercício da Justiça Constitucional, guardadas as devidas peculiaridades deste tipo especial de jurisdição.

A ação é o instrumento necessário para se deflagrar a jurisdição, consistindo em um direito público, subjetivo, instrumental, autônomo, abstrato e condicional. Paradigma que também rege as ações constitucionais no controle concentrado de constitucionalidade.

Já o processo é, justamente, o conjunto de procedimentos do qual se serve a jurisdição para a prestação da tutela jurisdicional, consistindo, portanto, na pedra angular da efetividade na busca pelo direito. Dada sua relevância, a Constituição de 1988 consagrou os princípios gerais sobre o processo no rol dos direitos e garantias fundamentais. Esses têm sua ingerência em todos os ramos do direito processual, dentre eles o direito processual constitucional, âmbito no qual se insere a temática ora discutida.

Cumprе ressaltar a importante distinção entre direito constitucional processual e direito processual constitucional. O primeiro trata, conforme asseverado, dos princípios constitucionais sobre o processo em geral; já o segundo corresponde ao processo levado a cabo na Jurisdição Constitucional.

Canotilho (2002, p. 955) classifica o processo constitucional em sentido amplo, como conceito que abrange os “vários processos correspondentes às várias funções do Tribunal Constitucional”; e em sentido estrito, como “o processo constitucional reconduz-se a um complexo de actos e formalidades tendentes à prolação de uma decisão judicial relativa à conformidade ou desconformidade constitucional de actos normativos públicos.”

Nessa esteira, baseado na Constituição Portuguesa e adotando um viés instrumental, elenca o ilustre jurista os princípios gerais do direito processual constitucional, quais sejam: a) princípio do pedido; b) princípio da instrução; c) princípio da congruência ou da adequação; d) princípio da individualização; e e) princípio do controle material.

Ferreira Filho (2006, p. 21) afirma que, “no Brasil, a doutrina utiliza a expressão num sentido amplíssimo”, tendo em vista a peculiaridade do modelo misto de Jurisdição Constitucional adotado.

Com efeito, para Cintra, Grinover e Dinamarco (2006, p. 85), “o direito processual constitucional abrange, de uma lado, (a) a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo; (b) de outro, a jurisdição constitucional”.

No Brasil, a Carta Magna de 1988 trouxe diversos dispositivos fundamentais a nortear o processo como um todo. Dentre eles destaca-se o princípio do acesso à Justiça ou da proteção judicial efetiva, insculpido no artigo 5º, inc. XXXV, da CF/88. O mesmo dispõe que a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito.

Buscando a efetividade desta disposição, a Constituição Federal ainda traz em seu bojo a garantia ao devido processo legal (artigo 5º, LVI), o duplo grau de jurisdição, o Princípio que assegura o direito a uma Duração Razoável do Processo (artigo 5º, LXXVIII), os Princípios da Publicidade (artigo 5º, LX), Contraditório e Ampla Defesa (artigo 5º, LV).

Ressalte-se que o direito ao duplo grau de jurisdição não possui aplicação geral como os demais princípios, haja vista que, conforme assevera Coelho (2008, p. 495),

O Supremo Tribunal Federal tem acentuado a não-configuração de um direito ao duplo grau de jurisdição, a não ser naqueles casos em que a Constituição expressamente assegura ou garante esse direito, como nas hipóteses em que outorga possibilidade de recurso ordinário ou apelação para instância imediatamente superior.

Acrescente-se ainda o direito de igualdade entre as partes litigantes, de petição (artigo 5º, XXXIV, "a"), ao juiz natural (artigo 5º, LIII) e proibição de tribunais de exceção (artigo 5º, XXXVII), e as garantias constitucionais quanto à definição do crime (artigo 5º, XXXIX), à pena e sua execução (artigo 5º, XLV a XLVIII), bem como a prisão (artigo 5º, LXII, LXIII e LXV), dentre outros.

Todos estes citados direitos fundamentais processuais se constituem em corolário do Princípio Democrático de Direito e do direito de cidadania, que conferem ao cidadão a prerrogativa de requerer e obter do Estado a satisfação máxima das garantias Constitucionais acerca dos seus direitos individuais e coletivos, seja em uma questão ordinária comum, seja em caso de violação ou ameaça de violação a estes mesmos ou a outros preceitos fundamentais.

Desta forma, é correto afirmar que tais disposições máximas se aplicam de forma peculiar ao processo constitucional brasileiro, uma vez que se trate de processo objetivo (controle concentrado de constitucionalidade) ou de processo subjetivo (controle difuso de constitucionalidade).

2.3 DO CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

As origens da Jurisdição Constitucional no Brasil não coincide com o início da história constitucional do Estado Brasileiro, mas sua evolução tem acompanhado esta em todos os seus matizes.

Na primeira Constituição do País, a Carta de 1824, não havia qualquer previsão acerca da existência e formação de uma Jurisdição Constitucional.

Conforme ressalta Mendes (2008, p. 1035), "a referida carta, influenciada pelo legado jurídico francês da Revolução Burguesa, conferia somente ao Poder Legislativo a atribuição de velar pela observância das normas constitucionais", sob o pressuposto de que só é dado o poder de revisão e interpretação das leis ao órgão que as criou.

De igual sorte, segundo Cruz (2004, p. 270) o Supremo Tribunal de Justiça, antecedente do Supremo Tribunal Federal, à época,

(...) estava longe de ser o órgão máximo de um dos poderes soberanos do Estado brasileiro. Ao contrário, enquadrava-se mais como um dos Ministérios do Governo Imperial. Todavia, de sua história também constam passagens de coragem e independência, abrindo, posteriormente, espaço para o efetivo controle de constitucionalidade.

Já na Constituição de 1891, surge pela primeira vez, um modelo de controle judicial de constitucionalidade no Brasil, o modelo norte-americano incidental ou difuso, sob a nítida influência da experiência constitucional dos Estados Unidos nas obras de Rui Barbosa.

Nela se estabelecia, conforme assevera Mendes (2008, p. 1037), a competência do já então Supremo Tribunal Federal para julgar, em grau de recurso,

(...) as sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, quando se questionasse a validade ou a aplicação de tratados e leis federais e a decisão do Tribunal fosse contra ela, ou quando se contestasse a validade de leis ou de atos dos governos locais, em face da Constituição ou das leis federais, e a decisão do Tribunal considerasse válidos esses atos ou leis impugnadas.

É importante salientar que não havia o julgamento de lei em tese. Ainda se reconhecia que a validade ou não de uma lei não deveria ser objeto de controle judicial. Estava submetido a este apenas o julgamento de casos concretos que desobedecessem aos preceitos constitucionais. Para Rui Barbosa (apud Mendes, 2008, p. 1038), autor intelectual da Constituição de 1891, “o *judicial review* era um poder de hermenêutica e não de legislação”.

Com o advento da Constituição de 1934, foram introduzidas modificações no sistema de controle judicial de constitucionalidade, inicialmente proposto pela Constituição de 1891, dentre as quais se destaca a competência do Senado para suspender, com efeito *erga omnes*, execução de lei ou ato, deliberação ou regulamento, declarados incompatíveis com a Constituição pelo Supremo Tribunal Federal.

Houve também a previsão da subordinação da eficácia de lei interventiva à declaração de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal (artigo 12, § 2º), o que, ressalte-se, terminou por ser o embrião da Ação Direta de Inconstitucionalidade. Segundo Mendes (2008, p. 1040), aqui “foi apresentado projeto de instituição de uma Corte Constitucional inspirada no modelo austríaco”.

A Constituição de 1937, também conhecida como *polaca*, de orientação fascista, não trouxe nenhuma novidade quanto ao tema. Ao contrário, resultou em inequívoco retrocesso ao controle judicial de constitucionalidade, ao permitir que a lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal fosse reapreciada pelo

Poder Legislativo e, caso confirmada por 2/3 dos votos em cada Câmara, teria resgata sua validade, inobstante a declaração de inconstitucionalidade pronunciada pelo Tribunal.

Segundo Cruz (2004, p. 285), o controle de constitucionalidade, à época, era compreendido pelo então Ministro da Justiça, Francisco Campos,

(...) como técnica de preservação das elites brasileiras em face da preservação do *status quo* que a mesma promovia devendo, pois, o Judiciário submeter-se ao controle do Poder Legislativo.

Já a Carta Política de 1946, restaurou o controle judicial de constitucionalidade tal qual como vinha se delineando nos moldes das Constituições anteriores, disciplinando a competência do Supremo Tribunal Federal para apreciar, além dos recursos ordinários, os recursos extraordinários.

Além mais, manteve a atribuição do Senado Federal em suspender execução de lei declarada inconstitucional pelo Tribunal Pleno e importante mudança ocorreu quanto à representação interventiva, a ser proposta pelo Procurador-Geral da República, que agora estaria subordinada à declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, do ato ou norma objeto da intervenção. Surge então a arguição de constitucionalidade direta que, segundo Mendes (2008, p. 1043), “teve ampla utilização no regime constitucional instituído”. Delineavam-se os contornos do controle abstrato de normas no Direito Constitucional pátrio.

No entanto, foi com a Emenda nº 16, de 1965, que o controle em tese de normas estaduais e federais fora instituído, com a previsão do instituto da representação de inconstitucionalidade, com legitimidade pertencente somente ao Procurador-Geral da República.

A Constituição de 1967/69, inobstante tenha feito parte de momento histórico de falência das instituições democráticas do País, não trouxe relevantes modificações, mantendo os sistemas de controle difuso e controle abstrato de normas.

Contudo, foi com o advento da promulgação da Constituição Cidadã, em 1988, que grandes inovações foram trazidas ao controle judicial de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, tendo como paradigma a instauração de um Estado Democrático de Direito. Para Mendes (2008, p. 1053), “a Constituição de 1988 amplia significativamente os mecanismos de proteção judicial, e assim também o controle de constitucionalidade das leis”.

Nesse sentido, a nova Carta Magna ampliou a competência do Supremo Tribunal Federal; consagrou os remédios constitucionais – habeas corpus, habeas data, mandado de segurança, mandado de injunção – como ações de garantia dos direitos fundamentais.

Trouxe mudanças substanciais no controle judicial abstrato de normas com a criação da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, Ação Direta de Inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual; Ação Direta de Constitucionalidade e, por fim, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Outro marco foi a ampliação da legitimidade de propositura das Ações Diretas perante o Pretório Excelso, iniciando um projeto de abertura democrática do processo constitucional e de fortalecimento do controle concentrado em detrimento do difuso.

Destarte, pode-se afirmar que a Jurisdição Constitucional no Brasil, atualmente, adota um modelo misto de controle de constitucionalidade das leis, em que convivem o controle difuso, de inspiração norte-americana, e o controle concentrado, de influência marcadamente européia.

Contudo, assevera Cunha Jr. (2008, p. 288)

(...) o novo arranjo jurídico constitucional trazido pela Constituição vigente, determinante da amplitude das ações especiais e diretas de controle concentrado e da fixação de um extenso rol de legitimados para propositura dessas ações, o controle difuso-incidental sofreu uma significativa restrição.

Nesse lume, acompanhando a tendência mundial de mitigação dos dois grandes sistemas de controle judicial de constitucionalidade, o mesmo vem acontecendo no País, com a desnaturação progressiva da via difusa e a tentativa, ainda insipiente, de se reconhecer julgamento subjetivo na via concentrada. De acordo com Mendes (2008, p. 1009), “o desenvolvimento destes dois modelos básicos aponta em direção a uma aproximação ou convergência a partir de referenciais procedimentais ou pragmáticos”.

Com efeito, tendo em vista as recentes normatizações do instituto da repercussão geral para o Recurso Extraordinário, e das Súmulas Vinculantes, a liberdade dos juízes em decidir sobre questões constitucionais restou assaz vinculada aos posicionamentos do Supremo Tribunal Federal.

Ademais, com a possibilidade do ajuizamento da ADPF, por qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público, sua utilização como incidente de

inconstitucionalidade, o instituto da Reclamação Constitucional, dentre outros, reconheceram-se instrumentos específicos para defesa de posições subjetivas perante a Jurisdição Constitucional concentrada.

2.3.1 DO CONTROLE DIFUSO

O controle difuso de constitucionalidade das leis, ou modelo norte-americano, tem suas origens, conforme já asseverado, no julgamento do célebre caso *Marbury v. Madison*, sendo adotado aqui no Brasil a partir da Constituição Brasileira de 1981.

Também chamado de concreto ou incidental, o controle difuso é exercido no bojo de uma decisão jurídica proferida a respeito de uma demanda levada à Juízo, podendo a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público ser suscitada por qualquer das partes litigantes perante o caso objeto do processo.

Além das partes, têm legitimidade para provocar o controle de constitucionalidade incidental, terceiros intervenientes no processo; o Ministério Público, oficiando do feito; e o juiz ou tribunal, inclusive, de ofício, excetuando-se o Supremo Tribunal Federal, haja vista a necessidade do pré-questionamento no recurso extraordinário.

Destarte, a declaração de inconstitucionalidade em sede de controle difuso há de ser proferida, necessariamente, em um processo *inter partes*, podendo ser requerida pelas mesmas, seja autor ou réu, como fundamento de sua causa de pedir, em qualquer espécie de ação.

Nessa esteira, a questão constitucional suscitada ostenta natureza de questão prejudicial, da qual depende o julgamento principal da causa, por isso só pode ser argüida incidentalmente, como prejudicial de mérito da pretensão deduzida.

Outra via utilizada para provocação da via difusa da Jurisdição Constitucional é a utilização das chamadas ações constitucionais de garantia, ou os chamados remédios constitucionais, em virtude do seu rito especial, que confere maior celeridade ao processo. Para Cunha Jr. (2006, p. 101-102).

Esses remédios constitucionais são movidos, ora individualmente, por quem supostamente titulariza um direito fundamental, ora coletivamente, por entidades ou órgãos legitimados para atuarem na condição de substitutos processuais em favor de interesses ou direitos subjetivos assegurados aos personagens substituídos. Entre os remédios constitucionais mais utilizados

no controle incidental, sobretudo no controle concreto das omissões do poder público, figuram a *ação popular*, o *mandado de segurança*, a *ação civil pública* e o *mandado de injunção*. (Grifos do autor)

O controle de constitucionalidade difuso pode ser realizado por qualquer juiz ou tribunal, seja por meio de uma ação subjetiva ou de um recurso, provocado por meio de exceção.

Quanto a seu exercício pelo Superior Tribunal de Justiça, cumpre salientar que o mesmo deve ser feito no âmbito de sua competência originária ou em sede de recurso ordinário, uma vez que o recurso especial destina-se apenas ao enfrentamento de questões infraconstitucionais, sob pena de usurpação da competência constitucional do Pretório Excelso.

Com relação aos efeitos das decisões em sede de controle incidental, a regra, *a priori*, é que eles se dêem apenas entre as partes e com transcendência *ex tunc*, ou seja, retroativos à publicação da lei ou realização do ato violador da norma constitucional.

A Constituição de 1988 prevê, contudo, que tais julgados possam ter eficácia contra todos no caso de o Senado, em sede de competência privativa, “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal” (artigo 52, X, CF/88), via resolução, passando a valer a partir da publicação desta no Diário Oficial. No entanto, aos arrepios do constituinte originário, tal dispositivo tem se tornado obsoleto de acordo com orientação da própria Corte Suprema.

Com efeito, o Min. Gilmar Mendes, na Reclamação nº 4335/AC, da qual é relator, afirma que

(...) as decisões do Supremo Tribunal Federal, a respeito da inconstitucionalidade de lei, mesmo proferidas em controle difuso de normas, já são dotadas de eficácia geral, cabendo ao Senado Federal a prerrogativa discricionária de apenas conferir publicidade a elas.

Referido entendimento, dado a partir do que o Pretório Excelso chamou em sua decisão de “mutação constitucional”, termina por equiparar os efeitos do controle difuso com o controle concentrado, redundando no que Lenza (2009, p.185) chama de “abstrativização do controle difuso”.

De acordo com Streck, Oliveira e Lima (2007, p. 07), tal entendimento gera um grave problema para o sistema de direitos e garantias fundamentais, uma vez que

(...) atribuir eficácia erga omnes e efeito vinculante às decisões do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade é ferir os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LIV e LV, da Constituição da República), pois assim se pretende atingir aqueles que não tiverem garantido o seu direito constitucional de participação nos processos de tomada de decisão que os afetará.

Nesta leva de esvaziamento da via difusa, podemos ainda citar a edição das Súmulas Vinculantes, que subordinam cada vez mais a decisão dos juízes e demais instâncias inferiores ao Supremo Tribunal Federal, além, *a contrariu sensu*, da negativa de provimento a ser dada em recurso cuja decisão atacada esteja harmonizada com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, Supremo Tribunal Federal ou Tribunal Superior.

Tudo isto, aliado à recente regulamentação do instituto da repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, relativizam o efeito *inter partes*, desnaturando uma das principais características do controle difuso de constitucionalidade.

Além mais, com a utilização da teoria da modulação dos efeitos da decisão, o Supremo Tribunal Federal tem a prerrogativa de decidir se os efeitos se operarão, observada a particularidade do caso, *ex nunc* ou *ex tunc*.

A esse respeito, comenta Cruz (2004, p. 324):

Castrar o direito da Jurisdição Ordinária de fundamentar sua decisão em face dos elementos concretos que defluem dos autos significa ferir de morte a democracia. Assim, apequena-se o argumento da economia e da celeridade processuais, pois a riqueza da ciência jurídica contemporânea está justamente no fato de que cada caso contém suas peculiaridades, permitindo a construção de uma cidadania ativa, ou seja, que cada um dos cidadãos se sinta não apenas como destinatário, mas também co-autor da normatividade estatal.

Contudo, para Mendes (2008, p. 1087), foi a própria Constituição de 1988 que

(...) reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso, ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (art. 103), permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas.

Como se vê, a cada dia cresce o poder do Supremo Tribunal Federal enquanto constituinte às avessas, indo este muito além, através da atividade interpretativa, na tarefa conferida a ele pela Carta da República de 1988, que seria a guarda da Constituição.

Guardar tem no Texto Constitucional o significado de proteger e não modificar, como veementemente vem acontecendo nos julgados proferidos pela Corte e a profusão da novel figura jurídica da mutação constitucional.

Ademais, com as progressivas restrições à via difusa, fica cada vez mais difícil ao particular/cidadão acessar a Justiça Constitucional, deixando-se de lado a particularidade dos casos, tão cara de ser analisada em um País de grandes dimensões territoriais e realidades sociais distintas como o Brasil.

