

FABRÍCIO BARBOSA BARROS

**O RECURSO EXTRAORDINÁRIO E A TUTELA DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS**

MESTRADO EM DIREITO

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO EM ORDEM JURÍDICA
CONSTITUCIONAL

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ – UFC

FORTALEZA 2007

FABRÍCIO BARBOSA BARROS

**O RECURSO EXTRAORDINÁRIO E A TUTELA DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre no Curso de Mestrado em Direito, com área de concentração em Ordem Jurídica Constitucional, da Universidade Federal do Ceará, sob a orientação da professora Ana Maria D'Ávila Lopes.

FORTALEZA 2007

AGRADECIMENTOS

A árdua tarefa de conciliação dos estudos desenvolvidos no Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Ceará com as minhas ocupações profissionais no Ministério Público cearense não seria possível sem a ajuda de pessoas fundamentais para a execução deste significativo passo na minha vida, daí ser imprescindível agradecer:

À minha família e à Ana Luíza;

À minha orientadora, Ana Maria D'Ávila Lopes, que demonstrou ser o seu papel de orientadora essencial para o êxito deste trabalho.

Aos inúmeros amigos que felizmente possuo, representados especialmente pelos da Faculdade de Direito, das Promotorias de Justiça de Maracanaú e os conquistados ainda na minha infância, cujo apoio incondicional, por meio de conversas e auxílio pessoal, contribuíram para a criação das condições necessárias à superação deste desafio.

“Quando dês opinião, nunca deixes de escrever
a data...”

Mário Quintana

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade demonstrar que a perspectiva processual da Constituição fornece elementos para uma efetiva aplicação de suas disposições, levando em conta a existência de uma expressa disciplina de realização, marcada por funções bem definidas: o controle de constitucionalidade abstrato das leis e a tutela dos direitos fundamentais. Objetivando a compreensão do problema, foram apresentados os traços marcantes do controle de constitucionalidade abstrato das leis para, em seguida, ser efetuada análise destacada dos dados essenciais dos direitos fundamentais, determinantes para o relevante papel que desempenham no fortalecimento do regime democrático, exigindo instrumentos processuais efetivos para a sua tutela. Essa constatação abre margem para a abordagem do recurso extraordinário, integrante do modelo de jurisdição constitucional de 1988, mas que não tem sido associado à tutela dos direitos fundamentais. Diante desse quadro, busca-se afirmar que a omissão nos estudos sobre a relação estabelecida entre o recurso extraordinário e a tutela dos direitos fundamentais não se coaduna com a inerente vocação deste instrumento processual, atestada pela própria prática jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. Além disso, sua ligação a um caso concreto, justamente por ser expressão da jurisdição constitucional difusa, acopla-se juridicamente aos direitos fundamentais, em face das limitações do controle de constitucionalidade abstrato e das singulares ferramentas interpretativas empregadas na aplicação dos direitos fundamentais.

ABSTRACT

This study has the purpose of demonstrating that the processual view of the Constitution provides elements for a enforced application of its dispositions, considering the existence of a urgent discipline of achievement, characterized by well defined functions: the abstract constitutionality control of the laws and the protection of fundamental rights. In order to comprehend the problem, the main aspects of the abstract constitutionality control of the laws were presented and immediatily followed by an analysis of the essential data of the fundamental rights, valuable information for the relevant role develop in strengthening the regime of democracy, demanding for its protection effective processual instruments. This examination leads to the study of the extraordinary appeal (*recurso extraordinário*), part of the constitutional jurisdiction model of 1988 Brazilian Constitution, but that does not have been associated with the fundamental rights protection. Upon these circumstances, it must be said that the omission in studies concerning the relation between the extraordinary appeal (*recurso extraordinário*) and the protection of fundamental rights is not in concert with the inherent nature of this processual instrument, endorsed by the Brazilian Supreme Court jurisprudential practice. Moreover, its connection to a concrete case, specially for being a diffuse constitutional jurisdiction expression, has juridical identity with the fundamental rights, in face of the limitation of the the abstract constitutionality control and the unique interpretation tools used when applying the fundamental rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL.....	15
1.1 Delimitação terminológica.....	16
1.2 O conteúdo do Direito processual constitucional.....	21
1.3 A superioridade jurídica da norma constitucional.....	25
1.4 O controle de constitucionalidade e os seus sistemas quanto aos órgãos de exercício.....	28
1.4.1 O controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário: competência, forma e finalidade.....	33
1.5 Histórico do controle de constitucionalidade brasileiro até 1988.....	34
1.6 O modelo brasileiro de controle jurisdicional de constitucionalidade da Constituição de 1988.....	38
1.7 A transformação do controle jurisdicional de constitucionalidade difuso, incidental e subjetivo: a experiência do recurso extraordinário.....	44
2 DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	51
2.1 Contextualização.....	51
2.2 O regime dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.....	53
2.3 Delimitação conceitual e distinções.....	54
2.4 A abertura do catálogo dos direitos fundamentais.....	57
2.5 As dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais.....	60
2.6 A multifuncionalidade dos direitos fundamentais.....	64
2.6.1 A classificação dos direitos fundamentais.....	65
2.7 A estrutura principiológica dos direitos fundamentais.....	69
2.8 Os limites dos direitos fundamentais.....	72
2.8.1 O âmbito de proteção da norma e a definição do conteúdo dos direitos fundamentais.....	74

2.9	A jurisdição constitucional dos direitos fundamentais.....	78
2.9.1	Aspecto terminológico.....	78
2.9.2	Objeto e justificativa.....	80
3	RECURSO EXTRAORDINÁRIO.....	86
3.1	Natureza jurídica.....	88
3.2	O espaço jurídico exclusivo de atuação do recurso extraordinário.....	94
3.2.1	O controle abstrato como processo objetivo.....	94
3.2.2	Outros espaços definidos pela prática do Supremo Tribunal Federal	96
3.3	O recurso extraordinário e a tutela dos direitos fundamentais.....	99
3.3.1	O princípio da ponderação.....	107
3.3.1.1	O princípio da proporcionalidade e o princípio da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais.....	111
3.4	Os direitos fundamentais e a necessidade de proteção no caso concreto	114
3.5	Os recursos constitucionais e a tutela dos direitos fundamentais na Espanha e Alemanha.....	117
3.6	Os efeitos práticos no Supremo Tribunal Federal da tutela dos direitos fundamentais pelo recurso extraordinário: efeito suspensivo em matéria criminal e violação indireta da Constituição	120
	CONCLUSÃO.....	127
	REFERÊNCIAS.....	129

INTRODUÇÃO

A afirmação de que a temática dos direitos fundamentais tem ocupado amplo espaço nos estudos do constitucionalismo contemporâneo não exige grande esforço científico, pois a constatação deste fato advém do acompanhamento cotidiano dos acontecimentos sociais, políticos e econômicos, que repercutem na esfera jurídica¹ e, por sua vez, também nas manifestações da doutrina e do Poder Judiciário, realidade da qual não destoam o Brasil, especialmente depois do ordenamento constitucional instituído em 1988.

No entanto, a atração dos direitos fundamentais para o centro das discussões jurídicas não deve esquecer que os desenvolvimentos teóricos da sua formulação exigem uma projeção sobre todos os aspectos do ordenamento jurídico, o que se alia à própria multifuncionalidade e relevância que ostentam, evitando-se, assim, qualquer tentativa de abordagem sem que se considere a sua efetiva aplicação.

A necessidade de estabelecer mecanismos internos de proteção dos direitos humanos, depois da experiência vivida com a Segunda Guerra Mundial, exigiu dos Estados a estruturação de instrumentos jurídicos de tutela dos direitos fundamentais, segundo as especificidades de cada ordem constitucional, de forma que não somente representassem limites para a atividade estatal, mas também envolvessem valores vinculantes para as condutas públicas e privadas.

Nessa ordem de idéias, sobretudo diante de propostas de Constituições juridicamente fortalecidas, como a Constituição Federal de 1988, destacam-se os mecanismos destinados à concretização de suas normas, o que supõe órgãos e procedimentos impregnados pela idéia de superioridade da Constituição e, em particular, da primazia jurídica atribuída ao catálogo de direitos nela contido.