2.3.2 DO CONTROLE CONCENTRADO

O controle de constitucionalidade concentrado de normas corresponde ao chamado modelo europeu ou austríaco, idealizado por Hans Kelsen. Por ele, um Tribunal Constitucional analisa a (in)constitucionalidade de lei ou ato normativo em face da Constituição sem a presença de partes ou contraditório. Tal modelo se consolidou no Brasil, conforme anteriormente demonstrado, com a Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, reservando a sua competência como exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

A Constituição de 1988 ampliou e aperfeiçoou significativamente o sistema do controle concentrado, aduzindo parte da doutrina que tal atitude do constituinte sobrelevou tal modelo em relação ao sistema difuso, tradicionalmente adotado no Brasil desde a Carta Política de 1981. Assevera Mendes (2008, p. 1056) que,

A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (art. 103), permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas.

Não resta dúvida que a chamada Constituição Cidadã trouxe significativas inovações ao prever novas ações diretas perante o Pretório Excelso, como a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Acenou, ainda, para a possibilidade de adoção de efeitos vinculantes nas decisões proferidas no âmbito dessas ações, além de ampliar o rol de legitimados para propositura das mesmas, antes restrito ao Procurador-Geral da República.

Nesse contexto de mudanças, também fora deferido aos Estados Membros instituírem em suas Constituições um sistema de controle concentrado de normas em face das leis ou atos normativos estaduais e/ou municipais, conferindo a competência para seus julgamentos aos Tribunais de Justiça Estaduais e vedando sua legitimação a um único órgão.

As chamadas ações diretas do controle abstrato destinam-se à provocação do Pretório Excelso para auferir a incompatibilidade ou não de determinada lei ou ato normativo em face da Constituição Federal.

Assim, a questão constitucional a ser enfrentada guarda natureza de questão principal, uma vez que diz respeito ao próprio objeto do processo, diferentemente do que ocorre no controle difuso.

Nesse caso, o Supremo Tribunal Federal se limita a examinar abstratamente o confronto entre as normas em tela, como medida a assegurar, objetivamente, a supremacia da Constituição (CUNHA JR., 2006, p. 152).

As ações que gozam de previsão constitucional são: a) Ação Direta de Inconstitucionalidade (artigo 102, I, "a"); b) Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (artigo 103, § 2º); c) Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva (artigo 36, III); d) Ação Declaratória de Constitucionalidade (artigo 102, I, "a") e; e) Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (artigo 102, § 1º).

A Ação Declaratória de Constitucionalidade, também chamada de ADI genérica, tem por objeto a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual. Já a Ação Declaratória de Constitucionalidade visa afirmar, em face da Constituição, conteúdo de lei ou ato normativo federal que seja objeto de controvérsia judicial relevante, da qual resulte elevado número de ações. Ambas são reguladas pela Lei Federal nº 9.868, de 10 de novembro de 1999.

O rol de legitimados ativos se encontra previsto no artigo 103 da Constituição da República, cujos beneficiários são o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de 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, por fim, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

A previsão destes legitimados foi, sem dúvida, uma conquista da Democracia em face das Constituições brasileiras passadas que entregavam o monopólio da propositura das ações diretas nas mãos do Procurador-Geral da República.

Contudo, não é o bastante. A sociedade civil ainda encontra grandes óbices para acessar a Justiça Constitucional na via concentrada, tendo em vista a necessidade de comprovação de pertinência temática exigida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Nessa esteira, Mendes (2008, p. 1111) entende que

(...) uma tal restrição ao direito de propositura, além de não se compatibilizar, igualmente, com a natureza do controle abstrato de normas, criaria uma injustificada diferenciação entre os entes ou órgãos autorizados a propor a ação, diferenciação essa que não encontra respaldo na Constituição.

Além mais, só são reconhecidas, pela Corte Máxima, como entidades de classe de âmbito nacional, aquelas que representem categoria econômica ou profissional, com abrangência de, no mínimo, um terço dos Estados Membros.

Desta forma, ficam excluídos, por exemplo, entidades de defesa dos direitos humanos e a esmagadora maioria dos movimentos sociais.

Nesse lume, saliente-se ainda que se reconhece postulação plena, ou seja, a prerrogativa de se provocar a jurisdição sem o intermédio de advogado legalmente constituído e, por conseguinte, realizar atos processuais, apenas aos legitimados constantes nos incisos I a VII do artigo 103, da Constituição Federal de 1988. Corroborando desse entendimento, a posição do STF no julgamento da ADIn nº 127, cujo ementário afirma:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. QUESTÃO DE ORDEM. GOVERNADOR DE ESTADO. CAPACIDADE POSTULATORIA RECONHECIDA. MEDIDA CAUTELAR. DEFERIMENTO PARCIAL. 1. O governador do estado e as demais autoridades e entidades referidas no art. 103, incisos i a vii, da constituição federal, além de ativamente legitimados a instauração do controle concentrado de constitucionalidade das leis e atos normativos, federais e estaduais, mediante ajuizamento da ação direta perante o supremo tribunal federal, possuem capacidade processual plena e dispõem, ex vi da própria norma constitucional, de capacidade postulatória. Podem, em consequência, enquanto ostentarem aquela condição, praticar, no processo de ação direta de inconstitucionalidade, quaisquer atos ordinariamente privativos de advogado. 2. A suspensão liminar da eficácia e execução de leis e atos normativos, inclusive de preceitos consubstanciados em textos constitucionais estaduais, traduz medida cautelar cuja concretização deriva do grave exercício de um poder jurídico que a constituição da republica deferiu ao supremo tribunal federal. A excepcionalidade dessa providencia cautelar impõem, por isso mesmo, a constatação, hic et nunc, da cumulativa satisfação de determinados requisitos: a plausibilidade jurídica da tese exposta e a situação

configuradora do periculum in mora. Precedente: adin n. 96-9 - ro (medida liminar, dj de 10/11/89)."

Referido entendimento encontra guarida no argumento que entende a capacidade postulatória dos legitimados às ações diretas como decorrente da própria Constituição.

No entanto, tal justificativa é insatisfatória para explicar o porquê de se conferir tratamento processual desigual aos partidos políticos, confederações sindicais e entidades de classe.

Ademais, a exigência de advogado e pertinência temática para postulação pelas entidades de classe e confederações sindicais é mais um fator a respaldar a tese da necessidade da abertura democrática da Jurisdição Constitucional.

O mesmo rol de legitimados supracitado também é previsto para a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e para a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Quanto a esta última houve e ainda há a tentativa de se incluir como legitimado qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público, fato que será analisado no decorrer deste trabalho.

Estas ações ainda se diferenciam quanto ao objetivo, uma vez que a primeira visa conceder plena eficácia às normas constitucionais, que dependessem de complementação infraconstitucional; e a segunda, a proteção a preceitos fundamentais decorrentes da Constituição.

Por fim, a Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva, cuja legitimidade ativa pertence apenas ao Procurador-Geral da República, visa atacar lei ou ato normativo estadual contrários aos princípios sensíveis da Constituição previstos no artigo 34, VII, da Constituição Federal de 1988.

Cumprase asseverar que as referidas ações ostentam natureza jurídica de ação objetiva de caráter dúplice, tendo em vista que instauram processos objetivos em que, teoricamente, não existem partes, nem conflitos de interesse. Em decorrência desta característica, leciona Cunha Jr. (2006, p. 160-161) que

(...) uma vez proposta a ação direta, não se admitirá desistência. Descabe, inclusive, a arguição de suspeição, não se permitindo, outrossim, intervenção de terceiros, por qualquer de suas modalidades. Ressalte-se, porém, que é possível a assistência entre os próprios legitimados ativos, com exceção daquele legitimado que, eventualmente, esteja figurando, no processo concreto, como parte ré. E finalmente, não comporta ação rescisória.

O caráter dúplice se justifica na medida em que, reconhecida a (in)constitucionalidade invocada no pedido, o STF terá que declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do ato normativo em questão.

Saliente-se ainda, que em decorrência da objetividade do processo constitucional abstrato, embora o Supremo Tribunal Federal esteja adstrito a analisar o pedido principal, seu julgamento não se encontra vinculado à causa de pedir, podendo fazê-lo com base em toda Lei Maior, pois o escopo principal é garantir a supremacia da Constituição em face do ordenamento jurídico pátrio.

Os efeitos da decisão no controle concentrado de constitucionalidade são *erga omnes*, possuindo, portanto, eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e da administração pública federal, estadual, municipal e distrital.

Quanto à nulidade das leis ou atos normativos tidos por inconstitucionais, é tradicionalmente aceita no Direito Constitucional Brasileiro a teoria da nulidade.

Ressalta Mendes (2008, p. 1247) que,

A inconstitucionalidade de uma lei pode levar, também no direito brasileiro, a diferentes variantes da declaração de nulidade: declaração de nulidade total; declaração de nulidade parcial; declaração de nulidade sem redução do texto.

A nulidade no controle concentrado será ser total, quando expurgar, por completo, a lei do ordenamento jurídico; parcial, quando se declarar a inconstitucionalidade e, conseqüente, nulidade, de apenas parte dela; e parcial sem redução do texto, quando não é a lei em si declarada inconstitucional, mas apenas uma determinada aplicação ou interpretação dela.

Em virtude da lei ou ato normativo inconstitucional se tratar de ato nulo, os efeitos da decisão que constata a sua contrariedade com a Lei Maior se operam *ex tunc*, ou seja, de forma retroativa.

Contudo, o artigo 27, da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, veio consagrar a teoria da modulação dos efeitos da decisão, em que o Supremo Tribunal Federal poderá apenas restringir os efeitos de sua decisão ou simplesmente decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado, ou de outro momento que venha a ser fixado.

Por fim, cumpre asseverar que, com a exigência jurisprudencial da pertinência temática para, principalmente, sindicatos e entidades de classe; a previsão do *amicus curiae* e da Reclamação Constitucional; o aumento na realização de

audiências públicas; a ADPF incidental, dentre outros; o caráter objetivo do controle concentrado tem sido mitigado.

Igualmente, aduz Mendes (2008, p. 1009-1010):

O modelo concentrado (austriaco ou europeu) adota as ações individuais para a defesa das posições subjetivas e cria mecanismos específicos para a defesa dessas posições, como a atribuição de eficácia *ex tunc* da decisão para o caso concreto que ensejou a declaração de inconstitucionalidade do sistema austriaco.

(...)

Em verdade, tal sistema tornou o juiz ou tribunal um ativo participante do controle de constitucionalidade, pelo menos na condição de órgão incumbido da provocação. Tal aspecto acaba por mitigar a separação entre os dois sistemas básicos de controle.

Com efeito, ainda que se coloque a inexistência de partes e conflitos de interesses no referido modelo, a crise de representatividade do Poder Legislativo, a relevância de determinadas questões e os interesses contrastantes entre sociedade civil e Poder Público, tem transformado o plenário do STF em palco de verdadeiras e importantes lides nacionais.

Cite-se, como exemplo, o caso da reserva Raposa Serra do Sol, em Roraima. Embora o objeto principal da ação fosse um ato normativo em tese sobre demarcação contínua de terras indígenas, estava presente no processo de um lado, a população indígena, e de outro, os donos de enormes plantações de arroz, ambos buscando a satisfação de uma pretensão resistida, uma decisão que, mesmo proferida em controle concentrado de normas, pusesse fim ao conflito existente.

Outra não é a situação com as ações sobre o direito de greve dos servidores públicos, o questionamento da política de quotas para afrodescendentes e indígenas nas universidades, dentre outras.

Em decorrência disto, urge necessária a continuidade no processo de abertura democrática da Jurisdição Constitucional, iniciada pela Constituição Federal de 1988, mas ainda incipiente para a população em geral.

Com o progressivo esvaziamento da via difusa e conseqüente fortalecimento da concentrada, o cidadão estará cada vez mais privado do princípio da proteção judicial efetiva quanto a direitos e garantias fundamentais violados pelas arbitrariedades do Poder Público. Além mais, seus direitos restam entregues à morosidade e ao patrimonialismo que, há séculos, assombram a Justiça Ordinária brasileira.

3 DA ADPF: ASPECTOS ESSENCIAIS NA CONSTITUIÇÃO E NA LEI

Uma vez que já fora analisado o conceito e desdobramentos do controle judicial de constitucionalidade de normas no Brasil, bem como seu objetivo e desenvolvimento histórico, necessário de faz desenvolver os aspectos materiais e processuais que formam os pressupostos jurídicos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Inserta na Constituição da República de 1988 pelo Constituinte Originário, sem contar com nenhum outro precedente na história constitucional do País, a ADPF, destinada à proteção de preceitos jurídico-constitucionais fundamentais para a consolidação do Estado Democrático de Direito e promoção da dignidade da pessoa humana, constitui-se em verdadeira ação de cidadania, distinta das demais ações prevista para o controle concentrado de normas.

3.1 TOPOGRAFIA CONSTITUCIONAL E DELINEAMENTOS LEGAIS DO INSTITUTO

A Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental encontra-se prevista no ordenamento constitucional pátrio no artigo 102, § 1º, da Carta Magna de 1988, nos seguintes termos: “a arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.”

Embora sem nenhum precedente em Constituições anteriores do País, Tavares (2001, p. 11) afirma que

(...) é possível identificar, na história constitucional brasileira, uma tentativa de introdução de instrumento semelhante (...) no projeto apresentado por Julio de Castilhos à Comissão Constitucional da Assembléia Constituinte de 1991.

O autor faz referência à chamada ação interventiva, ainda prevista na atual Carta Magna. A semelhança com a ADPF reside na constatação de que ambas se destinam à proteção de conteúdos constitucionais específicos: os princípios

sensíveis, no caso da Ação Direta Interventiva; e os preceitos fundamentais, na ADPF.

Segundo instrui Nascimento (2006, p. 63),

(...) na hipótese pretendia conferir maior proteção a certos enunciados constitucionais, suspendendo o ato que contivesse violação a eles. A semelhança com a arguição de descumprimento reside nessa referência a um rol de regras ou princípios que são parâmetros de sustentação do instituto.

A ADPF apareceu pela primeira vez no anteprojeto da Constituição de 1988, a partir da emenda coletiva substitutiva nº 2P02040-2, apresentada pelo Constituinte Eraldo Tinoco, sendo aprovada e promulgada, no bojo da atual Constituição, com a redação original.

Quanto à motivação que levou o constituinte originário a prever tal instituto, Tavares (2001, p. 21) sustenta:

(...) que o legislador constituinte parece ter sido consciente de que era necessário não só prever todos os mecanismos de acesso ao Supremo Tribunal Federal, mas também oferecer alguma espécie de "último recurso" para os casos que porventura viessem a necessitar de apreciação pela Corte, mas que não obtivessem guarida nos instrumentos então existentes.

Na verdade, foi muito mais do que isso. O Brasil havia recém saído de um regime ditatorial em que muitas das liberdades, direitos e garantias fundamentais conquistadas ao longo da história republicana, restaram desrespeitadas pelo estado de exceção que se instalou aqui.

Dentro desta realidade traumática, a promulgação de uma nova Constituição significou muito mais que a instauração de um novo regime. Antes, representou a retomada da Democracia, das liberdades e dos direitos.

Nesse contexto, dentro da configuração de uma nova ordem, a única garantia que a sociedade como um todo detinha frente à ameaça de um novo golpe de governo, era a promulgação da nova Carta Política, resultante dos trabalhos de uma Assembléia Constituinte representativa de todo o povo.

Nesse lume, para Barroso (2003, p. 42),

(...) é inegável que a Constituição de 1988 tem a virtude de espelhar a reconquista dos direitos fundamentais, notadamente os de cidadania e os individuais, simbolizando a superação de um projeto autoritário, pretensioso e intolerante que se impusera ao País.

Com isso, foram previstos uma série de ações e remédios visando, de uma forma geral, à preservação dos preceitos máximos estabelecidos na nova Constituição.

A criação ADPF e sua inserção no texto constitucional se inserem neste momento histórico de agitação política e social instaurado no Brasil, em meio à luta, esperança e medo de um povo mitigado pela ditadura.

Contudo, sendo norma de eficácia limitada, a arguição de descumprimento só passou a ser aceita pelo Supremo Tribunal Federal somente há pouco mais de dez anos, com a entrada em vigor da Lei 9.882, de dezembro de 1999.

Também conhecida como Lei da Arguição, a Lei nº 9.882/99, foi inicialmente pensada visando regular a ADPF como meio de suprir lacunas existentes entre os controles concentrado e difuso de constitucionalidade.

Estes vazios normativos, segundo Mendes (2008, p. 1143), eram responsáveis “pela repetição de processos, pela demora na definição das decisões sobre importantes controvérsias constitucionais e pelo fenômeno social e jurídico da ‘guerra de liminares’”.

Ainda de acordo com o mesmo autor (Mendes, 2008, p. 1143), “foi em resposta a esse quadro de incompletude que surgiu a idéia de desenvolvimento do chamado ‘incidente de inconstitucionalidade’”.

Nestes termos, fora oferecido ao Congresso Nacional o anteprojeto realizado pela Comissão Celso Bastos.

À mesma época, já tramitava no Legislativo um projeto, de autoria da Deputada Sandra Starling, também com o escopo de regular o presente instituto, embora em termos diametralmente opostos aos sugeridos pelo primeiro.

Ao cabo das discussões, o projeto final aprovado pelas duas Casas Legislativas fora um substitutivo apresentado pelo Senador Prisco Viana, que em muito se assemelhava ao Projeto Celso Bastos.

Ressalte-se que a previsão de legitimidade ativa a qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público constava em todos os projetos, embora tenha sido objeto de veto presidencial quando da promulgação da lei.

No entanto, a celeuma legal, doutrinária e jurisprudencial que envolve a ADPF e seus efeitos perante o controle de constitucionalidade concentrado ainda não foram sanados.

Corre no Supremo Tribunal Federal a ADIn 2231-8, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, suscitando a inconstitucionalidade de diversos dispositivos da Lei nº 9.868/99.

Além mais, fora admitida no citado processo, na qualidade de *amicus curiae*, a entidade Conectas Direitos Humanos, que, por sua vez, alega ser inconstitucional o veto ao inciso que permitia qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público acessar a Justiça Constitucional através da ADPF.

Ainda quanto a esta última questão, tramita atualmente no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 6.543/2006, que visa restabelecer o dispositivo vetado, embora exigindo que a questão constitucional a ser levada à apreciação da Corte, atenda aos mesmos requisitos estabelecidos para a repercussão geral no Recurso Extraordinário.