O amplo e efetivo funcionamento da Constituição Federal de 1988 demanda a fixação de um regramento para a sua aplicação, dinamizando o caminho

¹ Esses fatos abriram espaço para que Norberto Bobbio defendesse que estamos a viver uma “Era dos direitos”. Cf. BOBBIO, N. *A era dos direitos*. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

para o alcance das suas primaciais finalidades², o que já revela a especial importância conferida às concretas realidades individuais de sua população.

Gustavo Zagrebelsky ensina que a natureza prática do Direito significa também a sua preocupação com a idoneidade para disciplinar efetivamente a realidade, já que estas conseqüências concretas não se relacionam a um aspecto posterior do seu funcionamento, mas constituem elemento qualitativo³, daí por que não é possível controlar a validade da norma tendo em conta exclusivamente o que ela diz, mas o que apresenta no caso concreto, haja vista que o impacto da norma – em abstrato – com as suas condições reais de aplicação implica, muitas vezes, a alteração do seu sentido.⁴

No Brasil é abissal a distância entre o que é proclamado solenemente no texto constitucional e o que se verifica no resultado de sua aplicação, suscitando a necessidade de conferir um sentido processual à Constituição e, por conseqüência, aos direitos fundamentais, enquanto expressões jurídicas predispostas a exigirem o mais alto grau de vinculação no sistema jurídico. Esta especificidade desperta a atenção para os graves corolários decorrentes da posição singular em que se encontram os direitos fundamentais, como fundamento jurídico de todas as relações estabelecidas dentro de um Estado.

O relevo dos direitos fundamentais nos textos constitucionais, aliado aos elementos fornecidos pela sua teoria, recomenda ainda tratamento específico, de forma a reforçar sua posição jurídica no ordenamento constitucional. Resultado da atividade do poder constituinte, os direitos fundamentais pressupõem uma abertura nos seus meios de proteção, imprescindível no momento aplicativo, o que envolve também o trabalho dos órgãos de cúpula do Poder Judiciário, posição ocupada pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil, ou até mesmo a participação de órgãos especialmente destinados à guarda da Constituição.

No modelo brasileiro de jurisdição constitucional, as demandas abstratas de controle de constitucionalidade, por suas próprias características, não permitem

² “Artigo 3.º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer formas de discriminação”.

³ ZAGREBELKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. 6. ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 122.

⁴ ZAGREBELKY, G. op. cit., p. 122.

funcionalmente a tutela efetiva dos direitos fundamentais. Nem mesmo o valioso mecanismo da arguição de preceito fundamental, em face de ser voltado somente para atos públicos⁵, possuir caráter subsidiário⁶ e se opor drasticamente a uma ampla legitimação⁷, consegue obscurecer o essencial acesso do cidadão aos órgãos judiciais, em especial o Supremo Tribunal Federal, maior expressão do Poder Judiciário no Brasil, sobretudo porque detém a definitiva função de tutela dos direitos fundamentais.

O papel desempenhado pelo recurso extraordinário, neste contexto, é imprescindível, pois representa o veículo que conduz o Supremo Tribunal Federal à atividade difusa de tutela dos direitos fundamentais.

A conjugação das atividades da jurisdição constitucional de controle de constitucionalidade das leis e jurisdição constitucional de tutela dos direitos fundamentais mostra-se consentânea com o regime constitucional de 1988, bem como configura elemento determinante para o fortalecimento institucional brasileiro, ao menos no que se refere ao papel exercido pelo Direito neste processo.

Propostas voltadas para a extirpação do recurso extraordinário da jurisdição constitucional brasileira⁸, enquanto redutoras da amplitude ou mesmo amputação das garantias fundamentais, ignoram a sua imprescindível função na tutela de direitos fundamentais, tanto que o Ministro Eros Grau, integrante do Supremo Tribunal Federal, consignou em voto que “A comodidade, a melhor

⁵ Artigo 1.º, da Lei n.º 9.982/99: “A arguição prevista no §1.º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”.

⁶ Artigo 4.º, §1.º da Lei n.º 9.982/99: “Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”.

⁷ No processo legislativo que originou a disciplina da arguição de descumprimento de preceito fundamental, através da Lei n.º 9.982/99, o Presidente da República vetou o dispositivo que conferia ampla legitimidade para a sua proposição, restringindo-a no mesmo molde da ação direta de inconstitucionalidade, conforme se vê no artigo 2.º: “Podem propor arguição descumprimento de preceito fundamental: I – os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade; II – (vetado)”.

⁸ “Ora, é mais do que chegada a hora de o Supremo Tribunal desvencilhar-se do recurso extraordinário, que teve sua inegável importância histórica e vinculação estreita e relevantíssima para o desenvolvimento e crescimento do próprio tribunal, e porque não dizer do ordenamento jurídico constitucional brasileiro, mas que hoje serve apenas para a chicana processual e retardamento da prestação jurisdicional, tendo em vista que se limita a servir de quarta instância e tomar tempo dos ministros com questões repetidas, e assim afastá-los cada vez mais da missão de que lhe foi constitucionalmente destinada: interpretar as normas constitucionais e dar o tom da hermenêutica constitucional para a atividade dos demais tribunais”. Cf. SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Hermenêutica dos direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 260.

operacionalidade de funcionamento desta Corte não pode ser lograda a esse preço”.⁹

Desse modo, a prática de uma “jurisprudência defensiva”¹⁰ no Supremo Tribunal Federal não pode representar uma mutilação do conteúdo, das funções e da proteção dos direitos fundamentais, o que realça a importância da vigência da teoria dos direitos fundamentais naquela Corte, obrigatória pauta normativa de seus julgados, sobretudo os decorrentes da interposição de recurso extraordinário.

Atualmente, os números processuais do recurso extraordinário impressionam¹¹, mas é inegável que a universalização dos direitos fundamentais também contribui fortemente para as suas estatísticas, diante dos específicos problemas de sua aplicação, produzindo – no âmbito do Judiciário – o fenômeno denominado por autorizada doutrina de “principalização da jurisprudência”.¹²

Os direitos fundamentais encontram-se em mais um conflito, desta vez da perspectiva que envolve a sua realização por meio do recurso extraordinário, o que exige, por identidade de formas, a aplicação de um juízo ponderativo para a superação do problema: efetivar e desenvolver os direitos fundamentais pela prática do recurso extraordinário ou superá-lo em prol da centralização abstrata do controle de constitucionalidade das leis.

O presente estudo pretende fornecer argumentos para a harmonização dos pontos em confronto, demonstrando a essencialidade do recurso extraordinário para a tutela dos direitos fundamentais, bem como sua importância no modelo de jurisdição constitucional brasileiro.

Para isso, aborda-se: no primeiro capítulo, o sentido processual da proteção da Constituição e a necessidade de fixação de uma disciplina própria para sua aplicação, sendo analisados os sistemas e formas de realização das normas

⁹ Trecho do voto proferido no RHC 89.550/SP, 2.ªT, j. 27/3/2007, DJU 27/4/2007.

¹⁰ Expressão cunhada pelo Ministro Gilmar Mendes, conforme se vê no julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 519.125-2/SE.

¹¹ Em estudo realizado sobre o perfil das maiores demandas do Supremo Tribunal Federal (apresentado em 21 de março de 2005), da lavra do Centro de Pesquisas Sociais Aplicadas da Universidade de Brasília, nacionalmente conhecido por “Justiça em números”, restou concluído – no período compreendido entre 1.º de janeiro de 2002 até 30 de junho de 2004 – que o recurso extraordinário e o agravo de instrumento decorrente da negação de sua admissibilidade representam 95% (noventa e cinco por cento) das demandas do STF, o que totalizou 224.907 processos. *Perfil das maiores demandas no Supremo Tribunal Federal*. Disponível em < www.stf.gov.br >. Acesso em 14 fevereiro de 2007.