Para o Relator do PL na Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania,

Sob o prisma da constitucionalidade material e da juridicidade, não vislumbramos nenhuma ofensa às normas e princípios que regem o ordenamento jurídico pátrio. Ao revés, a modificação que se pretende reintroduzir na Lei nº 9.882, de 3.12.99, busca prestigiar a soberania popular e a cidadania, conferindo participação direta dos cidadãos na defesa de direitos fundamentais, ao admitir a propositura da arguição por qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público. Volta a ADPF, portanto, a caracterizar-se como uma ação da cidadania, conforme concebida pelo Constituinte Originário, permitindo ao cidadão pleitear diretamente ao Supremo Tribunal Federal o seu direito na hipótese de violação de preceito fundamental.

Resta, por conseguinte, evidenciado que as discussões em torno da utilização da Arguição de Descumprimento ainda se encontram acirradas tanto no meio jurídico quanto político, o que acaba por restringir consideravelmente a efetividade do referido instrumento de salvaguarda de preceitos fundamentais, bem como trazer inegável insegurança jurídica ao processo constitucional.

Por esta razão, a discussão no âmbito da Academia assume grande relevo ante os debates atuais, tendo em vista a contribuição que esta pode e deve dar ao aperfeiçoamento do Direito enquanto sistema de normas orientado à proteção da dignidade da pessoa humana e do Princípio Democrático de Direito.

Passado o exame dos pressupostos constitucionais que condicionaram e condicionam a criação, aplicação e interpretação da ADPF, é mister tecer comentários acerca da lei que a regulamenta.

Como se sabe, a Constituição de 1988 previu a Ação de Arguição apenas de forma genérica, deixando sua devida regulação, inclusive quanto à legitimidade ativa e às hipóteses de cabimento, ao plano infraconstitucional

Contudo, antes de passar a uma análise mais detida da ADPF no ordenamento jurídico pátrio, insta salientar a importância do estudo do Direito Comparado para uma melhor compreensão da mesma.

Para Tavares (2001, p. 37), tal estudo ainda se justifica pela “existência de uma modalidade incidental de arguição, constante da lei, que provoca o controle concentrado a partir de um sistema difuso”, sistemática até então inédita no controle judicial de constitucionalidade brasileiro.

Ainda de acordo com Tavares (2001, p. 67-68),

(...) a referência a alguns modelos de outros países, se não é capaz de fundamentar satisfatoriamente o instituto da arguição de descumprimento, tem o condão de apresentar perspectivas e experiências, permitindo que sejam compartilhadas por ocasião da efetivação desse novel instituto no mundo jurídico brasileiro.

Assim, embora sendo uma criação genuinamente brasileira, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental guarda semelhança com outros instrumentos do Direito estrangeiro, dentre eles o *writ of certiorary*, do direito norte-americano; o *Verfassungsbeschwerd*, do direito alemão; o recurso de amparo, do direito espanhol.

O *writ of certiorary*, segundo Tavares (2001, p. 38), corresponde a “uma espécie de ‘mandado de avocação’”, que acena para “a possibilidade de um Tribunal em relação a outro juízo aquilatar acerca da validade de determinado processo”.

Consiste em um pedido que é formulado à Suprema Corte Americana, podendo ser feito por quaisquer das partes de um processo em curso perante outras instâncias judiciais, a fim de que a Corte dirima questão já decidida ou ainda pendente de decisão (CUNHA JR., 2009, p. 495).

Seu juízo de admissibilidade repousa sobre questões que gozem de extrema relevância, segundo decisão discricionária da própria Corte.

O *Verfassungsbeschwerd*, ou também conhecido como recurso constitucional alemão, trata-se de um instituto constitucional de defesa e garantia concreta de direitos fundamentais, podendo ser interposto diretamente por qualquer cidadão perante o Tribunal Constitucional Alemão.

Acerca do modelo alemão, Cruz (2004, p. 364) leciona que

(...) ao contrário do que se acredita no Brasil, o modelo alemão é voltado quase que exclusivamente para o exame de casos concretos, seja pela via incidental/concreta ou através do recurso constitucional, garantindo-se plenamente a incidência do princípio do contraditório e os requisitos de legitimidade impostos pela democracia participativa.

O recurso constitucional alemão também ostenta caráter subsidiário, embora este possa ser relativizado quando se demonstrar que o objeto da demanda é de interesse geral ou quando a controvérsia basear-se em alegação de perigo iminente ou grave lesão.

Já o recurso de amparo, instrumento utilizado no direito constitucional espanhol, também deverá ser endereçado à Corte Suprema do país e poderá ser proposto perante este por qualquer cidadão.

Referido instituto destina-se a conter violações de direitos e liberdades oriundas de disposições, atos jurídicos ou simples ato dos poderes públicos do Estado.

Explica Tavares (2001, p. 50) que “o recurso de amparo cumpre uma dupla função, vale dizer, tanto é uma garantia subjetiva, para a proteção dos direitos individuais, quanto objetiva, para a proteção do ordenamento constitucional”.

Ainda são citadas pela doutrina outras referências semelhantes no direito italiano, direito português, no ordenamento jurídico bávaro etc.

Assim, conclui-se que existe uma abertura dentro do sistema de controle de constitucionalidade para apreciação de um caso concreto diretamente pela Corte Constitucional, sem ter este sido anteriormente discutido em outras instâncias ou, até mesmo, a suspensão destas nos casos de formação de um incidente constitucional.

Igualmente, vê-se a constatação da eleição de algumas normas, notadamente as relacionadas a liberdades, direitos e garantias fundamentais, para receberem proteção jurídica específica e distinta das demais.

E, por fim, ressalte-se a possibilidade viável de acesso do cidadão ao Tribunal Constitucional.

Nessa esteira, a Lei nº 9.882/1999, que regulamenta a ADPF, frustrando expectativas, pretendeu, consoante Cruz (2004, p. 433), englobar “os três modelos de controle de constitucionalidade alemão num único procedimento, quais sejam: a via principal, o incidente concreto e o recurso constitucional”.

Ainda explicita Cruz (2004, p. 433),

Esperava-se que a ADPF se enquadrasse nessa moldura imposta pelo Constituinte de 88, ou como mecanismo principal de controle ou, como majoritariamente se aguardava, nova ação constitucional, tal como o Mandado de Segurança, com particularidade de possuir foro privilegiado no Supremo.

Acreditava-se que a ADPF pudesse incorporar-se ao rol de procedimentos aptos à defesa dos direitos fundamentais, a exemplo do recurso constitucional alemão e do recurso de amparo mexicano, distinguindo-se desses congêneres alienígenas pelo fato de possuir efeitos *inter partes* ou no máximo, coletivos, tal como no Mandado de Segurança Coletivo, na Ação Civil Pública e na Ação Popular.

Acompanhando o pensamento do jurista supramencionado, o delineamento legal da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental a ser traçado neste trabalho, se debruçará em analisar, em apertada síntese, o instituto em comento sobre as três faces que lhe tentou constituir o legislador ordinário.

Conforme dito alhures, um dos pontos norteadores da formulação da Lei 9.882/99 foi a chamada “guerra de liminares” que vinha sendo travada no Supremo Tribunal Federal. Como solução a isto, tentou-se introduzir no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro o chamado incidente de inconstitucionalidade através da Lei de Arguição.

Ressalte-se, que tentativa semelhante houvera ocorrido quando da Revisão Constitucional de 1994, que, segundo Mendes (2008, p. 1146),

(...) permitiria fosse apreciada *diretamente* pelo STF *controvérsia sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal*, inclusive os atos anteriores à Constituição, a pedido do Procurador-Geral da República, do Advogado-Geral da União, do Procurador-Geral de Justiça e do Procurador-Geral do Estado, sempre que houvesse perigo de lesão à segurança jurídica, à ordem ou às finanças públicas. A Suprema Corte poderia, acolhendo o incidente de inconstitucionalidade, determinar a suspensão de processo em curso perante qualquer juízo ou tribunal para proferir decisão exclusivamente sobre a questão constitucional suscitada. (Grifos do autor).

Informa ainda o citado autor que a mesma proposta fora apresentada no substitutivo à Emenda Constitucional nº 96/92, também chamada Emenda do Judiciário. No entanto, tais idéias não prosperaram.

Na lei nº 9.882/99, verifica-se a presença do incidente de constitucionalidade através da disposição legal contida na conjugação dos arts. 1º, parágrafo único, inc. I; 5º, § 3º e artigo 10, § 3º.

Nestes termos, será cabível ADPF sempre que houver controvérsia judicial relevante sobre lei ou ato normativo, incluindo os anteriores à Constituição de 1988; podendo o STF, em sede de medida liminar, ordenar a suspensão de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da ação em comento, preservando-se, contudo, a coisa julgada. A decisão final proferida pelo Pretório Excelso gozará, ainda, de efeito vinculante e eficácia contra todos.

Contra referidos dispositivos, dentre outros da Lei nº 9.882/99, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil propôs a ADIn 2231-8, ainda em trâmite do Supremo Tribunal Federal, questionando a sua constitucionalidade.

Consoante Mendes (2008, p. 1145), à época, ano de 2001, o então Min. Néri da Silveira,

Acolheu em parte a arguição, para suspender, com eficácia *ex nunc* e até o julgamento final da ação a vigência do § 3º do art. 5º da referida Lei, por estar relacionado com a arguição incidental em processos em concreto, e conferir interpretação conforme a Constituição ao inciso I do parágrafo único do art. 1º, excluindo de sua aplicação controvérsia constitucional concretamente já deduzida em processo judicial em curso.

Contudo, embora ainda pendente de decisão a ADI 2.231, o julgado do STF sobre a admissibilidade da ADPF 54 parece ter superado o debate sobre a constitucionalidade da Lei nº 9.882/99. (MENDES, 2008, p. 1145).

Outro, porém, é o posicionamento de Cruz (2004, p. 438), para quem a proposta trazida pela referida lei “é inconstitucional por incorporar uma terceira via de controle de constitucionalidade no modelo brasileiro, praticamente esvaziando a via difusa”.

Mendes (2008, p. 1147-1148) rebate tal assertiva, pois no seu entender,

(...) o incidente de inconstitucionalidade não alteraria, em seus fundamentos, o *sistema difuso* de controle de constitucionalidade, introduzido entre nós pela Constituição de 1891. Juizes e tribunais continuariam a decidir também a questão constitucional, tal como faziam anteriormente, cumprindo ao STF, enquanto guardião da Constituição, a uniformização da interpretação do Texto Magno, mediante o julgamento de recursos extraordinários contra decisões judiciais de única ou última instância. (Grifos do autor).

Além da previsão legal de uma via incidental como excepcionalidade no controle abstrato de normas, há ainda, quanto a Ação de Arguição, consoante Cruz (2004, p. 439) “sua conformação ao modelo brasileiro como nova modalidade de ação pertinente à via direta e concentrada”, ou seja, a ADPF *principal*.

Como espécie de ação direta, a ADPF submete-se a um processo objetivo, a ser deflagrado originariamente perante o Supremo Tribunal Federal, em que, a princípio, inexistem partes e interesses conflitantes, “cujo intento é unicamente a tutela dos preceitos fundamentais consagrados explícita e implicitamente na Carta Magna” (CUNHA JR., 2006, p. 259).

As hipóteses de cabimento versam, nesse caso, sobre lesão ou ameaça de lesão a preceitos fundamentais suscitadas em questões constitucionais acerca de

ato normativo federal, estadual e municipal, bem como decorrente de omissão constitucional de ato municipal.

Cumpra ressaltar o caráter subsidiário de que se reveste a Ação de Arguição, insculpido no artigo 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99. A mesma terá cabimento somente quando não houver outro meio eficaz para sanar a lesividade no seio da Jurisdição Constitucional concentrada.

Assevera-se que não há de se cogitar a subsidiariedade em face da jurisdição ordinária e da via difusa do controle judicial de constitucionalidade, tendo em vista que a feição objetiva da ADPF, típica de ação pertencente à via concentrada, visa à proteção de uma ordem constitucional global, “e não à proteção judicial efetiva de uma situação singular” (MENDES, 2008, p. 1156).

Nesse sentido, esclarece Cruz (2004, p. 441) que a análise da constitucionalidade de ato normativo federal/estadual que efetivamente ou potencialmente possa lesar preceito fundamental só poderá ser provocada quando tratar-se de “norma pretérita à Constituição”; “lei/ato normativo de efeito concreto, face à jurisprudência do Supremo de rejeitá-la em face da ADIn e da ADC, tendo em vista que a ADPF pode impugnar ‘qualquer’ ato do poder público”; “ato normativo regulamentar violador de norma legal” e, por fim, “lei/ato normativo já revogado, e cuja eficácia já se exauriu”, uma vez que tais hipóteses não são passíveis de impugnação via ADIn e ADC.

Acrescente-se a este rol, conforme Mendes (2008, p. 1162) “pedido de declaração de constitucionalidade do direito estadual e municipal”, bem como os casos de “lesão a preceito decorrente de mera interpretação judicial”.

Quanto à impugnação de direito municipal, a lei da ADPF supriu lacuna até então existente no Texto Constitucional, que prevê a propositura de ações diretas apenas em face de direito federal ou estadual. O mesmo raciocínio se estende à hipótese de propositura da ADPF em face de omissão constitucional cometida por ato normativo municipal.

No que diz respeito controle da omissão, Mendes (2008, p. 1166) amplia o objeto da ADPF alegando que:

Tem-se, pois, aqui, uma *relativa* mas inequívoca *fungibilidade* entre a ação de inconstitucionalidade – direta ou no contexto da arguição de descumprimento – e no processo de controle abstrato da omissão, uma vez que as duas espécies – o controle de normas e o controle da omissão – acabam por ter, formal e substancialmente, o mesmo objeto, isto é, a

inconstitucionalidade da norma em razão de sua incompletude. (Grifos do autor)

O referido autor justifica seu posicionamento com fundamento no artigo 10, da Lei nº 9.882/99, que confere ao Pretório Excelso a competência para fixar, quando do julgamento da ADPF, as condições e modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental, fornecendo, portanto, “suporte legal direto ao desenvolvimento de técnicas que permitam superar o estado de inconstitucionalidade decorrente da omissão” (MENDES, 2008, p. 1166).

Ainda no que diz respeito ao processamento da ADPF como via principal, cumpre ressaltar que a petição inicial deve conter, sob pena de indeferimento liminar, a indicação do preceito fundamental violado, bem como a prova da efetiva ou potencial violação. Também fora autorizada por lei a concessão de medida liminar, estando presentes, por conseguinte, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Acrescente-se a possibilidade do relator, se necessário, ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, o direito de manifestação facultado aos demais legitimados para propor a ação, bem como a faculdade em se admitir a participação de *amicus curiae*.

Verificados o caráter principal e incidental da Ação de Arguição, resta considerar a sua face de aparente recurso constitucional.

Neste lume, segundo redação original da Lei nº 9.882/99, uma vez devidamente constatada a lesão ou ameaça de lesão a preceito fundamental, em decorrência de ato do Poder Público, qualquer cidadão seria parte legítima para provocar originariamente o Supremo Tribunal Federal, estando ou não com demanda em curso da Justiça Ordinária.

No entanto, o veto presidencial à supracitada lei, cujas razões serão em tópico próprio analisadas, retirou essa possibilidade que, sem dúvida, faria uma transformação de fundo no sistema de controle judicial de constitucionalidade brasileiro, bem como alteraria substancialmente os trabalhos da Corte Máxima.

Contudo, tal perspectiva legal e doutrinária não fora aniquilada pelo veto político em questão, pois que tramita no Congresso Nacional proposta tendente a ampliar a legitimidade ativa da ADPF para o cidadão e é ainda pendente de julgamento a ADIn 2231-8 no Pretório Excelso.

3.2 NOÇÃO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

Um dos pontos mais debatidos desde o surgimento da ADPF no ordenamento jurídico brasileiro é a fixação do sentido e alcance da expressão “preceito fundamental”.

A disposição do artigo 102, § 1º, da Constituição Federal de 1988, que prevê a Arguição de Descumprimento, consiste em uma norma aberta ou conceito jurídico indeterminado, que não foi suprida com a promulgação da Lei nº 9.882/99.

Destarte, necessário, portanto, trazer à baila, ainda que em apertada síntese, as definições doutrinárias e jurisprudenciais acerca do que venha a ser preceito fundamental.

Segundo Cruz (2004, p. 442), “em razão do princípio da unidade constitucional”, é ampla a parametricidade da ADPF, sendo “cotejado ao feito todo e qualquer dispositivo da Constituição Federal”.

Outrossim, Mendes (2008, p. 1170) defende a fixação de “um conceito extensivo de preceito fundamental, abrangente das normas básicas contidas no texto constitucional”, ampliando esse significado ao afirmar que:

(...) a lesão a preceito fundamental não se configurará apenas quando se verificar possível afronta a um princípio fundamental, tal como assente na ordem constitucional, mas também a disposições que confirmam densidade normativa ou significado específico a esse princípio.

Nessa esteira, Cunha Jr. (2006, p. 153) assegura que:

(...) pode-se conceituar preceito fundamental como toda norma constitucional – norma-princípio e norma-regra – que serve de fundamento básico de conformação e preservação da ordem jurídica e política do Estado.

Há, ainda, correntes doutrinárias que apregoam uma concepção mais restrita, salientando que não se enquadram como objeto da ADPF e, por conseguinte, na definição de preceito fundamental, todo e qualquer dispositivo que esteja contido na Lei Maior.

Primeiramente, essa linha de pesquisa identifica “preceito” como norma jurídica em sentido amplo, englobando tanto a noção de princípios – que se caracterizam por possuir alto grau de abstração e exigir verdadeira atividade integrativa do operador do direito para lhes assegurar a aplicabilidade – quanto de

regras, sendo estas voltadas diretamente para o mundo concreto, gozando, por sua vez, de aplicabilidade imediata.

Nesse contexto, para Tavares (2001, p. 122),

(...) o “preceito fundamental” traduz-se, mais precisamente, na somatória entre, de uma parte, parcela dos próprios princípios constitucionais (já que nem todos eles são preceitos fundamentais), bem como, de outra parte, das regras cardeais de um sistema constitucional, constituídas, essencialmente, pelo conjunto normativo assecuratório dos direitos humanos.

Ou seja, nem todos os princípios e regras que ostentem natureza de norma constitucional podem ser equiparados aos chamados “preceitos fundamentais”, haja vista o caráter restritivo que impõe o adjunto adnominal da expressão ao instituto ora analisado.