¹² CANOTILHO, J.J.Gomes. A “principalização” da jurisprudência através da Constituição. *Revista de processo*. São Paulo: RT, v. 98, abril/jun. 2000, p. 82/89.

constitucionais, além de dados informativos básicos do modelo brasileiro; no segundo capítulo, a relevância jurídica dos direitos fundamentais, suas características, e a necessidade de serem tutelados por instrumentos próprios, de conotação imediata e efetiva; no terceiro capítulo, o papel do recurso extraordinário no exercício da jurisdição constitucional, na condição de instrumento processual previsto na Constituição Federal de 1988, em especial na tutela dos direitos fundamentais, repercutindo na realidade prática da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

A abordagem democrática da Constituição impõe uma mudança do eixo de análise dos direitos fundamentais, uma vez que não devem ser compreendidos do ângulo estatal, mas da ótica do cidadão, implicando a garantia de todos os meios para que possa exercer suas posições jurídicas constitucionalmente garantidas, sobretudo diante dos índices sociais de um país como o Brasil.¹³

Esses indicativos demonstram, exponencialmente, que a previsão constitucional do regime democrático não garante uma repercussão imediata e material na esfera jurídica de cada cidadão, o que é atestado por uma das mais graves marcas institucionais brasileiras: a exclusão social.

¹³ Segundo pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) em 2005, o Brasil ostenta os seguintes dados: 24,9% da população é analfabeta ou possui até 3 (três) anos de estudo; 42% da população não possui rendimento ou ganha até um salário mínimo; e 30,3% da população não detém esgotamento sanitário adequado (rede coletora ou fossa séptica). *Brasil em síntese*. Disponível em <www.ibge.gov.br/brasil_em_sintese>. Acesso em 29 de maio de 2007.

1 DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL

No ordenamento jurídico brasileiro, em que a Constituição é analítica¹⁴, a Federação é composta por três esferas de poder com competências de natureza administrativa e legislativa e, sendo dever de todos os órgãos judiciais garantir a prevalência das normas constitucionais, não poderiam ser ignorados os problemas inatos à aplicação da Constituição, potencializados por um sistema suscetível a conflitos.

Embora a centralização constitucional constitua uma realidade, não há o mesmo afincamento para a análise da dinâmica¹⁵ da norma constitucional e dos mecanismos de sua aplicação quanto aquela observada no desenvolvimento das teorias formal e material da Constituição.

O correto dimensionamento do problema é determinante para viabilizar um conhecimento que permita a ampla e eficaz aplicação das normas constitucionais, realidade que vem sendo parcialmente esquecida, mesmo depois do marco processual constitucional inaugurado com a Constituição Federal de 1988.

Uma simples análise das principais obras¹⁶ escritas no Brasil sobre o Poder Judiciário, como aplicador das normas constitucionais, bem demonstra a necessidade de uma delimitação terminológica, acompanhada de uma séria definição da matéria estudada, de forma a evitar equívocos metodológicos que não raro podem levar ao conhecimento fracionado do problema a ser abordado.

¹⁴ Segundo Ivo Dantas, “o texto de 1988 é um dos mais longos dentre as Constituições contemporâneas, só perdendo em dimensão para o da Iugoslávia (405 artigos), da Índia (336 mais 8 anexos), do Uruguai (322), do Peru (307), e de Portugal (291), enquanto o nosso possui 250 artigos em suas Disposições Permanentes (incluindo as Disposições Constitucionais Gerais) e mais 89 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (até a Emenda Constitucional 38)”. Cf. DANTAS, Ivo. *Constituição e Processo*. 2. ed. rev. atual. e amp. Curitiba: Juruá, 2007, p. 442.

¹⁵ Essa constatação é de uma das maiores referências do Direito processual constitucional no Brasil: GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Constituição em sentido processual*. In: MARTINS, Ives G. da Silva; MENDES, Gilmar F.; TAVARES, André R. (orgs.). *Lições de direito constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos*. Belo Horizonte: Saraiva, 2005, p. 89-90.

¹⁶ Dentre os clássicos no Brasil, optam pela denominação *controle de constitucionalidade*: v. BITTENCOURT, C. A. Lúcio, *Controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Série arquivos da justiça. Brasília: Ministério da Justiça, 1997; CAVALCANTI, Temístocles Brandão. *Do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1966; BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958. Na doutrina recente, verifica-se o emprego ora da expressão *controle de constitucionalidade*: v. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade. Aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990; VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. Belo Horizonte: DelRey, 2003. Ora do nome *jurisdição constitucional*: v. MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998; STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

1.1 Delimitação terminológica

Direito processual constitucional, jurisdição constitucional e controle de constitucionalidade encerram o mesmo significado? A mesma área de investigação? Eis aí expressões que demonstram a necessidade de delimitar e fixar um ponto de partida para abarcar todo o fenômeno da aplicação das normas constitucionais e os correspondentes conflitos daí surgidos.

A confusão conceitual também atinge o Direito comparado, conforme noticia José Alfredo de Oliveira Baracho¹⁷, estando presente na Itália, Alemanha e Estados Unidos.

Ivo Dantas¹⁸, por sua vez, adverte que as discussões sobre as diferenças entre Direito processual constitucional e Direito constitucional processual são de caráter epistemológico, o que está a depender da proposta apresentada. Empregando no seu estudo a expressão Direito processual constitucional, inclui no seu objeto de preocupação: a jurisdição ou tribunal constitucional, tratando da composição das Cortes Constitucionais e dos mecanismos de controle de constitucionalidade próprios de cada modelo adotado; a jurisdição constitucional das liberdades, cujo objeto envolve a tutela dos direitos fundamentais, e as correspondentes ações constitucionais destinadas à sua proteção.¹⁹

Em outra vertente, o constitucionalista português Jorge Miranda²⁰ desenvolve uma concepção restrita do assunto, ensinando somente ser possível tratar-se de um Direito processual constitucional no caso do controle de constitucionalidade concentrado, sobretudo quando exercido por um Tribunal

¹⁷ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 102.

¹⁸ DANTAS, Ivo. op. cit., p. 337. Contra essa dicotomia: CATTONI, Marcelo. Direito constitucional processual e Direito processual constitucional: Limites da distinção em face do modelo constitucional brasileiro do controle jurisdicional de constitucionalidade. In: CATTONI, Marcelo (org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 464-467; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: C. Bastos, 2003, p. 13-14; LOPES, Ana Maria D'Ávila Lopes. Bases conceituais da jurisdição constitucional. *NOMOS – Revista do curso de mestrado em direito da Universidade Federal do Ceará*. Fortaleza: v. 23, jan./dez. 2004, p. 26.

¹⁹ DANTAS, Ivo. op. cit., p. 337. Embora não o circunscreva no âmbito do Direito processual constitucional, o autor ainda traz para a discussão a expressão Direito constitucional judicial, que teria como objeto o Poder Judiciário, suas estruturas e garantias, além daquelas correspondentes ao Ministério Público e funções essenciais à justiça, mas que não é considerada neste estudo por se entender que está compreendida no âmbito do Direito constitucional processual. Também lembrando essa expressão v. CANOTILHO, J.J. GOMES. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 967.

²⁰ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo VI. *Inconstitucionalidade e garantia da constituição*. 2. ed. Coimbra: Coimbra editora, 2005, p. 60.

Constitucional, uma vez que as suas particularidades em face do controle difuso demandam tratamento específico do legislador. A posição do constitucionalista português parece estar associada à origem histórica do termo, fórmula proposta por aquele que é considerado o seu precursor, o jurista Hans Kelsen.²¹

Segundo Gilmar Mendes:

[...] Percebera Kelsen que o controle jurisdicional de constitucionalidade e, por seguinte, a eficácia normativa da própria constituição, dependia, em última instância, das formas processuais disciplinadoras desse controle. Assentava-se, assim, a idéia inicial de um processo constitucional destinado à realização da Constituição.²²

Para Marcelo Cattoni, a distinção entre Direito processual constitucional e Direito constitucional processual não tem sentido no sistema jurisdicional brasileiro, pois qualquer processo é estruturado na Constituição, bem como a adoção de um sistema difuso de controle de constitucionalidade dispensa a específica abordagem, uma vez que “no Brasil, toda jurisdição é jurisdição constitucional”.²³

Apesar das críticas de Marcelo Cattoni, a definição de Direito processual constitucional encontrada em sua exposição atende aos propósitos do presente estudo:

Já o Direito Processual Constitucional seria formado a partir de normas de organização da Justiça Constitucional e de instrumentos processuais previstos nas Constituições, afetos à garantia da constituição e à garantia dos direitos fundamentais, controle de constitucionalidade, solução de conflitos entre os órgãos de cúpula do Estado, resolução de conflitos federativos e regionais, julgamento de agentes políticos, recurso constitucional, habeas corpus, amparo, mandado de segurança, habeas data, etc.²⁴

Por outro lado, o Direito constitucional processual, seguindo autorizada doutrina²⁵, envolveria o assunto relativo aos princípios e garantias do processo, cuja

²¹ No sentido de que Hans Kelsen deu origem ao Direito processual constitucional: cf. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 103; FERRER MAC-GREGOR. Eduardo. El Derecho processual constitucional como disciplina jurídica autónoma. *Anuário de Derecho constitucional latinoamericano 2006*. Disponível em < www.juridicas.unam.mx >. Acesso em 29 maio de 2007; LOPES, Ana Maria D'Ávila Lopes. op. cit. (2004), p. 24.

²² MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade. Aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 118.

²³ CATTONI, M. op. cit., p. 465. No mesmo sentido: LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 6. ed. São Paulo: Thomson, 2005, p. 63-65.

²⁴ Ibidem, p. 464.

²⁵ O assunto não é objeto de preocupação deste estudo, mas recomenda-se: NERY JR., NELSON. *Os princípios do processo civil na Constituição Federal*. 6. ed. rev. amp. atual. São Paulo: RT, 2000;

importância e relevância jurídica exigiram expressa inserção no texto constitucional ou, em singelas palavras, “o conjunto de normas de Direito processual que se encontra na Constituição Federal”.²⁶

A polêmica do assunto mostra-se evidente, porém é possível observar, sem maiores dificuldades, que o Direito processual constitucional e o Direito constitucional processual tratam da relação entre Constituição e processo. Herdeiros da mesma união (Constituição e processo), a presença de muitos pontos de contato é consequência natural, o que de maneira alguma afasta a valia dessa distinção, tendo em vista a viabilidade metodológica da separação – a exemplo do que ocorre com todos os ramos do Direito – e a necessidade de que seja definida a abrangência do Direito processual constitucional, cujos importantes corolários serão posteriormente apresentados.

Assim como se advoga uma filtragem constitucional²⁷ do Direito, e aqui, em particular, do processo, recomendada também é a realização de uma filtragem processual da Constituição.²⁸

Sem prejuízo das inúmeras razões materiais que a própria teoria da interpretação constitucional já fornece, no Brasil, a simples constatação formal, em matéria constitucional, de que aos órgãos judiciais é proibida a emissão de decisão contrária ao conteúdo de súmula vinculante²⁹ e aos tribunais é dever obedecer à regra da reserva de plenário³⁰, por si só, evidencia as especificidades do Direito processual constitucional e legitima o seu estudo em separado.

CANOTILHO, J.J. G. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 966-967.

²⁶ NERY Jr. Nelson. *Os princípios do processo civil na Constituição Federal*. 6. ed. rev. amp. atual. São Paulo: RT, 2000, p. 20.

²⁷ Sobre o assunto, a imprescindível obra: SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional. Construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

²⁸ Gérson Marques fala de uma “garantia jurisdicional da constituição”. Cf. LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Fundamentos constitucionais do processo*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 17. Parece seguir o autor a terminologia aplicada por Hans Kelsen. Cf. KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 119-186.

²⁹ “Art.103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário, e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei”.

³⁰ “Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

Adverte D'Ávila Lopes que “o direito processual constitucional é direito constitucional material e formal concretizado, autônomo em relação à ordem jurídica processual geral”.³¹

O jurista mexicano Eduardo Ferrer Mac-Gregor, na condição de presidente do Instituto mexicano de Direito processual constitucional, lembra que, assim como existe um Direito processual civil ao lado do Direito civil, um Direito processual penal em relação ao Direito penal, é sentido comum pensar em um Direito processual constitucional em face do Direito constitucional, como parcela jurídico-processual em que devem ser sistematizados os instrumentos processuais destinados a salvaguardar as regras, princípios e valores das disposições normativas fundamentais.³²

A propósito no Brasil, a experiência legislativa, com a edição das leis n.º 9.868/1999 e n.º 9.882/1999 – que disciplinam, respectivamente, o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade, da ação declaratória de constitucionalidade, e da arguição de descumprimento de preceito fundamental –, confere contornos muito nítidos sobre a existência de um conjunto normativo específico para o controle da aplicação das normas constitucionais.

Pela relevância e complementação dessa última perspectiva, que ora é assumida neste trabalho, opta-se pela adoção do conceito de Direito processual constitucional acima transcrito, tendo como conteúdo a jurisdição do controle de constitucionalidade e a jurisdição da tutela dos direitos fundamentais.

Já o termo jurisdição constitucional, atualmente tratado como atividade do Poder Judiciário³³, tem sido compreendido à luz de dois ângulos, conforme anota Luís Afonso Heck³⁴: um formal ou orgânico, voltado para definição de qual órgão a exerce; outro material, direcionado para a atividade de controle de constitucionalidade, vale dizer, dos atos que garantam a prevalência da Constituição.

³¹ LOPES, Ana Maria D'Ávila Lopes. op. cit. (2004), p. 26.

³² FERRER MAC-GREGOR. Eduardo. op. cit., p. 363.

³³ Constatou o professor Baracho: “Nos regimes consagrados na América Latina, apesar das particularidades que podem despertar, o instituto do controle desenvolve-se, formal e materialmente, no âmbito jurisdicional”. Cf. BARACHO. J. A. O. op. cit. (1984), p. 314.

³⁴ HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1995, p. 23-26. Também apresentando essa classificação: LIMA, Francisco Gérson Marques de. op. cit., p. 15-16; ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2001, p. 14.

Baracho, analisando a perspectiva material, conceitua:

A Jurisdição Constitucional é tomada, assim, no sentido de atividade jurisdicional que tem como objetivo verificar a concordância das normas de hierarquia inferior, leis e atos administrativos, com a Constituição, desde que violaram as formalidades impostas pelo texto constitucional ou estão em contradição com o preceito da Constituição, pelo que os órgãos competentes devem declarar sua inconstitucionalidade e conseqüente inaplicabilidade.³⁵

Por outro lado, o ângulo formal diz com a própria natureza do modelo de controle instituído e os seus órgãos de competência, o que não exclui a dimensão material, uma vez que a atividade de aferição de compatibilidade entre leis e atos em face do texto constitucional pressupõe uma competência atribuída para essa capital função jurisdicional.

Oportuno sublinhar, por sua vez, a advertência de D'Ávila Lopes no sentido de que a expressão "jurisdição constitucional evita as possíveis imprecisões do termo justiça que é, a rigor, filosófico, valorativo".³⁶

A jurisdição constitucional, como qualquer outra atividade estatal, deve ter sua materialização disciplinada por normas fixadas pelo Direito processual constitucional. Em outras palavras, a jurisdição constitucional é regulada por meio do Direito processual constitucional, pois este é o veículo de sua estruturação e formalização.

Conforme noticia D'Ávila Lopes³⁷, os termos "jurisdição constitucional" e "Direito processual constitucional" eram empregados como sinônimos, no entanto, atualmente a doutrina tem reconhecido que o Direito processual constitucional compreende um conteúdo mais abrangente, por não envolver somente o controle de constitucionalidade de atos e normas infraconstitucionais.

³⁵ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 98. No mesmo sentido: "jurisdição constitucional é todo procedimento jurisdicional destinado, de forma imediata, a garantir a observância da Constituição". Cf. DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. *Constituição e hermenêutica constitucional*, 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 239.

³⁶ Para a professora da Universidade Federal do Ceará, Kelsen empregou o termo justiça constitucional no sentido de "justiça através dos Tribunais", já que a sua teoria pura do Direito era incompatível com uma concepção valorativa do Direito. Cf. LOPES, A. M. D. op. cit. (2004), p. 22. A mais autorizada doutrina portuguesa tem empregado o termo justiça constitucional: v. CANOTILHO, J.J. G. op. cit (2004), p. 892-905; MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional. Tomo VI. Inconstitucionalidade e garantia da constituição*. 2. ed. Coimbra: Coimbra editora, 2005, p. 127-133.