Assim, o núcleo do objeto da ADPF é fundamental não por decorrer da própria Constituição, mas sim, consoante Tavares (2001, p. 121), por “apresentar-se como imprescindível, basilar ou inafastável”.

Desta forma, ainda conforme Tavares (2001, p. 140), na Constituição Brasileira de 1988, identificam-se como princípios fundamentais, aptos a enquadrarem-se como objeto da Ação de Arguição, “apenas aqueles princípios diretamente ligados aos valores essenciais do sistema constitucional”, tais como os insculpidos nos artigos 1º a 4º da Carta Magna, as chamadas cláusulas pétreas e os princípios sensíveis da Constituição.

No que tange às regras, estas serão fundamentais quando estatuírem categorias particulares de direitos humanos, ou quando revelarem a estrutura do poder e os órgãos constitucionais (TAVARES, 2001, p. 153).

Nesse diapasão, fica evidente a celeuma doutrinária que resta instaurada frente à definição de “preceito fundamental”. No entanto, é uníssono entre os autores constitucionalistas que, seja qual for a natureza jurídica do instituto – de apenas princípios, ou princípios e regras, ou englobando a totalidade dos dispositivos constitucionais – sua delimitação final, conceitual e prática, caberá ao Supremo Tribunal Federal, que detém a guarda e a competência para interpretar as normas postas na Carta Magna.

Contudo, tal atividade deverá ser realizada sempre observando o Princípio Democrático e de Direito; o favorecimento à formação de uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição como corolário dos Princípios da Cidadania, Proteção

Judicial Efetiva e Soberania Popular; e a proteção e efetividade dos direitos humanos.

3.3 LEGITIMADOS LEGAIS PARA PROPOSITURA DA ADPF

Atualmente, são aceitos como legitimados legais para propositura da ADPF os mesmos estabelecidos no rol taxativo elencado no caput do artigo 103, da Carta Política de 1988, a saber: a) Presidente da República; b) Mesa do Senado Federal; c) Mesa da Câmara dos Deputados; d) Mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; e) o Governador de Estado ou do Distrito Federal; f) Procurador-Geral da República; g) Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; h) partido político com representação no Congresso Nacional; e, por fim, i) confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Assim, de acordo com o artigo 2º da Lei nº 9.882/99, poderão propor a Ação de Arguição, “os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade”.

Aqui, por se tratar de processo a princípio objetivo, a legitimidade sempre decorrerá de prévia estipulação constitucional ou legal. Diferentemente do que ocorre no processo civil clássico, em que o autor, de uma forma geral, sempre será o titular da pretensão resistida. Tal critério justifica-se a partir do caráter público que possui o processo constitucional, notadamente quando se tratar de ADPF principal ou autônoma.

Ademais, consoante ressalta Cunha Jr. (2008, 419),

Impõe-se recordar que tais legitimados ativos não são partes materiais na ação, pois não tem nenhuma disponibilidade sobre a mesma, haja vista que, em processos de natureza objetiva, não existem partes litigantes. Por isso mesmo, uma vez proposta a arguição, não se admitirá desistência. Descabe, inclusive, a arguição de suspeição, não se permitindo, outrossim, intervenção de terceiros.

Quanto ao Procurador-Geral da República, além de possuir legitimidade ativa para o feito, deve atuar no mesmo como fiscal da lei, devendo, por imperativo constitucional, se manifestar nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.

Igualmente como ocorre na ADIN, segundo Novelino (2008, p. 181), “na jurisprudência do STF é feita uma distinção entre legitimados ativos universais e

especiais, exigindo-se a demonstração de pertinência temática como requisito de admissibilidade da ação”.

Destarte, devem comprovar o nexo de causalidade entre o objeto questionado e os interesses objetivos juridicamente defendidos, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, as Mesas das Assembléias Legislativas e da Câmara Distrital e as confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional.

No que diz respeito a estas e aos partidos políticos, ainda lhes ocorre a necessidade de se fazer devidamente representados por advogado legalmente constituído, sem o qual não se reconhecerá capacidade postulatória ao agente.

Repise-se ainda, que só são reconhecidos, pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como entidades de classe, órgãos representativos de grupos econômicos ou profissionais.

3.3.1 LEGITIMAÇÃO ATIVA RESTRITA

De toda exposição do tema realizada até o presente momento, resta evidenciado que a legitimidade ativa para propositura de ações no campo do controle judicial concentrado de constitucionalidade brasileiro tem recebido interpretação restrita por parte do Poder Público.

Por esta razão, movimentos sociais e outras minorias organizadas não possuem acesso direto à Corte Máxima, órgão do Poder Judiciário que hoje tem sido a última instância de decisões a respeito de validade de normas, cuja vigência pode ser crucial para o desenvolvimento institucional do País e a sociedade brasileira como um todo.

De fato, um grande salto foi dado com a Constituição de 1988, que retirou o monopólio das ações diretas das mãos do Procurador-Geral da República. Esta ampliação no rol de legitimados é um dos exemplos que denotam o viés democrático que norteou toda a formação e promulgação da atual Carta Magna.

Contudo, mesmo trazendo um rol taxativo de agentes aptos a ingressarem com Ação de (In)constitucionalidade, a Carta Cidadã não instituiu limitações à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, delegando completamente

à lei a faculdade de esculpir os seus contornos. Outrossim, assevera Chai (apud Chai, 2004, p. 569-571),

A Constituição Federal em seu art.102, § 1º determina que arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente dela mesma, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. Em momento algum se lê naquele texto que a operação do controle será provocado apenas por um *numero clausus* de legitimados ativos. Se esse fora o desiderato retratado pelo Constituinte de 1987, então o teria feito igualmente o fizera ao regravar a ADIN, quanto a este aspecto processual do interesse de agir, ou ainda como fez o constituinte revisionista, em 1993, que se confunde com o original pela delegação contida na ADCT, ao criar a ADC e seus pressupostos. (Grifo do autor)

O objeto constitucional da ADPF é próprio e destacado dos demais. Não se trata apenas de leis ou atos normativos a serem questionados em face da Constituição, mas sim de violação a preceitos fundamentais que se constituem em princípios fundantes do Estado Democrático de Direito e regras atinentes a direitos humanos.

Foi com base nesse espírito que o legislador ordinário se propôs a estabelecer definitivamente a Ação de Arguição como instrumento processual constitucional de cidadania, ampliando o acesso ao controle de constitucionalidade e, por conseguinte, a proteção às principais disposições constitucionais, conferindo legitimidade ativa a qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público.

No entanto, tal tentativa fora abortada com o veto presidencial que criou verdadeira atecnia na Lei nº 9.882/99, que excluiu o único dispositivo que trazia referência a “qualquer pessoa lesada”, embora preservando a possibilidade de representação desta ao Procurador-Geral da República em casos de violações ao particular.

Referida saída encontrada pelo Executivo, fez ressurgir antiga discussão travada entre os constitucionalistas quando do monopólio das ações diretas pelo Chefe do Ministério Público. Poderia o Procurador-Geral da República, uma vez feita a representação pelo cidadão, negar seguimento à ADPF?

Nessa esteira, manifesta-se Cruz (2004, p. 434),

Mais uma vez surgirá no Direito brasileiro controvérsia sobre o direito ou não de o Procurador-Geral da República negar seguimento a representação dessa natureza. Novamente, sustenta-se o entendimento pelo qual o Procurador-Geral da República há de encaminhá-lo necessariamente, de modo a revigorar o elemento de legitimidade do instituto face ao ganho do fluxo comunicativo do Supremo com a sociedade.

Assim, o veto presidencial subordinou, mais uma vez, o cidadão ao arbítrio de um Ente Público, em veemente contradição à vontade do legislador, legítimo representante do princípio majoritário.

Em posição oposta à concepção majoritária da doutrina que adota o pensamento ora esposado, Tavares (2001, p. 320) assevera que:

Não foi essa a linha adotada pela lei de regência, nem se encontra qualquer indício na Carta Constitucional de que a arguição deva necessariamente contar com essa abertura pretendida.

O citado autor justifica seu posicionamento sob a constatação de ser algo comum a restrição à legitimidade por motivos de conveniência política.

Contudo, Mendes (2008, p. 1151), uma dos idealizadores do Anteprojeto de Lei que embasou o texto definitivo encaminhado para sanção do Presidente da República, assegura que:

Não se há de negar, porém, que o reconhecimento do direito de propositura aos cidadãos em geral afigura-se recomendável e até mesmo inevitável em muitos casos. É que a defesa de preceito fundamental confunde-se, em certa medida, com a própria proteção de direitos e garantias individuais. Nessa hipótese a matéria está a reclamar uma disciplina normativa que, a um só tempo, permita ao cidadão a possibilidade de levar seu pleito ao STF sem afetar o funcionamento da Corte, pelo excesso de demandas.

Igualmente, aduz Streck (2004, p. 810),

A negativa de acesso direto do cidadão à jurisdição constitucional através da ADPF configura violação ao próprio dispositivo que estabeleceu a ação. Com efeito, o texto originário da Constituição cuidou de assegurar um mecanismo supletivo de acesso à jurisdição constitucional. Afinal, se o constituinte previu a ação direta de inconstitucionalidade, com efeito *erga omnis*, para o controle concentrado de constitucionalidade, e o constituinte derivado introduziu mais uma forma para propósito semelhante, a ação declaratória de constitucionalidade, parece evidente que a ADPF consiste em um instituto dirigido especificamente ao cidadão buscar proteção constitucional quando um direito seu é violado pelos poderes públicos.

Desta forma, ainda que se admita que a Carta Magna não fora explícita quanto à abertura constitucional ao cidadão, o mesmo não se pode dizer da legislação vigente, que carrega em sua gênese esta característica.

É importante repisar que a Constituição de 1988 não estabeleceu nenhum tipo de regramento para a ADPF além de seu objeto e sua competência. Outrossim, delegou ao Poder Legislativo ordinário a função de estabelecer os limites e possibilidades do novo instituto, tendo em vista Princípio Democrático de Direito, norteador dos trabalhos da Assembléia Constituinte.

3.3.2 MENSAGEM DE VETO Nº 1.087, DE 03 DE DEZEMBRO DE 1999

Fixadas as premissas constitucionais e legais que justificam a introdução da ADPF no ordenamento jurídico pátrio como uma autêntica ação de cidadania, cumpre agora analisar a Mensagem nº 1.807 de 1999, do então Presidente Fernando Henrique Cardoso, que vetou o inciso I do parágrafo 2º, da Lei nº 9.882 de 1999, que garantia a “qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público” propor ADPF perante o Supremo Tribunal Federal.

As razões do veto expostas na referida Mensagem emanada do Poder Executivo guardam caráter nitidamente prático, revelando uma preocupação muito mais sobre a salvaguarda do sistema do que a garantia do Princípio Democrático de Direito. Necessário, portanto, reescrever tais razões para um melhor entendimento:

A disposição insere um mecanismo de acesso direto, irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal sob a alegação de descumprimento de preceito fundamental por “qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público”. A admissão de um acesso individual e irrestrito é incompatível com o controle concentrado de legitimidade dos atos estatais – modalidade em que se insere o instituto regulado pelo projeto de lei sob exame. A inexistência de qualquer requisito específico a ser ostentado pelo proponente da arguição e a generalidade do objeto da impugnação fazem presumir a elevação excessiva do número de feitos a reclamar apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, sem a correlata exigência de relevância social e consistência jurídica das arguições propostas. Dúvida não há de que a viabilidade funcional do Supremo Tribunal Federal consubstancia um objetivo ou princípio implícito da ordem constitucional, para cuja máxima eficácia devem zelar os demais poderes e as normas infraconstitucionais. De resto, o amplo rol de entes legitimados para a promoção do controle abstrato de normas inscrito no art. 103 da Constituição Federal assegura a veiculação e a seleção qualificada das questões constitucionais de maior relevância e consistência, atuando como verdadeiros agentes de representação social e de assistência à cidadania. Cabe igualmente ao Procurador-Geral da República, em sua função precípua de Advogado da Constituição, a formalização das questões constitucionais carentes de decisão e socialmente relevantes. Afigura-se correto supor, portanto, que a existência de uma pluralidade de entes social e juridicamente legitimados para a promoção de controle de constitucionalidade – sem prejuízo do acesso individual ao controle difuso – torna desnecessário e pouco eficiente admitir-se o excesso de feitos a processar e julgar certamente decorrentes de um acesso irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal. Na medida em que se multiplicam os feitos a examinar sem que se assegure sua relevância e transcendência social, o comprometimento adicional da capacidade funcional do Supremo Tribunal Federal constitui inequívoca ofensa ao interesse público. Impõe-se, portanto, seja vetada a disposição em comento.

O primeiro argumento trazido nas razões do veto foi o de que “a admissão de um acesso individual e irrestrito é incompatível com o controle concentrado de legitimidade dos atos estatais [...]”.

A esse respeito, comenta Cruz (2004, p. 434):

Curioso observar que o caráter pluralista do procedimento, que certamente aproximaria a sociedade do Supremo, foi rejeitado pelo Executivo. O Presidente justificou seu veto pela impossibilidade de o cidadão levar suas demandas diretamente ao Supremo, alegando incompatibilidade entre um acesso irrestrito da cidadania e o sistema concentrado, fechando naturalmente os olhos ao Direito Comparado (alemão, italiano, austríaco e espanhol).

Como já fora visto em tópicos anteriores, o acesso individual à Corte Suprema é tendência que vem sendo aceita nos ordenamentos jurídicos ocidentais, notadamente os de influência da doutrina constitucional austríaca, como se destaca nas Constituições da própria Alemanha, Espanha, Itália, dentre outros.

Além mais, é sabido que, atualmente, tem havido uma verdadeira mitigação dos modelos de controle de constitucionalidade, exemplo disso é a recente abstrativização da via difusa com os novos institutos da repercussão geral e Súmulas Vinculantes, bem como a crescente aproximação do Pretório Excelso à realidade dos casos concretos em sede de controle abstrato.

Nesse sentido, instrui Sampaio (2002, p. 40):

Um sistema concentrado, por outro lado, também não seria inconciliável com um controle concreto, embora exigisse adaptações. (...) Um recuso individual destinado a controlar os poderes públicos e a proteger os direitos fundamentais se espalhará pelos dois sistemas e mitigará as diferenças.

Isso é o que efetivamente tem acontecido, como se dá no exemplo já citado do recurso constitucional alemão.

A segunda preocupação exposta pelo Executivo é quanto à possível elevação excessiva de feitos a reclamarem a atuação originária do Supremo Tribunal Federal, de forma que possa vir a comprometer a viabilidade funcional da Corte.

Referida crise de operacionalidade sistêmica se constituiria em notável ofensa ao interesse público, advinda da concessão de um acesso individual e irrestrito ao cidadão.

Contudo, o Projeto de Lei nº 6.543/2006 sana perigo de eventual crise nos trabalhos do Pretório Excelso, uma vez que define bem os contornos de admissibilidade da ADPF a ser proposta pelo particular. Segundo voto do Relator na Comissão de Constituição e Justiça,

(...) no mérito, parece-nos que o Projeto em análise, ao adaptar a ADPF às inovações constitucionais trazidas pela Reforma do Judiciário, elide os argumentos no sentido da ofensa ao interesse público apontados pelas razões do veto presidencial ao inciso II do art. 2º da Lei nº 9.882, de 3.12.99.

Se havia o receio de que a ampliação do rol de legitimados da ADPF pudesse inviabilizar o controle concentrado de constitucionalidade exercido pela Corte Suprema, a proposição sob exame recorre à repercussão geral para limitar o exame de ADPF somente às hipóteses em que houver questões relevantes em discussão.

O referido Projeto de Lei, que visa restabelecer a legitimidade ativa do cidadão, prevê em seu texto o mesmo requisito da repercussão geral para admissibilidade da ação neste caso.

No contexto do dia-a-dia do Tribunal, esta possibilidade reduzirá significativamente o número de recursos extraordinários e agravos de instrumentos, o que, de acordo com dados estatísticos fornecido pela própria Corte, em seu sítio virtual, somam juntos o incrível montante de 59.912 processos.

A competência do Pretório Excelso será então redistribuída e não aumentada, uma vez que o objeto da ADPF se restringiria à violação de preceitos fundamentais por ato do Poder Público e o recurso extraordinário às demais causas previstas na CF/88 que não incorressem diretamente em violação de preceitos fundamentais.

Tal proposta tem o condão de conferir maior celeridade e efetividade da prestação jurisdicional, atendendo, portanto, o interesse público.

A própria definição de "descumprimento" e de "preceito fundamental" já restringe, portanto, o cabimento da ação.

Nesse sentido, afirma Tavares (2001, p. 321) que:

(...) a arguição – embora inserida no controle de constitucionalidade – guarda uma particularidade que lhe confere uma tônica própria quando da análise de argumentos como estes que aqui se expõem, no que respeita à admissibilidade de sua propositura. É que ela já se encontra constitucionalmente delimitada pelas normas que lhe podem servir de parâmetro para fins de averiguação do descumprimento: apenas os preceitos fundamentais, decorrentes da Constituição. Isso, só por si, é capaz de evitar uma indesejável avalanche de processos perante a Corte Suprema, porque nem toda violação da Constituição será capaz de embasar a novel medida. (Grifo nosso)

Outro dado que corrobora para a tese de que a ADPF não inflacionaria a Jurisdição Constitucional é o efeito erga omnis e vinculante das suas decisões, o que resolveria diversos casos que fossem idênticos a partir de um só.

Além da hipótese de cabimento ser restrita, o sujeito passivo só poderá ser única e exclusivamente o Poder Público.

O terceiro argumento faz referência ao “amplo rol de entes legitimados”, que, de acordo com a Presidência, atuam “como verdadeiros agentes de representação social e de assistência à cidadania.”

Ainda de acordo com as justificativas prestadas pela Presidência,

(...) cabe igualmente ao Procurador-Geral da República, em sua função precípua de Advogado da Constituição, a formalização das questões constitucionais carentes de decisão ou socialmente relevantes.

Nesse lume, por todas as razões já anteriormente expostas, percebe-se que o Executivo fechou os olhos à finalidade precípua conferida à ADPF tanto pelo Constituinte quanto pelo legislador ordinário, seja simplesmente por “falta de disciplina ou limitação ao exercício do direito de propositura” (MENDES, 2008, p. 1151).

Ademais, trata-se de uma contradição em termos a saída para o impasse que reclama a responsabilidade de questões constitucionais de caráter relevante como atribuição do Chefe do *Parquet*.

Se o acesso do cidadão ao Supremo Tribunal Federal poderia levar a colapso a operacionalidade de uma Corte com 11 Ministros, como apenas um Procurador-Geral da República poderá dar conta de todas as inconstitucionalidades e abusos do Poder Público, cometidos contra o particular, ainda tendo que se manifestar em todos os demais feitos do Tribunal?

Chai (2004, p. 567-568) assevera que:

A Lei nº 9.882/99 e as exposições de motivos aos vetos ali apostos indicam e dão substância a um conteúdo político de uma atividade que operativamente deveria ser fechada, a jurisdicional. E na contramão do processo democraticamente aberto de construção e reconstrução de aplicação do direito, o voto do MM. Ministro relator, EXMO. Sr. Néri da Silveira, na ADPF 1, resultou na proclamação da soberania do STF, ao declarar que apenas àquela instituição compete o juízo acerca do que se há de compreender, no sistema constitucional brasileiro, como Preceito Fundamental e conseqüentemente em quais circunstâncias seu descumprimento se perfaz.

Assim, cumpre repisar o entendimento majoritário da doutrina constitucional que considera o veto presidencial em comento, juntamente com suas razões, um atentado à cidadania e ao Princípio Democrático de Direito, contribuindo para a permanência de uma sociedade fechada dos intérpretes da Constituição.

4 DO ACESSO DO CIDADÃO À JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL CONCENTRADA

A Jurisdição Constitucional, exercida pelo Poder Judiciário, é reconhecida doutrinariamente como mecanismo contramajoritário, que visa assegurar e proteger direitos fundamentais das minorias, consagrados na Carta Política, em face da maioria popular representada pelo Poder Legislativo. Mas não se trata apenas disto.

O controle de constitucionalidade brasileiro, com a entrada em vigor da Lei nº 9.882/99, que regulamenta a Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, passou a coibir não só os abusos normativos dos parlamentares, mas também os atos – normativos ou não – do Poder Público, que extrapolem os limites fixados na Carta Magna, e que venham a violar, portanto, preceitos fundamentais.

Daí porque a importância de poder figurar o cidadão como parte legítima a acionar o Pretório Excelso, uma vez que se constitui em principal destinatário de políticas públicas duvidosas de entes estatais, bem como sofre em seu dia a dia com a crise de representatividade que acomete, atualmente, o Órgão Legiferante.

De fato, em um País de dimensões tão grandiosas quanto o Brasil, é praticamente impossível negar a importância de se levar em consideração a realidade dos casos concretos, mesmo em sede de Jurisdição Constitucional Concentrada, notadamente quando a violação a dispositivo constitucional se trata de norma ou ato do Poder Público local.

Assim, uma vez que já resta comprovado em tópicos anteriores que a abertura democrática da Justiça Constitucional não será a responsável por um caos sistêmico no funcionamento da Corte, cabe, por fim, analisar esta proposta sob a perspectiva jusfilosófica. Esta traz para o debate atual um modelo procedimentalista de Jurisdição Constitucional, amparada na Teoria Discursiva de Jürgen Habermas.

A idéia é discutir um sistema jurisdicional de controle de constitucionalidade que atue na contra-mão da massificação do Judiciário que, nos últimos tempos, vem aderindo à formas de resolução de conflitos em massa, versando estes ou não sobre questões constitucionais.

Corroborando com este entendimento, Ferraz Jr. (2003, p. 28) assevera que,

A filosofia do *animal laborans*, desse modo, assegura ao direito, enquanto objeto de consumo, enorme disponibilidade de conteúdos. Tudo é passível de ser normado e para enorme disponibilidade de endereçados, pois o

direito já não depende do *status*, do saber, do sentir de cada um, da personalidade de cada um. Ao mesmo tempo, continua sendo aceito por todos e cada um em termos de uma terrível uniformidade. Em suma, com o advento da sociedade do *animal laborans*, ocorre radical reestruturação do direito, pois sua congruência interna deixa de assentar-se sobre a natureza, sobre o costume, sobre a razão, sobre a moral e passa reconhecidamente a basear-se na uniformidade da própria vida social, da vida social moderna, com sua imensa capacidade para a indiferença.

Cumprido ressaltar que a busca de uma prestação judicial efetiva é perfeitamente válida e compatível com a realização dos direitos constitucionais fundamentais dos cidadãos, mas o conteúdo deste máximo objetivo não deve ser esgotado a recordes de processos julgados por mês nos Tribunais. A realização plena do princípio insculpido no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, se dará quando seu alvo maior estiver voltado para os fundamentos da Democracia brasileira, notadamente, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e a soberania popular.

4.1 DA TEORIA DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA E O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A Democracia como forma de governo já existe a milhares de séculos, tendo como principal marco da sua origem histórica a estrutura política ateniense, na Antiguidade Clássica Grega. De lá para cá, muito andou a humanidade, e o emaranhado de relações e redes sociais foi-se tornando cada vez mais complexo frente às novas descobertas, novos modos de produção.

Sem dúvida, do fim do Antigo Regime até os dias atuais, com o surgimento do Estado Absolutista e, posteriormente, a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, com o surgimento de novos direitos, formou-se um novo olhar sobre a Democracia na modernidade. Ela deixou de ser apenas uma forma de governo, para se transformar em um direito fundamental universal.

É nesse sentido que se desenvolverá, através do conteúdo da novel Teoria da Democracia Participativa, o Princípio Democrático de Direito, norma fundamental sobre a qual se estrutura as demais disposições principiológicas na Carta Política de 1988.

Intrinsecamente ligado ao Princípio Democrático de Direito, está o Princípio da Soberania Popular, que pode ser encontrado na Carta Magna em diversos dispositivos. Dentre os quais, se destaca precipuamente o artigo 1º, que enumera em seus incisos os fundamentos da República Federativa do Brasil, estando entre eles a cidadania e o pluralismo político. Traz, ainda, no parágrafo único, o preceito de que todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente.

Complementa o conteúdo normativo o artigo 14, em que é garantido o exercício da soberania popular pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto com igual valor para todos.

Além mais, há outras passagens, na Constituição Federal, em que se garantem a participação popular em diversos poderes do Estado, e até mesmo contra estes, como é o caso da propositura da ação popular (artigo 5º, LXXIII da CF/88), a possibilidade de elaboração de leis por iniciativa popular (artigo 61, §2º da CF/88), a consulta plebiscitária, e o referendo (artigo 14, I e II, CF/88) etc.

Dos dispositivos constitucionais enumerados, exemplificadamente acima, se chega à conclusão de que o Princípio da Soberania Popular caminha paralelo ao Princípio Democrático de Direito e ao exercício da cidadania.

Quanto ao conceito de Democracia em si, é algo sobre o qual já se debruçaram grandes pensadores políticos da humanidade. É um conceito que foi muito problematizado ao longo da história e ainda é objeto muito discutido na atual Ciência Política.

Um dos conceitos clássicos de democracia, citado por Silva (2007) afirma que seria a Democracia o “governo do povo, pelo povo e para o povo”. Analisando este conceito, Silva (2007) faz uma crítica no sentido de que se deve considerar a democracia muito mais do que um governo, mas também como um regime, uma forma de vida e, principalmente, como um processo.

A Teoria da Democracia Participativa vai mais além, pois considera a Democracia também como um direito. Para Bonavides (2007, p.151):

São direitos de quarta geração o direito à Democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.

Tal amplitude da expressão, que outrora se resumira à simples forma de governo, deu-se em virtude da transição operada do Estado Liberal para o Estado Social. Sob esta conjuntura, complementa Bonavides (2008, p. 161):

Tanto quanto o desenvolvimento, é a democracia, por igual, direito do povo; direito de reger-se pela sua própria vontade; e, mais do que forma de governo, se converte sobretudo em pretensão de cidadania à titularidade direta e imediata do poder, subjetivado juridicamente na consciência social e efetivado, de forma concreta, pelo cidadão, em nome e em proveito da Sociedade, e não do Estado propriamente dito – quer o Estado liberal que separa poderes, quer o Estado social, que monopoliza competências, atribuições e prerrogativas.

Apesar de assemelhar-se à Democracia Direta clássica, a Democracia Participativa dela se afasta à medida que não é exercida tão somente pelo povo, mas por este em cooperação com os Poderes Públicos. Assim, pode-se, ainda, afirmar que a democracia direta ganha em sua versão moderna ou contemporânea “a feição aberta de uma democracia participativa, qualificada pela suprema voz e presença do povo soberano em todas as questões vitais da ação governativa” (BONAVIDES, 2008, p. 345).

Com efeito, sua introdução no Direito Positivo se dá justamente a partir da conjugação hermenêutica dos elementos normativos constantes no artigo 1º, parágrafo único, e artigo 14, ambos da Constituição Federal de 1988. Já em sede teórica, para se instituir efetivamente o novo modelo de Democracia Participativa, mister se faz rever as bases políticas da legitimidade e legalidade em que operam as instituições, notadamente a Jurisdição Constitucional.

Nessa esteira, tem-se o Princípio Democrático de Direito como uma garantia de uma série de outros princípios e direitos fundamentais, dentre eles, principalmente, o Princípio da Soberania Popular e o direito de cidadania.

De acordo com Silva (2007, p. 131),

A democracia, em verdade, repousa sobre dois princípios *fundamentais* ou *primários*, que lhe dão a essência conceitual: (a) o da *soberania popular*, segundo o qual *o povo é a única fonte do poder*, que se exprime pela regra de que *todo poder emana do povo*; (b) a *participação, direta ou indireta, do povo no poder*, para que este seja efetiva expressão da *vontade popular*, nos casos em que a participação é indireta, surge um princípio derivado e secundário, o da *representação*. (Grifos do autor).

Observa-se que o mesmo autor defende que a Constituição do Brasil de 1988 adotou dois modelos básicos de democracia em seu parágrafo único, do artigo 1º: a democracia representativa, sendo uma de suas principais expressões o sufrágio universal; e a democracia participativa, que ele exemplifica com a iniciativa popular,

o referendo popular, o plebiscito, a ação popular e diversos outros mecanismos dispostos na Constituição.

Seguindo esta linha de pensamento e partindo do pressuposto de que um Estado Democrático de Direito deve promover a Democracia em todas as suas esferas de poder, entende-se também como exercício democrático a possibilidade de estabelecimento de um diálogo e, conseqüentemente, maior participação do cidadão com e na Jurisdição Constitucional, seja ela abstrata ou concreta, no sentido de vincular, ainda mais, os julgamentos – de eficácia vinculante e força de lei – emitidos pela Corte Suprema, ao cumprimento da vontade geral soberana concretizada nas normas constitucionais.

É sabido que o Poder Judiciário foi um dos que menos se democratizou com a entrada em vigor da Constituição Cidadã, é considerado ainda hoje por muitos críticos da estrutura de poderes do Estado, como o que se situa mais distante do povo, seja porque não fornece uma atuação jurisdicional satisfatória às minorias marginalizadas pela estratégia de acumulação capitalista desenvolvida pelo próprio Estado – desde a questão do acesso à justiça à possibilidade de dirimir, de fato, conflitos – seja porque seus membros, aqueles que julgam e acusam o cidadão, não foram por estes escolhidos; ou ainda por outros tipos de obstáculos, que vão desde a linguagem à forma como os operadores do Direito interpretam a realidade social, sempre a partir da norma e nunca a partir do conflito.

Esta situação ganha um relevo maior quando se trata da Jurisdição Constitucional na Democracia Participativa, em que a mesma jamais poderá ir de encontro à força normativa da Constituição, pois esta compreende o núcleo reitor de sua atividade interpretativa.

De acordo com Bonavides (2007, p. 572), o direito à Democracia Participativa, como expressão máxima do Princípio Democrático de Direito, está intimamente relacionado com a Justiça Constitucional e o controle de constitucionalidade:

Já, na Democracia globalizada, o Homem configura a presença moral da cidadania. Ela é a constante axiológica, o centro de gravidade, a corrente de convergência de todos os interesses do sistema. Nessa Democracia, a fiscalização de constitucionalidade daqueles direitos enunciados – direitos, conforme vimos, de quatro dimensões distintas – será obra do cidadão legitimado, perante uma instância constitucional suprema, à propositura da ação de controle, sempre nos moldes compatíveis com a índole e o exercício da Democracia direta. (Grifo nosso).

A Constituição Brasileira de 1988, de acordo com Streck (2004, p. 838), “colocou à disposição do cidadão vários mecanismos de acesso à justiça e, em especial, à jurisdição constitucional”.

Cite-se dentre eles o mandado de injunção, a via difusa de controle de constitucionalidade e a própria Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

A própria legitimidade da Constituição, segundo Cruz (2004, p. 319),

(...) se dá justamente por institucionalizar processos democráticos tendentes à apuração da soberania popular, garantindo de outro lado, o livre exercício dos espaços públicos e privados no seio dessa coletividade.

Destarte, não basta apenas a garantia material de ações. Assegurar ao cidadão esse acesso direto à Justiça Constitucional é uma questão que passa diretamente pela necessidade de democratização do próprio processo, como meio de permitir ao sujeito uma real participação nos mecanismos decisórios que envolvem a Constituição.

4.2 DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA

Ao se pretender estudar uma abertura democrática da Jurisdição Constitucional Concentrada no Brasil, é impossível não emergir das análises o tema da legitimidade das Cortes Supremas no desenvolver de suas atividades decisório-argumentativas, que está diretamente relacionado com questões fundamentais que autorizam o acionamento e participação do cidadão no processo constitucional.

No campo da filosofia do direito, emerge um acirrado debate doutrinário sobre os fundamentos da base democrática que irão justificar ou não um maior ativismo judicial e/ou uma maior participação popular na Corte. Trata-se da divergência posta entre comunitaristas, juristas herdeiros da Jurisprudência de Valores e pregadores do constitucionalismo dirigente; e os procedimentalistas, defensores de um modelo procedimentalista/discursivo de Jurisdição Constitucional, apoiados, essencialmente, na Teoria Discursiva do Direito, formulada por Jürgen Habermas.

Assim posto, o debate acerca da matéria, seja em sob quaisquer das bases estabelecidas, visa contribuir, substancialmente, para o desenvolvimento da democracia brasileira e suas instituições, tendo a filosofia do direito papel crucial no

pensar do legislador, do gestor público, do operador jurídico, e dos destinatários de normas e políticas públicas, sejam integrantes ou não das forças que articulam os fatores reais de poder na sociedade.

4.2.1 A TEORIA DISCURSIVA DE JÜRGEN HABERMAS

Jürgen Habermas, filósofo e sociólogo alemão, tem trazido grandes contribuições para o campo das filosofias jurídica e política. As bases de seu pensamento estão apoiadas na Escola Alemã de Frankfurt, crítica voraz e pessimista do positivismo jurídico e sua razão instrumental.

Objetivando romper com a filosofia da consciência, inaugurada por René Descartes e Immanuel Kant, a qual lançara as bases da doutrina positivista no Direito, Habermas escreve sob o novo paradigma da filosofia da linguagem, sob a ótica de uma nova forma de conhecimento que se desenvolve pela comunicação intersubjetiva dos sujeitos cognoscentes. Nessa esteira, o autor elaborou a Teoria do Agir Comunicativo e a Teoria Discursiva do Direito.

A Teoria do Agir Comunicativo se perfaz na busca de uma verdade científica nas ciências sociais, até então depurada por meios matemáticos, sob suposta neutralidade e objetividade, por intermédio do consenso obtido através do discurso entre agentes em uma situação ideal de fala.

Esta seria entendida, a grosso modo, como a oportunização de espaços de fala democráticos, em que os interlocutores se encontrariam em posições simétricas e iguais na oportunidade de se manifestarem. A linguagem a permear o discurso seria acessível a ambos, e se faria premente a necessidade de ausência de coação interna ou externa na execução do discurso.

Leciona Cruz (2008, p. 92-93) que,

Habermas centra sua teoria na distinção entre os meros atos comunicativos e os discursos como mecanismo de construção de pretensões de validade para fins de obtenção de um consenso verdadeiro, no qual a solidariedade seria condição indispensável para o êxito do mesmo. Habermas acredita que a legitimidade de qualquer deliberação normativa só pode ser checada em face das condições ideais de fala, pressupostos à comunicação, distinguindo, com isso, um consenso racional de um pseudo-consenso. Logo, o critério de legitimidade do discurso se restringiria ao procedimento (...).

Com tal pensamento, Habermas (2003) busca atribuir verdadeira legitimidade ao conhecimento científico, estabelecido em bases discursivas e não simplesmente postas e falíveis, conforme revelou o decurso histórico da razão instrumental.

Sobre os mesmos fundamentos, ele elaborou a Teoria Discursiva do Direito, dando ao discurso jurídico um novo paradigma de validade e legitimidade, segundo o qual, uma norma, para ser válida, deve conter, em seu procedimento de formação (o que o autor chama de discurso de fundamentação), a participação e o assentimento de todos os possíveis atingidos por ela.

Habermas (2003) inaugurará a corrente procedimentalista, em que se percebe claramente que o exercício democrático, validade e legitimidade das normas jurídicas, devem se dar, primordialmente, em seu processo de formação, franqueando o discurso a todos aqueles que serão destinatários do comando legislativo. Sob esse prisma, para Cruz (2004, p. 224),

Habermas (1997) deixou claro que a validade de uma norma jurídica não dependeria do fato de que a mesma pudesse prever todas as constatações de singularidades ou de circunstâncias excepcionais ligadas a ela. A racionalidade imposta pela conjunção dos "princípios da moralidade, da democracia e do discurso" tornou-se elemento capaz de extrair da própria legalidade, sua legitimidade. (Grifo nosso)

Nesse sentido, tendo como pressuposto uma norma válida, caberia ao aplicador do Direito, em sua atividade jurisdicional, escolher o dispositivo legal que melhor se adequaria ao caso concreto, e não criar direitos com base em uma hermenêutica ideológica, que o faria, dentro da técnica de ponderação de valores, escolher entre um comando ou outro. O mesmo raciocínio se aplica ao processo de controle de constitucionalidade das leis.

A legitimidade do Direito, como se vê, é um dos temas centrais da obra habermasiana, pois, devido à evolução do mundo moderno, ela não mais se adequa às teorias positivistas, que ressaltam o primado da lei com base no contrato social hobbesiano, nem mesmo às teorias da autonomia moral, de Kant, e da Jurisprudência de Valores, cujo maior expoente é Robert Alexi.