³⁷ LOPES, Ana Maria D'Ávila Lopes. op. cit. (2004), p. 24.

Assim, discorda-se da identidade de significados atribuída às expressões “jurisdição constitucional” e “controle de constitucionalidade das leis”, pois a jurisdição constitucional é atividade voltada para a solução de todos os conflitos de natureza constitucional, dentre os quais figuram aqueles originados do controle abstrato de constitucionalidade de atos normativos.

Já a expressão “controle de constitucionalidade” tem sido historicamente reduzida e associada à atividade de aferição da compatibilidade entre a Constituição e as leis ou atos de natureza normativa. Esta restrição perceptível esclarece que o controle de constitucionalidade abstrato das leis representa apenas uma das perspectivas materiais da jurisdição constitucional, sem com ela se confundir, pois o primeiro é uma das manifestações da jurisdição constitucional.

Pela clareza, cita-se Luís Roberto Barroso:

Cabe observar, por fim, que a expressão ‘controle de constitucionalidade’ é normalmente empregada em relação aos atos materialmente normativos, isto é, aqueles que disciplinam condutas e têm caráter geral e abstrato. As leis, emanadas do Poder Legislativo, são o exemplo mais típico de atos dessa natureza, mas também se incluem nessa categoria atos editados pelo Poder Executivo (como as medidas provisórias e certos tipos de atos normativos administrativos) e pelo Judiciário (como os regimentos internos dos tribunais). É bem de ver, no entanto, que os atos materialmente administrativos, normalmente oriundos do Executivo (mas, eventualmente, também do Legislativo e do Judiciário), sujeitam-se, igualmente, ao teste de constitucionalidade e são invalidáveis por juízes e tribunais. O mesmo se passa com as decisões judiciais, que comportam recursos tendo como fundamento sua contrariedade à Constituição. De modo que, em sentido amplo, o controle de constitucionalidade é exercido sobre atos de quaisquer dos Poderes. Todavia, estas duas últimas hipóteses – impugnação de atos administrativos ou de decisões judiciais – são muito mais corriqueiras, não tendo a complexidade e as implicações da declaração de inconstitucionalidade de uma norma. Por esta razão não exigem um estudo à parte.³⁸

As explicações expostas permitem demonstrar que o controle de constitucionalidade abstrato representa um dos conteúdos da jurisdição constitucional, envolvendo ainda o controle de constitucionalidade concreto (dos diretos fundamentais), cuja disciplina de funcionamento é fixada pelo Direito processual constitucional.

³⁸ BARROSO, L.R. op. cit. (2004), p. 2.

1.2 O conteúdo do Direito processual constitucional

Embora aplique o mesmo significado para as expressões “Direito processual constitucional” e “jurisdição constitucional”, Paulo Roberto de Gouvêa Medina traz para o debate as concepções sobre a abrangência do Direito processual constitucional, resumindo:

Variam as concepções em torno do objeto da jurisdição constitucional. Pode-se agrupar em quatro correntes a doutrina a esse respeito: a) a dos que só a concebem em relação ao controle concentrado da constitucionalidade, exercido pelas cortes constitucionais; b) a dos que consideram atinente ao controle de constitucionalidade, em geral, por qualquer dos seus sistemas, seja o sistema concentrado, seja o sistema difuso; c) a dos que como tal compreendem tanto o controle jurisdicional da constitucionalidade quanto o exercício da jurisdição para a tutela de direitos fundamentais, dando a essa última a denominação específica de jurisdição constitucional das liberdades; d) a dos que entendem que ela envolve toda a forma de exercício da função jurisdicional que importe aplicação de matéria essencialmente constitucional.³⁹

Na opinião de Paulo Roberto Medina⁴⁰, as duas últimas correntes representam com maior fidelidade a atual fase do constitucionalismo, pelo que endossa essas concepções.

O registro histórico levado a efeito por Gomes Canotilho denuncia fases na evolução da jurisdição constitucional, oportunidade em que se sucederam, cronologicamente, as idéias de amparo e de justiça constitucional.

A primeira das fases, voltada:

[...] para a defesa de direitos fundamentais, possibilitando-se aos cidadãos, em certos termos e dentro de certos limites, o direito ao recurso aos tribunais constitucionais, a fim de defenderem, de forma autônoma, os direitos fundamentais violados ou ameaçados (a justiça constitucional no sentido de jurisdição da liberdade,⁴¹

A segunda, seguindo a experiência austríaca, quando:

[...] tratou-se de criar um tribunal especial com função de controlar, de forma abstrata e concentrada, a constitucionalidade das leis, independentemente da existência de casos concretos submetidos aos

³⁹ MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito processual constitucional*. 3. ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 57.

⁴⁰ MEDINA, P. R. G. op. cit., p. 60

⁴¹ CANOTILHO, J J.G. op. cit. (2004), p. 893-894.

tribunais, onde se suscitasse a aplicação prática da lei impugnada como inconstitucional.⁴²

A sequência cronológica designada pelo mestre de Coimbra aponta que a tutela dos direitos fundamentais e a idéia de controle de constitucionalidade abstrato e concentrado representam duas das influências históricas que incidiram nos atuais modelos de jurisdição constitucional, contudo, de forma alguma, implica qualquer idéia de superação ou extinção da fase da jurisdição constitucional da tutela dos direitos fundamentais pela fase da jurisdição abstrata e concentrada da tutela das leis.

Cuidando das funções do Direito processual constitucional, o autor ressalta:

Tal como acontece com o direito processual em geral, o direito processual constitucional não é um fim em si mesmo. Serve para a realização do direito constitucional material. Através dos processos constitucionais, garante-se, desde logo, a Constituição. Garantir a Constituição contra normas inconstitucionais significa proteger a ordem constitucional objectiva. Daí a inserção dos processos de fiscalização da constitucionalidade (e da legalidade reforçada) na Parte IV referente à garantia (e revisão) da Constituição. A garantia da constituição como ordem constitucional objetiva não exclui a incidência de dimensões subjectivas relacionadas com a proteção dos *direitos subjectivos* das pessoas físicas e coletivas. Estas dimensões são particularmente relevantes no processo de fiscalização concreta.⁴³

Reduzir-se o Direito processual constitucional ao controle de constitucionalidade abstrato e concentrado, no âmbito de Tribunal ou Corte Constitucional, é limitar, artificialmente, os horizontes do papel a ser desenvolvido pela Constituição e, em particular, pela jurisdição constitucional, cuidado que teve o Ministro Teori Albino Zavaski:

Qualquer que seja o modo como se apresenta o fenômeno a inconstitucionalidade ou o seu agente causador, ele está sujeito a controle pelo Poder Judiciário. A atuação desse Poder do Estado na interpretação e aplicação da Constituição constitui o que se denomina jurisdição constitucional. É atividade que não se restringe, portanto, ao controle de constitucionalidade das leis e nem é exercida apenas pelo Supremo Tribunal Federal. Ele congrega todos os órgãos do Poder Judiciário e compreende o conjunto das atribuições jurisdicionais que digam respeito à salvaguarda e à efetividade das normas constitucionais.⁴⁴

⁴² Ibidem, p. 894.

⁴³ CANOTILHO, J. J. G. op. cit. (2004), p. 969.

⁴⁴ ZAVASKI, T. A. op. cit., p. 14.

Esta latitude do Direito processual constitucional não foi ignorada por Cappelletti, pois o mestre italiano sublinhou que o controle de constitucionalidade das leis representa apenas uma das manifestações da jurisdição constitucional, estruturalmente diferente das demais funções como, por exemplo, aquela correspondente à tutela dos direitos fundamentais.⁴⁵ Isto decorre do próprio papel atual das Constituições que, dentre as suas múltiplas funções, destaca-se a função clássica de garantia, explicada por Canotilho da seguinte maneira:

Uma das principais funções da constituição é a função garantística. Garantia de quê? Desde logo, dos direitos e liberdades. Um das principais dimensões do constitucionalismo moderno – recorde-se – foi a de através da constitucionalização dos direitos e liberdades, subtrair à livre disponibilidade do soberano (rei, estado, nação) a titularidade e exercício de direitos fundamentais.⁴⁶

Sem discrepar da advertência do professor de Coimbra, a jurisdição constitucional brasileira tutela não só a ordem constitucional objetiva, mas também – e eloquentemente – a ordem constitucional subjetiva, tanto que preconiza o controle de constitucionalidade abstrato e o controle de constitucionalidade concreto.