Para Habermas (2003, p. 138),

A legitimidade do direito apóia-se, em última instância, num arranjo comunicativo: enquanto participantes de discursos racionais, os parceiros do direito devem poder examinar se uma norma controversa encontra ou poderia encontrar o assentimento de todos os possíveis atingidos. (Grifo nosso).

Desta forma, diante do grau de complexidade e pluralismo a que chegaram as sociedades hodiernas, a legitimidade do Direito, conforme assevera Cruz (2004, p. 212),

(...) não se resolve num momento único de entrega da parcela de sua liberdade ao Estado, tal como no pacto social hobbesiano. Tampouco como institucionalização do Direito Natural em liberdades subjetivas fundadas na autonomia moral, como propôs Kant.

De igual modo, não irá mais encontrar sustentação na chamada Jurisprudência de Valores. Esta fundamenta como norma legítima a resultante da ponderação entre princípios e/ou regras realizada pelo operador do Direito, que consistiria em sobrelevar determinados valores em relação a outros. Neste sentido, fatalmente, estariam em pauta apenas os valores dominantes nas classes que monopolizam o Poder e o discurso.

A batalha do discurso ideológico-valorativo tem ganhado grande destaque, no Brasil, com a crise de representatividade do Poder Legislativo, bem como com o ativismo crescente do Judiciário, notadamente da Corte Constitucional brasileira. Basta para a comprovação de tal assertiva a análise dos votos dos diferentes Ministros do STF em casos de grande repercussão, como foi o caso do julgamento do RE nº 630147, que questionou a constitucionalidade das alterações trazidas pela Lei Complementar 135/2010, conhecida vulgarmente como “Lei do Ficha-Limpa”.

Isto posto, vê-se que a feição multifacetada das sociedades contemporâneas, principalmente em virtude dos recentes avanços tecnológicos advindos com a Globalização: a queda virtual de fronteiras globais, o rápido acesso à informação etc., tende cada vez mais ao pluralismo em todas as suas interfaces, seja ideológica, social, política e/ou jurídica.

Esta constatação torna uma tarefa praticamente impossível o destacar de autonomias morais e valores que ocorrem igualmente em todos os cidadãos, nas mais variadas questões que envolvem a vida em sociedade, para uma correta fundamentação e aplicação do Direito.

Sob a égide da Teoria Discursiva do Direito, Habermas (2003) aduz que a legitimidade normativa se perfaz através da realização de dois tipos de discurso: o discurso de fundamentação e o discurso de aplicação.

O discurso de fundamentação se opera de forma a conferir validade à norma, por meio de um agir comunicativo, buscando a formação de um consenso que

busque “estabilizar expectativas de comportamento, (...) organizar o discurso estabelecido, trabalhando para que o mesmo surta efeitos” (CRUZ, 2004, p. 217).

Este consenso deve ser buscado no momento de formação da norma, ou seja, no âmbito do procedimento legislativo. Segundo Cruz (2004, p. 217),

A obtenção de qualquer consenso que objetive sustentar uma afirmação, na condição de uma norma social de observância geral, deve necessariamente passar pelo crivo do “princípio da moralidade”, ou seja, deve obter o assentimento de todos os possíveis atingidos, na qualidade de participantes de discursos racionais.

O princípio da moralidade se apóia na chamada moral pós-convencional que se consubstancia “num procedimento para avaliação imparcial de questões difíceis, um procedimento fundado na noção de reciprocidade, de maneira a permitir/garantir o florescimento de distintos projetos de vida” (CRUZ, 2004, p. 213).

Desta forma, diversos atores sociais, possíveis atingidos pelo regramento normativo, estariam incluídos na formação discursiva de direitos, colocando cada setor seu posicionamento e aceitação acerca de novos ou rediscutidos dispositivos. A norma válida seria aquela que passasse por um teste de reciprocidade entre os atores do discurso, e fosse capaz de angariar o assentimento de todos aqueles albergados por ela.

Assim, tendo em vista que tal processo de formação discursiva do direito se dê sob a égide do princípio da democracia participativa, permite-se que a legitimidade jurídica surja da própria legalidade.

Este pensamento, apesar de coincidir com a doutrina positivista no tocante ao primado da lei como pressuposto legítimo a nortear a aplicação da norma, diverge dessa justamente quanto às bases de fundamentação desta mesma legitimidade. Neste caso, o Direito válido não é posto, mas sim, construído intersubjetivamente.

Acrescenta Habermas (2003, p. 350-351) que,

Para ser legítimo, o direito de uma comunidade jurídica concreta, normatizado politicamente, tem que estar, ao menos, em sintonia com princípios morais que pretendem validade geral, ultrapassando a própria comunidade jurídica.

Nesse sentido, no tocante a direitos que passaram pelo chamado teste de reciprocidade e apresentam pretensões de universalidade, ou seja, validade geral, estão os direitos fundamentais universais, que são divididos por Habermas (2003, p. 159-160) em cinco categorias:

(1) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação*.

(...)

(2) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *status de um membro* numa associação voluntária de parceiros do direito;

(3) Direitos fundamentais que resultam imediatamente da possibilidade de *postulação judicial* de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual.

(...)

(4) Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam a sua *autonomia política* e através dos quais eles criam direito legítimo.

(5) Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) até

(4). Grifos do autor.

A partir deste rol de direitos fundamentais universais será possível aos sujeitos, ao se reconhecerem mutuamente como destinatários e autores da própria ordem jurídica, a garantia da sua autonomia privada frente ao Estado, bem como serem erigidos a um status que lhes possibilite “a pretensão de obter direitos e de fazê-los valer reciprocamente” (HABERMAS, 2003, p. 159).

Nesse lume, formar-se-á, conforme salienta Cruz (2004, p. 223),

Uma cidadania ativa, inteligente, crítica, participativa e organizada, capaz de resgatar racionalmente as pretensões de validade do Direito e de renovar o conceito de “sociedade civil”.

Tendo em vista que o discurso de fundamentação se opera no momento de produção legislativa, o discurso de aplicação diz respeito à atividade do operador do Direito, que terá como pressuposto de sua atuação normas válidas discursivamente pelo princípio democrático. Segundo Cruz (2004, p. 225), “ele deverá examinar a identidade, ou não, do significante contido nas expressões incluídas na norma diante dos elementos descritivos do caso”.

Saliente-se que não se trata aqui de mera subsunção do fato à norma, uma vez que o operador jurídico não procederá a uma aplicação cega do Direito. Quando se contrapõe validade *versus* faticidade, a jurisdição poderá afastar a aplicação da norma ao caso concreto se a mesma for considerada ilegítima, tendo em vista sua conformação ou não ao princípio da democracia.

Nessa esteira, afirma Habermas (2003, p. 352),

(...) a jurisdição, ao levar em conta aspectos da aplicação, torna a desatar o feixe dos diferentes tipos de argumentos introduzidos no processo de normatização, fornecendo uma base racional para as pretensões de legitimidade do direito vigente.

No discurso de aplicação, ao invés de um agir comunicativo, paira entre os participantes um agir estratégico, em que cada um buscará argumentos que visem à prevalência da tese particular aventada. Ainda assim, será possível ao Judiciário adotar posicionamentos racionais, pois não prestará a atividade jurisdicional à confirmação do melhor argumento, mas sim à manutenção, no momento de aplicação da norma válida, do discurso de fundamentação e validade, resultante do processo democrático.

Conforme assevera Habermas (2003, p. 354),

De fato, porém, uma compreensão procedimentalista conseqüente da constituição aposta no caráter intrinsecamente racional das condições procedimentais que apóiam a suposição de que o processo democrático, em sua totalidade, propicia resultados racionais.

Estaria assim garantida, ao menos procedimentalmente, a legitimidade do Direito como um todo, desde seu momento de formação ao de aplicação, restando à Jurisdição o papel de conduzir e afirmar esta racionalidade dentro do processo jurídico.

4.2.2 O MODELO PROCEDIMENTALISTA/DISCURSIVO DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL

O modelo procedimentalista/discursivo de Jurisdição Constitucional está diretamente relacionado à proposta de divisão discursiva dos poderes, em que se busca resgatar a clássica doutrina proposta por Montesquieu, embora em bases distintas daquelas estruturadas no período liberal.

Conforme leciona Cruz (2004, p. 244-245),

Segundo Habermas (1997), essa divisão se pautará essencialmente pela teoria discursiva da gênese normativa, na qual diferentes tipos de argumentação e formas de comunicação se fazem presentes.

A necessidade deste resgate é premente, pois, com o advento do Estado Social e o aumento das tarefas estatais, o Executivo passou a concorrer com o Legislativo na produção normativa (decretos, regulamentos etc.). Ao mesmo tempo, percebeu-se que “os Tribunais Constitucionais passaram, no contexto de controle de constitucionalidade das leis, de um tímido papel de legislador negativo a uma postura agressivamente legiferante” (CRUZ, 2004, p. 244).

Nesse sentido, ganha relevo e importância o discurso de fundamentação como capaz de harmonizar preferências concorrentes e fixar a identidade pessoal/coletiva de uma sociedade, construída pelo legislador político através do consenso.

O discurso de aplicação, por sua vez, sendo realizado pelo Judiciário, permite que sejam reexaminados os argumentos utilizados no discurso de fundamentação, revelando a norma adequada ao caso concreto ou reconhecendo sua própria invalidade, mediante o processo de constitucionalidade das leis. Este é o cerne do modelo procedimentalista de Jurisdição Constitucional.

A Teoria Discursiva propõe um processo de controle de normas (in)constitucionais que atenda aos requisitos de uma democracia participativa mediante dois pressupostos: o discurso de aplicação de normas e o princípio do contraditório.

Assim, o principal sistema de controle proposto pelo modelo procedimentalista como fundamental ao desenvolvimento de uma cidadania ativa e que corrobore para a defesa do princípio democrático e dos direitos universais fundamentais é o da via incidental ou difusa, uma vez que privilegia, principalmente, o direito de postulação individual e autônomo ao Judiciário.

Nesse lume, assevera Cruz (2004, p. 246),

Ao contrário da visão comunitarista, que nega a condição de a via difusa/concreta constituir-se em verdadeira forma de Jurisdição Constitucional, Habermas (1997) vê o *judicial review* como mecanismo fundamental para o surgimento de uma cidadania ativa, em defesa do “princípio da democracia” e dos direitos fundamentais. (Grifos do autor)

Ademais, no sistema de controle difuso, o magistrado estaria adstrito ao limites oferecidos pelo caso concreto no momento de realização de sua atividade hermenêutica, o que ajudaria a evitar ingerência de afirmações pessoais e ideológicas no seu julgado.

Quanto ao sistema concentrado de controle de constitucionalidade, não cabe ao Judiciário discutir as bases discursivas em que se assentou a validade da norma, ou seja, não deve o Tribunal Constitucional realizar novo discurso de fundamentação, visto que, consoante Cruz (2004, p. 247),

(...) impõe debates argumentativos impossíveis ao discurso de fundamentação, posto que este último não pode antecipar todas as constelações de circunstâncias concretas a serem regradadas. Todavia, essa argumentação pode influenciar o legislador político (...). (Grifo nosso).

Contudo, em virtude do caráter dinâmico da sociedade e da amplitude de relações sociais que escapam às possibilidades de discussão na produção normativa, a argumentação travada na Corte, a partir de acontecimentos reais, deve servir ao próprio legislador político para este revogar a norma tida por ilegítima e, portanto, inconstitucional.

Nesse lume, preocupando-se primordialmente com a regularidade do processo legislativo, “a função essencial do controle de constitucionalidade será a de examinar e garantir a pura concretização das condições procedimentais da gênese democrática do Direito” (CRUZ, 2004, p. 248).

Além mais, o papel da Corte não deve ser tido como uma última palavra ou substituição do órgão legiferante, mas sim o de operar o Direito visando sempre à estabilização das expectativas sociais. Nesse sentido, sua atuação apenas seria necessária quando a norma supostamente ilegítima causasse julgamentos díspares na via concreta, fato que poria em cheque a sua validade.

Desta forma, a ação do Tribunal jamais culminaria com a criação de novos regramentos subvertendo, assim, novamente, a divisão de poderes, mas consistiria em uma atividade reconstrutiva, pois adstrita aos trabalhos do legislador e às conclusões da Jurisdição Constitucional Ordinária.

Ainda para Cruz (2004, p. 265-266),

A corrente se une ao comunitarismo em sua crítica à falsa neutralidade e ao formalismo das práticas positivistas no país. Contudo, critica o comunitarismo que pretende ver o Judiciário como tutor ou superego da sociedade de forma a guiá-la no caminho da inclusão social dos menos favorecidos. Mesmo um desvalido conhece e deve opinar qual o melhor meio para ampará-lo. A autonomia do indivíduo não pode jamais ser esquecida, pois sem ela a soberania política estará sempre viciada. Assim, o procedimentalismo no Brasil não se furta aos problemas da necessária inclusão social. Contudo enxerga um caminho mais democrático, apesar de menos sedutor.

Destarte, pelo procedimentalismo, apoiado na Teoria Discursiva do Direito, a legitimidade dos julgados do Tribunal Constitucional estaria consubstanciada a partir da própria legalidade, esta estabelecida e validada pelo consenso legislativo.

A adoção ou não do modelo procedimentalista/discursivo na Jurisdição Constitucional brasileira, como forma de se assegurar o princípio democrático de direito, tem causado muita celeuma na doutrina que se debruça sobre a hermenêutica constitucional. É o conhecido debate comunitaristas *versus* procedimentalistas. Estes seguem capitaneados por Cruz.

A posição oposta é defendida por Streck (2007, p. 93):

O lugar privilegiado assumido pela situação ideal de comunicação para a aferição da verdade argumentativa faz com que as exigências decorrentes da complexidade da cotidianidade das práticas jurídicas não encontrem na teoria do discurso proposta por Habermas maiores indicativos de viabilidade.

A principal crítica ofertada ao procedimentalismo pelo referido autor centra-se na questão de “como construir/alcançar as condições para a formação de discursos de fundamentação/justificação como propõe a teoria habermasiana, em uma sociedade complexa e desigual (...) como o Brasil”. (STRECK, 2007, p. 101)

Defendem os críticos do modelo discursivo de Jurisdição Constitucional que a Teoria Discursiva foi formulada para países que efetivamente concretizaram em suas democracias a fase do Estado Social, o que não seria o caso do Brasil.

A possibilidade de elaboração de discursos de fundamentação pressupõe a oferta de ampla participação política aos cidadãos por parte do Estado, gozando os mesmo de plena autonomia frente à chamada política deliberativa.

Para Streck (2007, p. 104), “quando Habermas apresenta sua tese do sujeito autônomo, coloca-se ao lado da realidade, pondo-a entre parênteses, embora, evidentemente, não a negue”.

A efetiva participação do cidadão para conferência de validade à norma deve ser estruturada com base em uma liberdade comunicativa, inexistente em países de modernidade tardia, em que grande parte dos jurisdicionados vivem a baixo da linha da pobreza e não tem condições de discutir em paridade de armas com outros grupos mais fortes.

Desta forma, a situação ideal de fala torna-se praticamente um pressuposto democrático utópico, sendo a teoria habermasiana considerada apenas como um elemento formal, teórico e epistemológico, inexecutável à vista das desigualdades que permeiam os atores sociais.

Apesar de concordar com as teses procedimentalistas que apontam o controle difuso como a melhor maneira de instrumentalizar os direitos fundamentais, salienta o mencionado autor que “é um equívoco pensar que o controle concentrado, por ser produto de um discurso de fundamentação (sic), transformaria o Tribunal Constitucional em legislador”. (STRECK, 2007, p. 107)

No seu entender, o controle abstrato não se daria isolado da situação concreta, do mundo prático, uma vez que o questionamento da norma se daria

justamente sobre situações de inconstitucionalidades que se desenvolveriam com a sua vigência e/ou eficácia.

Desta forma, o alcance do significado do comando normativo questionado não se resolveria apenas no momento do discurso de aplicação, mas sim a partir da compreensão do intérprete inserido no mundo.

Ressalte-se, ainda, que a crítica à Teoria Discursiva do Direito como fundamento do modelo procedimental de controle de constitucionalidade de normas, defende arduamente a questão do constitucionalismo dirigente como necessária ao resgate das promessas da modernidade em países que ainda não atingiram o pleno desenvolvimento democrático.

Ainda segundo Streck (2007, p. 115), “o engendramento das teses processuais-procedimentais acerca da Constituição paulatinamente enfraquece o papel compromissório-vinculante dos textos constitucionais”, por ainda se intentar buscar um fundamento de identidade para as Constituições, seguindo o papel a ser exercido pela situação ideal de fala.

Percebe-se, portanto, que a discussão doutrinária atual, travada entre os constitucionalistas adeptos da tese do procedimentalismo habermasiano *versus* os seus críticos comunitaristas revela uma preocupação comum em preservar, garantir e promover os direitos assegurados constitucionalmente e a plena realização do princípio democrático, como fruto de uma experiência constitucional histórica.

Impende salientar que, contudo, a questão central versa em torno do questionamento se isto será feito ou não com uma maior margem de liberdade hermenêutica na atuação dos integrantes do Supremo Tribunal Federal, ou seja, seria o ativismo judicial a solução para o resgate das promessas da modernidade no Brasil, ou a busca pela participação política efetiva de cidadãos, em situação ideal de fala, seria o único pressuposto possível para realização de uma democracia plena e, conseqüentemente, uma maior efetividade de direitos nas instâncias judiciais?

Trata-se de um embate entre o imediatismo e o fortalecimento das bases para a permanente construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

De fato, o povo brasileiro, devido à intensa miserabilidade e alienação política em que vive grande parte da sua população, não se encontra preparado para complexidade que propõe a formação do consenso no discurso de fundamentação habermasiano.

No entanto, o cidadão não pode ser tratado pela Jurisdição Constitucional como incapaz, devendo ser representado pelo Supremo Tribunal Federal, este na condição de seu tutor, atuando de forma a proteger os menos desfavorecidos, consertar os erros do órgão legiferante e obrigar o Executivo à realização de políticas públicas sociais com base no dirigismo constitucional.

A função do Pretório Excelso é corrigir desvios normativos que violem disposições constitucionais em posição contramajoritária, não se arvorar a instituição salvadora da democracia pátria ou casa da suplicação dos excluídos. Ele deve julgar sobre bases jurídico-constitucionais e não sob projetos ideológicos da modernidade.

Por outro lado, não há que se olvidar a crise de representatividade que acomete o Poder Legislativo brasileira, cujas bancadas, em sua maioria, é ocupada por representantes das elites dominantes, muitos eleitos à custa da compra ilegal de votos em currais eleitorais do País.

Com base nisso, embora ainda não se possa defender a implantação total de um modelo procedimentalista/discursivo de Jurisdição Constitucional no Brasil, a Teoria Discursiva do Direito traz uma importante contribuição para a Teoria da Democracia Participativa e o direito de postulação judicial do cidadão frente sistema concentrado de controle de constitucionalidade.

Destarte, ao se considerar o indivíduo não só um sujeito de direitos, mas co-autor deles, junto a quaisquer esferas que os institua e confira, estaria mais do que legitimada possibilidade do cidadão ingressar na Jurisdição Constitucional Concentrada em caso de lesão ou ameaça de lesão, por ato do Poder Público, a preceitos fundamentais, considerados estes como regras e princípios de direitos humanos previstos e recepcionados pela Constituição Federal de 1988.

4.3 DO ACESSO INDIVIDUAL À JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

O acesso à Justiça faz parte do rol de direitos humanos, já consolidado tanto no ordenamento jurídico pátrio quanto internacionalmente. A Constituição Federal de 1988 dispõe que “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direitos”. Por sua vez, a Declaração Universal dos Direitos Humanos reconhece ser direito de toda pessoa uma audiência justa e pública por

parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres.

Neste sentido, o acesso individual ao Poder Judiciário reveste-se de natureza cidadã, quando entendido em sua concepção alargada, ou seja, como constituinte de um projeto emancipatório da sociedade e seus cidadãos, que objetiva viabilizar e efetivar o Princípio da Participação Ativa dos cidadãos nas questões que envolvam o direito. De acordo com Sousa Jr. (2008, p. 8),

(...) numa perspectiva de alargamento do acesso democrático à justiça, não basta institucionalizar os instrumentos decorrentes desse princípio, é preciso também reorientá-los para estratégias de superação.

Na concepção restrita de acesso à justiça, o mesmo é entendido apenas nos moldes de se oportunizar à sociedade acesso à direitos e a um provimento jurisdicional célere e eficaz, realizado pelo Estado, que promovesse a efetiva resolução dos conflitos postos. Tal noção não é de todo contrária às balizas democráticas, mas peca em não aprofundar o olhar sobre questões sociais e jurídicas que têm influência direta sobre a prestação jurisdicional, como a marginalização crescente de camadas desfavorecidas e a inércia do Poder Judiciário, respectivamente.

4.3.1 DO EXERCÍCIO DA CIDADANIA

A cidadania é reconhecida pela Constituição Federal de 1988 como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, constituída enquanto Estado Democrático de Direito.

Guimarães (2005, p. 162) conceitua a cidadania como “qualidade de cidadão, pessoa que está no gozo de seus direitos e deveres civis e políticos garantidos pela Constituição”.

Para Moraes (2007, p. 16), a cidadania “representa um *status* e apresenta-se simultaneamente como um objeto e um direito fundamental das pessoas”.

Chimenti, Capez, Rosa e Santos (2009, p. 34) definem:

Cidadania, como princípio fundamental, é o direito de participar dos destinos do Estado (em especial participar de forma livre e consciente de suas decisões políticas) e, mais, o direito de usufruir dos direitos fundamentais previstos na Constituição.

Sob este aspecto, a cidadania, enquanto princípio que confere ao sujeito a qualidade de cidadão, não se encontra adstrita à conferir capacidade de participar de pleitos eletivos ou meras consultas legislativas, mas ao reconhecimento dos indivíduos como sujeitos de direitos que compõe a estrutura da sociedade civil.

Assim, não são considerados cidadãos apenas aqueles aptos a exercerem o direito de voto. Seu conceito abrange toda a coletividade detentora de direitos em face do poder estatal, desde crianças aos idosos e deficientes físicos.

Por conseguinte, não há que se falar em cidadania, no âmbito jurídico, tão somente como direito de participação política (sentido estrito) ou participação na formação do discurso público (sentido amplo), mas também como o direito a ter direitos, incluindo assim a prerrogativa do cidadão de ter acesso a todos os demais direitos e garantias elencados na Constituição Federal, tanto pela via política quanto pela jurisdicional, englobando o acesso à justiça e aos mecanismos de participação no processo decisório travado no âmbito do Poder Judiciário.

Nesse lume, assevera Araújo e Nunes Jr. (2009, p. 101)

A expressão *cidadania*, aqui indicada como fundamento da república, parece não se resumir à posse de direitos políticos, mas, em acepção diversa, parece galgar significado mais abrangente, nucleado na idéia, expressa por Hanna Arendt, do direito a ter direitos. Segue, nesse passo, que a idéia de cidadania vem intimamente entrelaçada com a de dignidade da pessoa humana.

Por sua vez, a dignidade pessoa humana, postulado que ganhou relevo nos ordenamentos jurídicos com o fim da Segunda Guerra Mundial, após o horror deflagrado pelos campos de concentração nazistas, inspira-se no imperativo categórico, formulado por Kant, que revela o homem como um fim em si mesmo, jamais como meio.

Enquanto tal, com base neste princípio basilar da contemporaneidade, os sujeitos que compõe o Estado na condição de cidadãos devem ser vistos não como simples destinatários de normas e políticas públicas, mas co-autores das mesmas e colaboradores ativos das instituições democráticas. Nesse sentido, a cidadania, de fato, não será apenas um status, mas um direito.

No que tange ao direito de cidadania, Vilhena (2006, p. 607) afirma que

A *cidadania* seria, assim, um conceito-chave para determinar nosso sentimento de pertencimento e participação numa determinada comunidade, tanto no aspecto político, jurídico-moral, como sócio-econômico. Pertencimento e participação política, como sujeitos ativos do processo de tomada de decisão coletiva. Pertencimento e participação jurídico-moral, enquanto sujeitos de direitos voltados à proteção da dignidade e realização da autonomia. Pertencimento e participação social e

econômica, como produtores e beneficiários das riquezas (e demais recursos) socialmente produzidas.

Nesse contexto, Vilhena (2006, p. 611-612) conclui, após fazer uma breve análise da conceituação do termo ao longo da história,

(...) o termo "cidadania" designa para o pensamento social um conjunto dinâmico de direitos e obrigações que determina o grau de inclusão do sujeito nas diversas esferas da convivência social. No campo do Direito, no entanto, a idéia de *cidadania* designa normalmente coisa distinta, talvez mais singela, que é o direito de participar do processo de tomada de decisão política, seja como eleitos ou como postulante de uma posição pública.

Outrossim, ressalte-se que o direito de cidadania não se constitui em um direito anterior aos próprios direitos fundamentais, um vez que tem como titular apenas o cidadão, enquanto que o destinatários dos direitos fundamentais seria toda pessoa humana em escala global.

No entanto, não se pode olvidar de que ser cidadão não dá, apenas, à pessoa humana de determinado Estado, o direito de participar do processo e meios de decisão políticas, mas sim de atuação em todas as esferas de poder do Estado, inclusive a jurídica.

Se o direito de cidadania se mostra essencial à materialização do Princípio da Soberania Popular, o Princípio Democrático de Direito surge como pressuposto lógico de ambos, pois, conforme Symonides (2003, p. 25), "não há dúvida de que somente a democracia pode garantir os direitos humanos na realidade".

Nessa esteira, a Constituição Federal de 1988 colocou à disposição do cidadão diversos mecanismos aptos a propiciar o exercício da cidadania, notadamente quanto à defesa de seus direitos em Juízo, sendo um de seus principais instrumentos a Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ainda, infelizmente, despida de efetividade.

Igualmente, assevera Nascimento (2006,127):

Assim, a Constituição brasileira de 1988, seguindo o modelo europeu – que à época estava baseado em uma Carta dirigente tutelando direitos e garantias fundamentais – elencou várias ações constitucionais para a proteção e defesa de cidadão e do Estado Democrático de Direito, mas não se preocupou com a sua eficácia, o que levou ADPF, prevista no § 1º do art. 102 da Constituição, a permanecer onze anos sem regulamentação, e dezoito anos sem uma posição definitiva do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema.

Assim, enquanto se aguarda um provimento final a respeito do tema, as bases teóricas estão sendo lançadas para o aprofundamento de uma transição paradigmática no processo constitucional, a que se submetem os julgamentos

operados no âmbito do Supremo Tribunal Federal, no sentido de permitir a formação de uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição.

4.3.2 DO DIREITO DE POSTULAÇÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal é posto pela Constituição da República de 1988 como o órgão máximo do Poder Judiciário, cuja função precípua é a guarda da Carta Política. Tal competência será exercida, conforme já asseverado outrora, através do controle de constitucionalidade das normas, seja pelo sistema abstrato – a principal de suas competências –, seja pelo sistema difuso, em grau de recurso ou reclamação constitucional.

O direito de postulação reconhecido positivamente no âmbito do Pretório Excelso se dará conforme for auferida a questão constitucional. Se ela resultar de uma situação concreta, envolvendo partes litigantes, poderão estas, quaisquer que sejam (cidadãos, associações, grupos minoritários etc.), na medida de sua sucumbência e provada repercussão geral do tema em deslinde, provocar a atuação da Corte. Assim, julgou o STF, na Reclamação nº 6078/SC, de Relatoria do Ministro Joaquim Barbosa:

Se o precedente tido por violado foi tomado em julgamento de alcance subjetivo, como se dá no controle difuso e incidental de constitucionalidade, somente é legitimado ao manejo da reclamação as partes que compuseram a relação processual do aresto.

Já se a querela em torno de dispositivos violadores da Carta Política for contestada sobre lei ou ato normativo em tese, o acionamento do STF se dará diretamente, mas somente poderá ser feito pelos legitimados elencados no rol taxativo do artigo 103, caput, da Constituição Federal de 1988. Assim vem ocorrendo desde a introdução da via concentrada de controle de constitucionalidade, com a Emenda nº 16, de 1965, e da formação de um sistema misto de Jurisdição Constitucional no Brasil.

A tentativa de introduzir um terceiro modelo de controle, resultante da combinação de elementos dos dois principais sistemas, foi, indubitavelmente, uma inovação trazida pela Lei Federal nº 9.882/1999, diploma legal que veio a

regulamentar a Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, prevista no artigo 102, § 1º, da atual Constituição.

Novidade, também, fora o ensaio em conceder ao cidadão o direito de postulação direta no Tribunal Excelso, que, em virtude do veto presidencial ao artigo 2º, inciso II, da mencionada lei, não fora reconhecido pela Corte, conforme se depreende do ementário da ADPF nº 75/SP, da qual é Relator o Ministro Ricardo Lewandowski:

EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. IDÊNTICOS LEGITIMADOS PARA A PROPOSITURA DE AÇÃO DIRETA. ROL EXAUSTIVO. DICÇÃO DO ART. 2º, I, DA LEI 9.882/99 C/C O ART. 103 DA CF. NÃO-CONHECIMENTO. INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO NÃO PROVIDO. I - Os legitimados para propor arguição de descumprimento de preceito fundamental se encontram definidos, em numerus clausus, no art. 103 da Constituição da República, nos termos do disposto no art. 2º, I, da Lei nº 9.882/99. II - Impossibilidade de ampliação do rol exaustivo inscrito na Constituição Federal. III - Idoneidade da decisão de não-conhecimento da ADPF. IV - Recurso de agravo improvido.

Ao que pese, ainda, posicionamentos contrários de uma parte minoritária da doutrina, há, entretanto, amparo constitucional para tamanho salto normativo, que confere à lei liberdade para regular a novel ação em todas as suas interfaces procedimentais, seja no campo das hipóteses de cabimento, seja no da composição dos legitimados ativos. A única disposição constitucional fixa quanto à ADPF refere-se à sua competência e ao seu objeto: os preceitos fundamentais, que se constituem em normas que a própria Constituição buscou conferir proteção especial.

Por conseguinte, e sob o novo paradigma jurídico-político sobre o qual se ergueu a Carta Magna de 1988 – a democracia participativa, o legislador ordinário não fez nada mais do que referendar, simultaneamente, os princípios da Soberania Popular, Dignidade da Pessoa Humana, e Democrático de Direito; bem como privilegiar o direito de cidadania, trazendo também o sujeito para a condição de partícipe ativo na Jurisdição Constitucional Concentrada.

Para Rothenburg (apud Moraes, 2008, p. 266),

(...) o veto que excluiu a legitimação ativa popular amputou, na prática, uma das virtudes e talvez o maior sentido da arguição, que era a possibilidade de qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público suscitar incidentalmente o descumprimento de preceito fundamental e levar a questão constitucional diretamente ao Supremo Tribunal Federal.

Igualmente, assevera Cunha Jr. (2006, p. 262) que,

O veto presidencial, porém, longe de justificar-se, infirma o postulado democrático de abertura do processo constitucional ao cidadão e do acesso

à justiça de todos aqueles que pretendem buscar uma prestação jurisdicional na defesa de seus interesses constitucionalmente protegidos.

Ressalte-se, ainda, o caráter peculiar da hipótese de cabimento em que o cidadão poderá reclamar diretamente ao Supremo Tribunal Federal: casos de lesão ou ameaça de lesão a preceitos fundamentais por ato do Poder Público.

O fundamento de tal hipótese é simples, a condição de vulnerabilidade do jurisdicionado frente ao grande Leviatã, comandado por forças das majorias dominantes, preocupadas com a realização de seus próprios interesses. Isto só vem a corroborar, mesmo ao arrepio dos procedimentalistas, o papel institucional da Corte como mecanismo contramajoritário na preservação dos princípios constitucionais, dentre eles, o Princípio da Igualdade no acesso à jurisdição.

O princípio e direito humano da igualdade está elencado nos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial, em que se afirma ser essencial à devida execução do ofício judicial, assegurar a igualdade de tratamento de todos perante as Cortes.

Prescreve o artigo 14 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, ratificado internamente pelo Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992, que “todas as pessoas são iguais perante tribunais e cortes de justiça”, consagrando, segundo Comparato (2010, p. 322), “o princípio do livre acesso aos órgãos judiciários”.

Sob esse prisma, o acesso individual à Jurisdição Constitucional concentrada, em que pese o caráter abstrato desta, já fora reconhecido, inclusive, pela Corte Européia de Direitos Humanos, no julgamento *Ruiz-Mateos vs Espanha*. Conforme informa Ramos (2005, p. 13), “os votos majoritários da Corte Européia consideraram aplicável a esse tipo de controle concentrado de constitucionalidade, o *artigo 6.1* da Convenção (direito de ser ouvido por juízo imparcial)”. (Grifo do autor)

Em uma sociedade pluralista, Häberle (1997, p. 13-14) afirma que, sob a influência da teoria democrática, “é impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo”, bem como não é possível estabelecer um elenco cerrado de intérpretes da Carta Política. Quanto mais plural se revelar o espaço social, mais abertos deverão ser os critérios para a interpretação constitucional. Logo, de acordo com Cruz (2005, p. 12), “o constitucionalismo contemporâneo exige o direito de igual participação do cidadão em todas as práticas estatais, sejam elas oriundas de quaisquer Poderes Constituídos”.

Nesse lume, para Arendt (2009, p. 188-192), “a ação e o discurso são os modos pelos quais os seres humanos se manifestam uns aos outros, não como

meros objetos físicos, mas enquanto homens”. Tais pressupostos, amparados no caráter plural da humanidade, são responsáveis por identificar o indivíduo enquanto ser no mundo, em um duplo aspecto de diferença e igualdade com seus pares.

Contudo, mesmo com todo o esforço do Poder Legislativo em aprofundar a abertura democrática do sistema constitucional, a referida inovação ainda encontra resistência no âmbito do próprio Estado, pois, como é sabido, o Executivo vetou o inciso II, do § 2º, da Lei da Arguição, em razões que já foram anteriormente desconstruídas. Igualmente, o Poder Judiciário ainda não se manifestou a respeito do tema, haja vista os longos anos de espera do julgamento da ADIn 2231.

A dificuldade em implementar direitos subjetivos para grupos minoritários no âmbito do Direito Público não é novidade no Brasil, cuja formação jurídica se deu sobre as bases do patrimonialismo e da lógica da exclusão.

De acordo com Wolkmer (2002, p. 116),

A conclusão que se pode extrair da evolução do Direito Público, caracterizado, nessa reflexão, basicamente pelas principais constituições do Brasil, é que ele foi marcado ideologicamente por uma doutrina de nítido perfil liberal-conservador, calcada numa lógica de ação atravessada por temas muito relevantes para as elites hegemônicas, tais como a *conciliação* e o *conformismo*.

Desse modo, evidencia-se que as instâncias de Direito Público no Brasil, ao longo de todo o processo histórico, jamais resultaram do fortalecimento de uma sociedade democrática e de uma cidadania participativa, mas sua evolução se deu de forma “fragmentária, ambígua e individualista, além de permanecerem sujeitas a constantes rupturas, escamoteamentos e desvios institucionais” (WOLKMER, 2003, p. 116).

De fato, não se verifica na histórica política do País, o consolidar de uma tradição democrática de participação popular, ao contrário, vê-se a formação de um Constitucionalismo voltado para as bases liberal-individualistas, próprias das classes burguesas emergentes do século XIX.

O povo jamais fora protagonista das grandes transições paradigmáticas do poder. Seja na passagem da ruptura do modelo colonial com a proclamação da independência, no alvorecer da República, ou, até mesmo, nos ares da redemocratização, a grande massa de cidadãos brasileiros apenas fora informada, pelas forças operantes dos fatores reais de poder, das mudanças.

Nesse contexto, com o Direito, que sempre serviu de fundamento legitimador para as ações estatais lastreadas em interesses de oligarquias dominantes, não foi

diferente. Assim, quanto à cultura do pensamento jusfilosófico nacional, não é possível afirmar que a mesma nasceu de ideologias originadas e fomentadas em solo tupiniquim, visando uma emancipação social através do Direito e, conseqüentemente, formação e consolidação de um sistema político-jurídico democrático.

Nos longos anos da época colonial, o lastro filosófico que amparava o ainda incipiente mundo jurídico brasileiro era apoiado nas diretrizes ético-religiosas da Igreja Católica, que pregava um jusnaturalismo de feição teológica, com conteúdo francamente legitimador das barbáries cometidas contra índios insurgentes do sistema imposto pela Coroa Portuguesa e acultramento das escolas jesuíticas.

Ademais, toda a estrutura do discurso jurídico era importada de fora, uma vez que os poucos bacharéis que atuavam no território nacional possuíam formação européia.