Desde o ano de 1984, antes mesmo do advento do sistema constitucional inaugurado em 1988, e em pleno regime político alheio aos direitos fundamentais, já afirmava o professor Baracho⁴⁷ que reduzir a jurisdição constitucional apenas ao controle de constitucionalidade abstrato era limitar o seu campo de abrangência, adicionando:

A jurisdição constitucional pode ser vista em seu conjunto ou em apenas um dos seus aspectos particulares, isto é, na consagração feita por Cappelletti: 'la giurisdizione costituzionale delle libertà'. A jurisdição constitucional tutela a regularidade constitucional do exercício ou atividades dos órgãos constitucionais. Ao mesmo tempo, faz valer as situações jurídicas subjetivas do cidadão, previamente consagradas no texto constitucional.⁴⁸

O professor da Universidade Federal de Minas Gerais segue ainda afirmando que o controle de constitucionalidade abstrato não é senão um dos

⁴⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999, p. 23-26.

⁴⁶ CANOTILHO, J.J.G. op. cit. (2004), p. 1440.

⁴⁷ BARACHO, J.A.O. op. cit. (1984), p. 112.

⁴⁸ Ibidem, p. 113. A mesma preocupação é demonstrada por Paulo Roberto de Gouvêa Medina. cf. MEDINA, P.R.G. op. cit., p. 57-60.

aspectos da proteção constitucional.⁴⁹ Com a mesma percepção e, referindo-se à competência do Supremo Tribunal Federal, José Afonso da Silva⁵⁰ estuda a proteção da Constituição, decompondo-a em: jurisdição constitucional com controle de constitucionalidade, jurisdição constitucional da liberdade e jurisdição constitucional sem controle de constitucionalidade.⁵¹

A tutela das normas constitucionais somente será integral se for considerado o amplo espectro aberto com o conceito de Direito processual constitucional aqui admitido, que envolve a jurisdição constitucional do controle de constitucionalidade das leis e a jurisdição constitucional da tutela dos direitos fundamentais, em outras palavras, o controle de constitucionalidade abstrato e o controle de constitucionalidade concreto.⁵²

Oportuno lembrar que:

[...] A defesa dos direitos do homem frente aos poderes públicos não pode ser tida, para alguns autores, como sinônimo de controle de constitucionalidade, mas existe relação entre esses temas, pois trata-se de um dos conteúdos mais importantes da Justiça Constitucional. A proteção jurídica da liberdade individual frente aos órgãos do Estado apresenta o aspecto geral; o controle significa uma das formas de proteção.⁵³

Endossando a lição de Gomes Canotilho⁵⁴, o reconhecimento da multifuncionalidade do Direito processual constitucional, como uma de suas características, é medida que se impõe em homenagem à própria idéia de unidade da Constituição, cuja realização de suas normas, dotadas de diferentes funções, assim determina.

⁴⁹ BARACHO, J.A.O. op. cit., p. 114.

⁵⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 560-562.

⁵¹ Segundo José Afonso da Silva, a competência envolveria a “composição de litígios de natureza constitucional, mas diverso do que existe no controle de constitucionalidade das leis”, citando como um dos exemplos a competência para julgamento de crimes cometidos por membros de outros poderes. SILVA, J. A. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 560-561.

⁵² “En las antípodas se sitúa la lógica del sistema norteamericano, que se desarrolló desde el principio sobre la base de las exigencias de tutela judicial inmediata de los derechos fundados en la Constitución. La tutela de estos derechos, y no otra cosa, constituye la razón esencial de ese sistema de justicia constitucional, en el que el control de la ley, al menos desde el punto de vista conceptual, tiene lugar per incidens en procedimientos judiciales sobre controversias que afectan de manera concreta a los derechos de las partes y en los que las razones del legislador no encuentran ningún espacio de defensa autónoma”. Cf. ZAGREBELSKY, G. op. cit., p. 62.

⁵³ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. op. cit. (1984), p. 319.

⁵⁴ CANOTILHO, J.J.G. op. cit. (2004), p. 970.

1.3 A superioridade jurídica da norma constitucional

A fixação conceitual atingida, estabelecida no sentido de que o Direito processual constitucional supõe normas que disciplinam a aplicação da Constituição e os singulares conflitos dela decorrentes, viabiliza o reconhecimento de que a norma constitucional é a força motriz do Direito processual constitucional.

A Constituição possui papel proeminente no espaço jurídico, ainda que analisada sob as perspectivas formal e material. De um prisma formal, a Constituição representa a “máxima expressão jurídica da soberania”⁵⁵, a “medida suprema da regularidade jurídica”⁵⁶, o parâmetro de “superlegalidade”⁵⁷, com o que é condição de possibilidade da validade de qualquer ato que pretenda ter repercussão na esfera jurídica, já que situada no ápice da idéia de hierarquia normativa. Quanto ao aspecto material, a Constituição ocupa-se de assuntos estruturais do Estado, imprescindíveis para a criação e desenvolvimento de uma sociedade política que decide viver disciplinada sob o regime de normas jurídicas, nos dizeres de Paulo Bonavides “tudo quanto for, enfim, conteúdo básico referente à composição e ao funcionamento da ordem política exprime o aspecto material da Constituição”.⁵⁸

Esse destaque da Constituição exige o funcionamento de mecanismos que façam prevalecer a sua singular posição no sistema jurídico, seja do aspecto formal seja do material, haja vista que a realização de um controle voltado para retirar atos que comprometam a compreensão superlativa da Constituição é consequência da própria necessidade da permanência e funcionalidade de tal proposta.⁵⁹

Também enaltecendo a singularidade formal e material da Constituição, Eduardo García Enterría⁶⁰ esclarece que esses destaques de natureza formal e material elevam a Constituição à condição de fonte de produção normativa e parâmetro de validade dos demais atos praticados no âmbito de um Estado, pela própria exigência de estabilidade de suas normas, cuja importância de conteúdo a

⁵⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

⁵⁶ O conceito é de Eisenmann v. BITTENCOURT, C. A Lúcio, op. cit., p. 64.

⁵⁷ CANOTILHO, J.J.G. op. cit. (2004), p. 890.

⁵⁸ BONAVIDES, P. op. cit., p. 80.

justifica e possibilita a criação de dificuldades formais para a alteração de suas disposições.

Desses elementos, evidenciam-se as implicações recíprocas entre a Constituição e o controle de constitucionalidade, assim reveladas por Márcio Augusto Vasconcelos Diniz:

No entanto, quando se avança para o plano do Direito Positivo, a supremacia constitucional só se realiza eficazmente se o próprio ordenamento jurídico consagrar, na prática, meios destinados a sancionar as infrações à Constituição, independentemente de sua hierarquia no plano lógico-jurídico. Não basta, portanto, a proclamação meramente política do princípio da supremacia constitucional por meio da diferenciação e da subordinação formal e material entre normas constitucionais e infraconstitucionais, sem que sejam estabelecidos mecanismos e técnicas adequados para coibir ou sancionar a violação daquelas primeiras.⁶¹

O Supremo Tribunal Federal reforçou:

[...] O PODER ABSOLUTO EXERCIDO PELO ESTADO, SEM QUAISQUER RESTRIÇÕES E CONTROLES, INVIABILIZA, NUMA COMUNIDADE ESTATAL CONCRETA, A PRÁTICA EFETIVA DAS LIBERDADES E O EXERCÍCIO DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS OU COLETIVOS. É PRECISO RESPEITAR, DE MODO INCONDICIONAL, OS PARÂMETROS DE ATUAÇÃO DELINEADOS NO TEXTO CONSTITUCIONAL. - UMA CONSTITUIÇÃO ESCRITA NÃO CONFIGURA MERA PEÇA JURÍDICA, NEM É SIMPLES ESCRITURA DE

⁵⁹ Afirmou Hans Kelsen: "A questão da garantia e do modo de garantia da Constituição, isto é, da regularidade dos graus da ordem jurídica que lhe são imediatamente subordinados, pressupõe, para ser resolvida, uma noção clara de constituição". Cf. KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 130.

⁶⁰ No original: "*Pero la Constitución no sólo es una norma, sino precisamente la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, lex superior. Por varias razones. Primero, porque la Constitución define el sistema de fuentes formales del Derecho, de modo que sólo por dictarse conforme a lo dispuesto por la Constitución (órgano legislativo por ella diseñado, su composición, competencia y procedimiento) una Ley será válida o un Reglamento vinculante; en este sentido, es la primera de las normas de producción, la norma normarum, la fuente de las fuentes. Segundo, porque en la medida en que la Constitución es la expresión de una intención fundacional, configuradora de un sistema entero que en ella se basa, tiene una pretensión de permanencia (una Ley Perpetua era la aspiración de nuestro comuneros) o duración (dauernde Grundordnung: ordenamiento fundamental estable, el momento reposado y perseverante de la vida del Estado: Fleiner), lo que parece asegurarle una superioridad sobre las normas ordinarias carentes de una intención total tan relevante y limitada a objetivos muchos más concretos, todos singulares dentro del marco globalizador y estructural que la Constitución ha establecido. Esta idea determinó, primero, la distinción entre un poder constituyente, que es de quien surge la Constitución, y los poderes constituídos por éste, de los que emanan todas las normas ordinarias. De aquí se dedujo inicialmente la llamada superlegalidad formal, que impone formas reforzadas de cambio o modificación constitucional frente a los procedimientos legislativos ordinarios (cfr. Título X de nuestra Constitución). Pero la idea llevará también al reconocimiento de una superlegalidad material, que asegura a la Constitución una preeminencia jerárquica sobre todas las demás normas del ordenamiento, producto de los poderes constituídos por la Constitución misma, obra del superior poder constituyente*". Cf. GARCÍA ENTERRÍA, Eduardo. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. 4. Ed. Madrid: Thomson civitas, 2006, p. 55-56.

⁶¹ DINIZ, M.A.V. op. cit., p. 104.

NORMATIVIDADE E NEM PODE CARACTERIZAR UM IRRELEVANTE ACIDENTE HISTÓRICO NA VIDA DOS POVOS E DAS NAÇÕES. TODOS OS ATOS ESTATAIS QUE REPUGNEM A CONSTITUIÇÃO EXPÕEM-SE À CENSURA JURÍDICA - DOS TRIBUNAIS, ESPECIALMENTE - PORQUE SÃO ÍRRITOS, NULOS E DESVESTIDOS DE QUALQUER VALIDADE. - A CONSTITUIÇÃO NÃO PODE SUBMETER-SE À VONTADE DOS PODERES CONSTITUÍDOS E NEM AO IMPÉRIO DOS FATOS E DAS CIRCUNSTÂNCIAS. A SUPREMACIA DE QUE ELA SE REVESTE - ENQUANTO FOR RESPEITADA - CONSTITUIRÁ A GARANTIA MAIS EFETIVA DE QUE OS DIREITOS E AS LIBERDADES NÃO SERÃO JAMAIS OFENDIDOS. AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL INCUMBE A TAREFA, MAGNA E EMINENTE, DE VELAR POR QUE ESSA REALIDADE NÃO SEJA DESFIGURADA. (ADI-MC 293/DF, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, j. 6/6/1990, DJU 16/4/1993, p. 6429)

A necessidade do emprego de mecanismos de realização da Constituição está diretamente relacionada com a sua concepção normativa, o que abre espaço, no sistema jurídico-constitucional por ela construído, para a utilização de todos os instrumentos processuais dispostos a fazer prevalecer o conteúdo de suas disposições.

1.4 O controle de constitucionalidade e os seus sistemas quanto aos órgãos de exercício

A realização de qualquer controle traz, forçosamente, a idéia de transitividade, de relação entre subordinante e subordinado.

A Constituição ostenta a máxima superioridade no espaço por ela mesma definido, assim, não pode deixar de ser parâmetro para qualquer controle jurídico de compatibilidade formal e material.

É o que ensina José Alfredo de Oliveira Baracho:

A transcendência jurídico-política do princípio da supremacia constitucional passaria de mera declaração teórica, se a Constituição não encontrasse instrumento para fazê-lo eficaz.

Esta supremacia jurídica importa em profundas conseqüências, que tornam inválidas todas as normas que estão em desacordo com o texto maior. [...]⁶²

Se é certo que o controle de constitucionalidade possui importância capital para o sucesso da efetivação das disposições dos textos constitucionais

⁶² BARACHO, José Alfredo de Oliveira. op. cit. (1984) p. 158.

rígidos, mostra-se seqüencialmente obrigatório o estudo dos sistemas⁶³ estruturados para a garantia da Constituição.

Traça-se a classificação⁶⁴ a partir da proposta do constitucionalista português Jorge Miranda, com a ressalva de que será empregado o termo “sistema” às matrizes históricas:

- 1.º) O modelo de fiscalização política, dito habitualmente de tipo francês (por ligado aos dogmas do constitucionalismo francês – e, portanto, europeu continental – dos séculos XVIII e XIX);
- 2.º) O modelo de fiscalização judicial (judicial review) desenvolvido nos Estados Unidos desde 1803;
- 3.º) O modelo de fiscalização jurisdicional concentrada em Tribunal Constitucional ou austríaco (por ter por paradigma o tribunal instituído pela constituição austríaca de 1920) ou europeu (por hoje se ter estendido a quase toda a Europa).⁶⁵

O sistema político, segundo D’Ávila Lopes, supõe atividade não-jurisdicional, pois, neste caso, é realizada a análise de conveniência política do ato⁶⁶, cujo principal exemplo é o da experiência francesa. Pelas particularidades do modelo vigente na França⁶⁷, em que presente uma histórica desconfiança para com o Poder

⁶³ Verifica-se divergência na doutrina na utilização, quanto ao controle de constitucionalidade, dos termos “sistema” e “modelo”: Baracho, Miranda e Streck utilizam-nas indistintamente v. BARACHO, J.A.O. op. cit. (1984), p. 168; MIRANDA, J. *Manual de Direito constitucional. Tomo VI*. Coimbra: Coimbra editora, 2005, p. 113-121; STRECK, Lênio. op. cit., p. 289-541. Alguns autores optam por empregar a denominação “modelo” para as matrizes históricas desses mecanismos de controle de constitucionalidade, enquanto “sistema” para as experiências concretizadas em cada país: Cf. BARROSO, L. op. cit. (2004), p. 39-40 e p. 57; LAMY, Marcelo. Sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. In: MARTINS, Ives G. da Silva; MENDES, Gilmar F.; TAVARES, André R. (orgs.). *Lições de direito constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos*. Belo Horizonte: Saraiva, 2005, p. 537-573. Procurando depurar os conceitos, Uadi Lammêgo Bulos defende: “Sistemas de controle da constitucionalidade são as matizes das quais derivaram os diversos modelos de justiça constitucional. Muitos são os modelos de fiscalização de constitucionalidade, por exemplo, o francês, o alemão, o espanhol, o italiano, o português, o brasileiro, o japonês etc. Mas sistemas de controle da constitucionalidade das leis ou atos normativos só há dois: o americano e o austríaco”. Cf. BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 111. Esta última posição, apenas no se refere à aplicação dos conceitos de “sistema” e “modelo”, será adotada na presente dissertação.

⁶⁴ Ressalve-se a posição de Clèmerson Clève, inserindo o modelo inglês de ausência de controle de constitucionalidade das leis: “Se a vontade do Parlamento, expressão da maioria, é ilimitada, inexistindo Constituição escrita, então não há lugar para a instituição de um mecanismo de fiscalização de constitucionalidade”. Cf. CLÈVE, C. M. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 58.

⁶⁵ MIRANDA, J. op. cit. (2005), p. 114.

⁶⁶ LOPES, Ana Maria D’Ávila. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2001, p. 125.

⁶⁷ Sobre o assunto v. BARACHO. José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 287-300; CAPPELETTI, Mauro; *O controle judicial de constitucionalidade das leis no*

Judiciário, bem como uma recorrente defesa da vontade parlamentar em homenagem ao valor político clássico da separação de poderes, o controle de constitucionalidade foi conferido a um órgão político fora da esfera do Poder Judiciário, o que não se aplica a outros países com formação histórica, política e ideológica descontextualizada da experiência francesa.