No Império, foram criadas as primeiras universidades de Direito no território nacional, a Faculdade de Direito de Recife e a do Largo do São Francisco, em São Paulo. No entanto, pouco mudou no cenário de produção acadêmica, pois “o jusnaturalismo foi incorporando, ao longo do século XIX, certos matizes do racionalismo iluminista e do individualismo liberal” (WOLKMER, 2002, p. 126).

As novas ideias que chegaram com a República tiveram um severo impacto sobre o pensamento e o discurso jurídicos no Brasil, com a implantação do positivismo, do formalismo e a o efetivo plano de construção de uma sociedade liberal burguesa no País.

O resultado disto a Historiografia jurídica já contou. A supremacia do positivismo jurídico nacional deu-se no sentido de preservar a ordem vigente e prestou-se à manutenção dos vícios do patrimonialismo e da fidalguia no Direito nacional e suas instituições operadoras, nas quais se inclui o Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, para Cruz (2004, p. 312)

(...) ficou clara a insuficiência e a incapacidade do Supremo em tutelar de forma isolada a ordem constitucional, ao longo dos últimos 110 anos. Apesar de momentos de raro brilhantismo e empolgantes demonstrações de devotamento à ordem constitucional, tal como nos primeiros anos da República Velha e do regime militar (1961/69), o distanciamento do Supremo da sociedade e do restante do Judiciário foram os fatores decisivos para a não-consecução dos fins propostos pelo comunitarismo nacional, bem como da não-concretização da democracia brasileira.

Somente com o advento do Estado do Bem-Estar Social no mundo, a ausência de respostas que o positivismo não conseguiu dar para os problemas da pós-modernidade e os conflitos sociais que passaram a eclodir em todo território nacional, começaram a surgir reais críticos do modelo de pensamento posto, formando verdadeiras escolas nacionais, como a do Direito Achado na Rua, capitaneada pelo professor Roberto Lyra Filho, na Universidade de Brasília.

Conforme salienta Wolkmer (2002, p. 141),

As novas tendências paradigmáticas que compõem o que se convencionou chamar de "pensamento crítico" ou de "crítica jurídica" rompem e desmitificam as dimensões político-ideológicas que sustentam a racionalidade do dogmatismo juspositivista contemporâneo.

Repensar a trajetória da cultura jusfilosófica tradicional no Brasil é importante para se afirmar que é possível, mesmo sem precedente positivado no direito nacional, a possibilidade de se instituir um acesso individual à Jurisdição Constitucional Concentrada, pois, ainda conforme Wolkmer (2002, p. 142),

(...) desperta para a construção de um pensamento crítico-interdisciplinar, marcado por uma racionalidade jurídica emancipadora e por uma ética da alteridade, expressão de novas práticas sociais participativas.

Mesmo com todo ranço histórico que permeia as instituições nacionais, a Constituição Federal de 1988 foi, inegavelmente, um marco, trazendo à baila a Democracia Participativa como um direito de quarta geração a ser zelado e preservado não só pelo Poder Público, mas pelos seus destinatários.

Da mesma forma, prevendo um grande rol de instrumentos processuais para se garantir este grande salto perpetrado, deu um novo sentido ao direito de cidadania, abrindo novas possibilidades de seu exercício pelo cidadão, tanto individualmente quanto em grupo.

Referidas medidas reconhecidas oficialmente pelo Estado e tidas como cláusulas pétreas constitucionais já é um grande passo na caminhada rumo à exclusão em todas as suas feições – social, econômica, jurídica etc. – e efetividade de direitos, mas ainda não basta para apagar anos de práticas patrimonialistas e retirar classes e ideologias retrógradas do jogo político-jurídico.

Segundo Santos (2006, 170),

Estudos revelam que a distância dos cidadãos em relação à administração da justiça é tanto maior quanto mais baixo é o estrato social a que pertencem e que essa distância tem como causas próximas não apenas fatores econômicos, mas também fatores sociais e culturais, ainda que uns ou outros possam estar mais ou menos remotamente relacionados com as desigualdades econômicas.

É preciso reconhecer o sujeito enquanto ser no mundo, dono de si, portador da condição humana de agir na busca por seus direitos, exercer a cidadania e contribuir para consolidação da Democracia, seja como participante da ordem política, seja através do pleno acesso à Justiça.

Com efeito, conforme assevera Bobbio (2004, p. 60), “uma coisa é falar dos direitos do homem, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes; outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva”.

Repensar as bases processuais da Jurisdição Constitucional sob novos paradigmas é essencial para a busca de respostas aos problemas postos pela pós-modernidade, que nem o Estado Liberal e o Estado Social conseguiram resolver no âmbito da proteção, luta e efetividade de direitos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A consolidação da Democracia no mundo moderno não seria possível não fosse o arcabouço institucional que lhe dá sustentação. A divisão do Estado em três poderes que, ao mesmo tempo em que se distinguem, se fiscalizam mutuamente, complementa o quadro de funções do Ente Público, cujas atividades, hodiernamente, devem incluir os destinatários de normas e políticas públicas, considerando estes como co-autores de direitos.

Neste quadro, se insere o controle judicial de constitucionalidade de atos do Poder Público no Brasil, cujo fim é zelar pela integridade constitucional do ordenamento jurídico pátrio, oferecendo respostas às violações ou ameaça de violações contra princípios e regras diretamente oriundos da Carta Política ou, indiretamente, resultantes desta. A Constituição é, assim, entendida como documento político dotado de força normativa, ocupando status de norma fundamental e suprema na ordem político-jurídica, o que fundamenta e demonstra a importância do papel a ser exercido pela Jurisdição Constitucional e a necessária ingerência de seus princípios e regras sobre os procedimentos que lhe tocam.

Dentre a gama de princípios esculpidos explícita e implicitamente na Carta da República, destacam-se, neste trabalho, aqueles que se debruçam sobre o processo e o acesso à Justiça, tais como os Princípios da Igualdade, da Duração razoável do Processo e do Devido Processo Legal, dentre outros. Considerados em conjunto, os mesmos constituem o arcabouço jurídico que visa à efetividade do Princípio da Tutela Judicial Efetiva, prescrito no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

O controle judicial de constitucionalidade no Brasil é operado em dois modelos: o modelo europeu ou concentrado, exercido com exclusividade pelo Supremo Tribunal Federal, e o modelo americano ou difuso, realizado por qualquer juiz ou tribunal.

Nesse diapasão, observa-se que ambos têm sido mitigados com as recentes inovações legislativas acerca do processo constitucional. O controle difuso é, atualmente, vítima de crescente objetivação, haja vista a tendência uniformizadora das Súmulas Vinculantes e do instituto da repercussão geral. A interpretação da Constituição mais próxima ao cidadão, posto que passível de julgamento por qualquer juiz ou tribunal, tem se tornado, a cada dia, um processo longo e custoso,

devido às inúmeras instâncias que o processo, na via incidental, percorre até a Corte, quando não sofre com o ignorar das particularidades do caso na aplicação sumária de jurisprudências.

Por sua vez, o controle concentrado foi ampliado sobremaneira com a Constituição da República de 1988, tanto no elenco de ações quanto no rol de entes legitimados. Contudo, ainda é vedada a participação da sociedade civil no procedimento abstrato, pois só são reconhecidas como aptas à postulação perante a Corte, as entidades representativas de classe econômica ou profissional, devendo estas possuir âmbito nacional e, ainda, demonstrar pertinência temática entre suas atividades e o objeto da ação.

Ademais, o sistema concentrado é provocado, cada vez mais, por demandas que nada têm de objetivas, pois resultam de conflitos de interesses de larga escala, como, por exemplo, a ADPF nº 54/DF, que trata da interrupção da gravidez de feto anencefálico, e a Reclamação nº 3331/RR, sobre a demarcação de terras indígenas. Ou seja, o que, a princípio, seria um processo sem partes, transforma-se em verdadeiras lides nacionais, a reclamar os olhares da mídia e manifestações de populares às portas do Supremo Tribunal Federal, uma vez que não podem atuar no processo.

Com isso, constatando-se a ocorrência de reiteradas restrições à via difusa, o rol taxativo de legitimados reconhecidos para provocarem a Jurisdição Constitucional concentrada contribui, mesmo com a abertura posta pela atual Carta Política, para a consolidação de uma sociedade fechada dos intérpretes da Constituição.

A Lei nº 9.882/99, introduzida no ordenamento jurídico pátrio com o fito de regular a Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, em consonância com o preceito da força normativa da Constituição, buscou dar à ADPF a feição de verdadeira ação de cidadania, pois, desde seus primeiros anteprojetos, a previsão de se conferir legitimidade ativa ao cidadão, perante o Supremo Tribunal Federal, esteve presente.

No entanto, tal regra, que se consolidaria como uma das mais importantes garantias ao Princípio da Tutela Judicial Efetiva, não chegou sequer a ganhar existência legal, pois fora vetada pelo Presidente da República à época.

O veto jurídico passou longe de coadunar suas razões a uma correta análise prévia da constitucionalidade do dispositivo. Depreende-se da experiência jurídico-

constitucional estrangeira que a admissão de um acesso individual ao Pretório Excelso não é incompatível com a Jurisdição Constitucional concentrada, e, caso aconteça, não se dará de forma irrestrita, haja vista a exigência do requisito da repercussão geral. De igual sorte, a possível abertura não trará maiores alterações na operacionalidade da Corte, uma vez que haveria um redirecionamento de processos que, antes, já eram apreciados via Recurso Extraordinário. Outrossim, as justificativas de “representação social”, “assistência à cidadania” e papel do Procurador-Geral da República, não subjazem às modernas Teorias da Democracia Participativa e Discursiva do Direito, conforme restou largamente demonstrado.

Ademais, a Constituição de 1988 previu a ADPF como uma ação específica de proteção a preceitos fundamentais, a ser regulamentada integralmente por lei, deixando de prescrever, quanto à referida ação, enumeração taxativa de legitimados ativos, como o fizera com a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade e a Ação Declaratória de Constitucionalidade.

Sob esse prisma, os preceitos fundamentais são entendidos como princípios e regras constitucionais atinentes a direitos humanos, natureza que justifica o tratamento diferenciado conferido pelo Constituinte.

Corroborando com o posicionamento ora adotado, a Teoria da Democracia Participativa, defendida em território pátrio por Paulo Bonavides, e a Teoria Discursiva do Direito, proposta por Jürgen Habermas. Ambas se complementam ao defender uma participação ativa do cidadão em todas as esferas de Poder, inclusive, a Judiciária, elevando os Princípios da Cidadania e Soberania Popular à própria essencialidade do regime democrático, propondo um novo modelo de Jurisdição Constitucional, amparada sobre fundamentos discursivo-procedimentalistas.

Não se pode olvidar a resistência de parcela da doutrina e de posições conservadoras da própria Corte quanto à temática. Contudo, há que se ressaltar que a base dos argumentos contrários, semelhantes às razões expostas na Mensagem de Veto nº 1.087, de 03 de dezembro de 1999, estão direcionadas muito mais à manutenção da racionalidade saneadora e excludente do sistema do que, propriamente, a favorecer uma acessibilidade plena à Justiça.

O modelo procedimentalista de Jurisdição Constitucional aposta na construção da validade da lei no âmbito legislativo, insurgindo-se contra o ativismo judicial, voltando-se ao fortalecimento do exercício de controle judicial de constitucionalidade pela Justiça Ordinária.

Com isso, impende asseverar que o referido modelo é de difícil aplicação à realidade institucional e jurídica do País, em virtude da crise de representatividade do Poder Legislativo, que vicia os discursos de fundamentação das normas, tornando-as inválidas e ilegítimas por não contarem com a participação efetiva de seus destinatários. Assim, é praticamente impossível impedir que o Supremo Tribunal Federal, em casos determinados, notadamente no que diz respeito a grupos vulneráveis, atue ativamente na correção de distorções e omissões normativas.

Embora o modelo procedimentalista/discursivo de Jurisdição Constitucional esteja alicerçado sobre a Teoria Discursiva do Direito, as constatações relacionadas acima não anulam a importância do pensamento habermasiano para a Democracia brasileira. Nesse sentido, a principal leitura sobre a processualística constitucional tem em vista o agir comunicativo do cidadão enquanto co-autor de seus direitos, possuindo autonomia pública e privada para atuar como protagonista no seio da sociedade e do Estado, inclusive para proteger e acionar as garantias em favor dos seus direitos humanos.

A adoção deste novel paradigma fomenta, ainda mais, os questionamentos acerca da legitimidade e papel das Cortes Constitucionais e o monopólio da interpretação da Constituição por grupos limitados em sociedades multifacetadas, uma vez que decisões sobre questões políticas e de ampla repercussão social são tomadas no âmbito destes Tribunais.

Há que se ressaltar, ainda em que pese, atualmente, a ocorrência de uma atuação pró-ativa do Supremo Tribunal Federal, a jurisdição, enquanto tal, seja ordinária ou não, age sob o paradigma do princípio da inércia. Desta forma, para se manifestar a respeito de lesão ou ameaça de lesão a preceitos fundamentais ou quaisquer outros direitos envolvidos em questões constitucionais, a Corte deve ser provocada, não lhe cabendo o conhecimento da demanda de ofício.

Nesse sentido, dentro dos fundamentos propostos pela Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ninguém mais habilitada que a própria pessoa vilipendiada no exercício de seus direitos humanos para acionar o Pretório Excelso, na busca de um provimento judicial adequado que lhe assegure a proteção efetiva e adequada da ordem normativa constitucional violada por ato do próprio Poder Público.

Condicionar esta prerrogativa, conferida ao cidadão pelo Princípio Democrático de Direito, a uma representação ao Procurador-Geral da República,

consiste em retirar do particular a ação enquanto pressuposto fundamental de sua condição humana.

Além mais, não é previsto nenhum remédio contra o ato do membro do Ministério Público que não aceite levar a questão constitucional a juízo, nem resta comprovado que esse operará com diligência necessária melhor que o próprio autor do feito. Quanto a isto, não se está a questionar a lisura e idoneidade do exercício funcional do Procurador-Geral da República, mas é fato notório que, sendo chamado a se manifestar em todos os processos que tramitam no Supremo Tribunal Federal, não há que se comparar a atenção que poderá ser dada à demanda pelo cidadão que teve seu direito constitucional lesado com a despendida pelo membro da referida instituição.

Por fim, importa afirmar que o direito de postulação judicial no juízo abstrato de constitucionalidade é direito humano universalmente reconhecido, inclusive, em documentos internacionais elaborados em prol da pessoa humana. É com foco nesta e na realização plena da sua dignidade que ganha destaque o Princípio da Tutela Judicial Efetiva e a necessidade de não apenas prescrever direitos, mas também de se garantir mecanismos adequados que assegurem sua efetividade.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz A. D.; NUNES JR. Vidal S. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

BARROSO, Luís R. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel.(Coords.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 7. ed. São Paulo: Renovar, 2003.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **O poder judiciário e o parágrafo único do art. 1º da constituição do Brasil**. In: DA CUNHA, Sérgio Sérulo; GRAU, Eros Roberto. *Estudos de direito constitucional em homenagem ao professor José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Secretaria de Editoração e Publicações do Senado Federal, 2007.

_____. **Decreto 592, de 06 de julho de 1991**. Disponível em: <http://www2.mre.gov.br/dai/m_592_1992.htm>. Acesso em: 15 out. 2010.

_____. **Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm>. Acesso: 03 abr. 2010.

_____. **Mensagem nº 1.807, de 3 de dezembro de 1999**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/Mensagem_Veto/1999/Mv1807-99.htm>. Acesso: 03 abr. 2010.

_____. **Projeto de Lei nº 6.543, de 2005**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/370627.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 26.603**, Brasília, DF, 4 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=26603&classe=MS&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 18 ago. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 6.568**, Brasília, DF, 21 de maio de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=6568&classe=Rcl&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 18 ago. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 127**, Brasília, DF, 20 de novembro de 1989. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=127&classe=ADI-MC-QO&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 14 set. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 6.078**, Brasília, DF, 8 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=6078&classe=Rcl-AgR&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 13 out. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 75**, Brasília, DF, 3 de maio de 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=75&classe=ADPF-AgR&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 15 out. 2010.

CANOTILHO, José J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

CHAI, Cássius G. **A constituição negada**: a recusa do sentido da aquisição evolutiva e da indiferenciação funcional. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. São Paulo: Mandamentos, 2004.

CINTRA, Antonio C. A.; GRINOVER, Ada P.; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria geral do processo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CRUZ, Álvaro R. S. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. **Habermas e o direito brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. **O direito à diferença**: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

CUNHA JR. Dirley da. **Controle de constitucionalidade**: teoria e prática. Salvador: JusPODIVM, 2006.

_____. **Curso de direito constitucional**. Salvador: JusPODIVM, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel G. **Os princípios do processo constitucional**. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18366/Os_Princ%C3%ADpios_do_Processo_Constitucional.pdf?sequence=2>. Acesso em: 15 ago. 2010.

FERRAZ JR., Tércio S. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário técnico jurídico**. São Paulo: Rideel, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar. F.; COELHO, Inocêncio. M.; BRANCO, . G. G. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 2.1 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

MORAES, Guilherme P. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Niterói: Impetus, 2008.

NASCIMENTO, Valéria R. **ADPF: cegueira ou lucidez do controle concentrado de constitucionalidade?** São Paulo: LTr, 2006.

NOVELINO, Marcelo. **Teoria da constituição e controle de constitucionalidade**. Salvador: Editora JusPODIVM, 2008.

ONU. **Comentários aos princípios de Bangalore de conduta judicial**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2008.

_____. **Declaração universal dos direitos humanos**, 10 dez. 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 07 out. 2010.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SAMPAIO, José A. L. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANTOS, Boaventura S. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 11. ed. São Paulo: Cortez, 2006.

SILVA, José A. **Curso de direito constitucional positivo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOUSA JR., José G. **Por uma concepção alargada de acesso à Justiça**. Rev. Jur., Brasília, v. 10, n. 90. p. 01-14, abr./maio, 2008.

STRECK, Lênio. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____.; OLIVEIRA, Marcelo A. C.; LIMA, Martonio M. B. **Mutações na corte: A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso**. Disponível em: <http://www.ihj.org.br/pdfs/artigo_lenio07.pdf>. Acesso: 30 ago. 2010.

_____. **Verdade e consenso**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SYMONIDES, Januzs. **Direitos humanos: novas dimensões e desafios**. Brasília: UNESCO e SEDH, 2003.

TAVARES, André R. **Tratado da arguição de preceito fundamental: lei nº 9.868/99 e lei nº 9.882/99**. São Paulo: Saraiva, 2001.

VIEIRA, Oskar V. **Direito fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 2006.