No entanto, conforme adverte D'Ávila Lopes, atualmente, “as diferenças entre os sistemas jurisdicional e político de controle são menos evidentes. Quiçá, a única diferença importante ainda seja o caráter preventivo do controle político”.⁶⁸ Nesse sentido, torna-se necessário reconhecer a presença, ainda que pouco acentuada, do controle de constitucionalidade político nos atuais modelos de predominância judicial, a considerar a existência de instrumentos dos Poderes Executivo e Legislativo destinados a tolher o nascimento jurídico de ato normativo inconstitucional.⁶⁹

A propósito, para ficar apenas na experiência constitucional brasileira de 1988, detecta-se a presença de disposições constitucionais atribuindo aos Poderes Executivo e Legislativo funções de controle de constitucionalidade, sem a necessidade de recorrer ao Poder Judiciário, a exemplo do que se vê no veto⁷⁰, na atividade parlamentar das comissões de Constituição e Justiça⁷¹, além de institutos com natureza repressiva.⁷²

Os sistemas judiciaristas que tiveram maior influência para os modelos de controle de constitucionalidade difuso e abstrato⁷³ foram os originados,

direito comparado. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999, p. 94-100; STRECK, Lênio Luiz. op. cit., p. 342/452.

⁶⁸ LOPES, A.M.D. ob. cit. (2001), p. 126.

⁶⁹ BONAVIDES, P. op. cit., p. 300-301.

⁷⁰ Artigo 66, §1.º da CF: “Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, veta-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto”.

⁷¹ Artigo 58 da CF: “O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação”.

⁷² Artigo 49, V da CF: “É competência exclusiva do Congresso Nacional: sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa”; Artigo 62, §5.º da CF: “A deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais”. Não se esqueça ainda o verbete 347 do STF: “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público”.

⁷³ É o que se vê do estudo comparativo de Mauro Cappelletti v. CAPPELLETTI, M. op. cit., p. 74.

respectivamente, nos Estados Unidos⁷⁴ e na Áustria. Impregnados por características próprias, serviram de forte paradigma para a construção dos atuais modelos de controle de constitucionalidade, o que revelou um dualismo – em face das mais conhecidas diferenças entre estes sistemas – entre o exercício do controle de maneira difusa-concentrada e concreta-abstrata.

Ressalve-se, com Ivo Dantas, que, por se tratarem de criação artificial e consciente do constituinte, os modelos de controle de constitucionalidade apresentam grande variedade.⁷⁵

Para o professor da Faculdade de Direito do Recife, as características marcantes do controle difuso originado nos Estados Unidos são:

- a) O controle de constitucionalidade pertence a qualquer juiz, de qualquer instância e em qualquer momento, desde que lhe pareça haver choque entre a norma a ser aplicada e a Constituição. Não obstante, o ápice do controle pertence à Suprema Corte, cujas decisões têm o caráter vinculante (*stare decisis*);
- b) O poder-faculdade dos juízes manifesta-se, exclusivamente, na solução do litígio que lhe é posto à decisão. Em consequência, não existe um procedimento específico de inconstitucionalidade, visto que esta é decidida dentro de um processo civil determinado. A solução é, pois, *no caso concreto*.⁷⁶

Enquanto os traços do sistema concentrado, segue Dantas, consistem em:

- a) a criação de um órgão singular – Tribunal Constitucional – mantém a separação dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário;
- b) a natureza de sua atuação é sempre judicial;
- c) a escolha de seus membros difere quanto à escolha dos membros dos demais tribunais, nela participando outros poderes do Estado;
- d) o período de permanência dos membros na Corte é sempre determinado, não lhe assistindo o princípio da vitaliciedade.⁷⁷

⁷⁴ Embora registre a presença histórica anterior de uma espécie de controle de constitucionalidade, Cappelletti reconhece a divisão estabelecida com a inauguração do sistema americano. V. CAPPELLETTI, M. *ibidem*, p. 45-63. Com algumas ressalvas é o pensamento de Ana Maria D'Ávila Lopes para quem "o sistema de controle jurisdicional ou *judicial review* originou-se nos Estados Unidos, porém, teve seus antecedentes no sistema inglês". Cf. LOPES, A.M.D. *op. cit.* (2001), p. 126.

⁷⁵ DANTAS, I. *op. cit.*, p. 264.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 263.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 265.

Estabelecidos os referenciais históricos, verifica-se, no método comparativo levado a efeito por Mauro Cappelletti, que os modelos de controle de constitucionalidade do final do último século têm optado pela fusão das características que identificam o sistema americano às do sistema austríaco, com o que buscam superar os inconvenientes e dificuldades políticas detectados durante a aplicação isolada de cada um desses sistemas.⁷⁸

Confirmando uma tendência mundial, surpreende Francisco Fernández Segado, em dedicado estudo sobre o assunto:

A enorme expansão da justiça constitucional tem propiciado uma mistura e hibridação de modelos, que se tem unido o processo pré-existente de progressiva convergência entre os elementos supostamente contrapostos no passado, dos dois tradicionais sistemas de controle de constitucionalidade dos atos de poder.

O resultado de tudo isto é a perda de grande parte de sua utilidade analítica da usualmente assumida bipolaridade 'modelo americano *versus* modelo europeu-kelseniano'. Como disse *Rubio Llorente*, falar hoje de um sistema europeu carece de sentido porque há mais diferenças entre os sistemas de justiça constitucional existentes na Europa que entre alguns deles e o norte-americano.⁷⁹

Também estabelecendo parâmetros para a correta compreensão dos modelos de controle de constitucionalidade, sobretudo em um contexto político e histórico definido, aponta o professor Baracho:

Nos regimes consagrados na América Latina, apesar das particularidades que podem despertar, o instituto do controle desenvolve-se, formal e materialmente, no âmbito jurisdicional.

O 'juízo de inconstitucionalidade' ou a declaração de inaplicabilidade de uma lei a um caso concreto, é um 'procedimento jurisdicional'. Decorre de um litígio, que decide da legitimidade constitucional, pela ofensa à norma fundamental.⁸⁰

O conhecimento das principais características dos sistemas de controle de constitucionalidade, cumulado com a apresentação da atual tendência dos

⁷⁸ CAPPELLETTI, M. op. cit., p. 74-94.

⁷⁹ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. A obsolescência da bipolaridade tradicional (modelo americano – modelo europeu-kelseniano) dos sistemas de justiça constitucional. In: MARTINS, Ives G. da Silva; MENDES, Gilmar F.; TAVARES, André R. (orgs.). *Lições de direito constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos*. Belo Horizonte: Saraiva, 2005, p. 369. No mesmo sentido averba Baracho: "Os dois modelos, isto é, o americano e o europeu, segundo a doutrina aproximam-se de maneira paulatina e recíproca". Cf. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. As especificidades e desafios democráticos do processo constitucional. In: CRUZ, A. R. S.; SAMPAIO, J. A. L. *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: DelRey, 2001, p. 145.

⁸⁰ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Ob. cit. (1984), p. 314.

modelos de controle vigentes, afasta muitas dificuldades interpretativas inerentes à análise de mecanismos institucionais tão complexos.

O modelo brasileiro de 1988 conjuga inúmeros mecanismos de controle de constitucionalidade próprios dos sistemas americano e austríaco, não encontrando paralelo no Direito comparado, daí ser essencial que o modelo adotado no Brasil seja percebido sem comparações isoladas do contexto histórico em que constituído, bem como sem analogias forçadas com modelos de controle de constitucionalidade extraídos do Direito comparado.

1.4.1 O controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário: competência, forma e finalidade

A diretriz tomada neste trabalho está circunscrita ao controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário.

Voltar a atenção para um sistema de controle de constitucionalidade, como o que é exercido pelo Poder Judiciário, implica seqüenciais indagações sobre quais são os órgãos que o executam; de que forma ocorre; e qual a sua proposta.

A doutrina⁸¹ realizou esforços para definir critérios que correspondessem aos modelos jurisdicionais de controle de constitucionalidade contemporâneos e, pela qualidade metodológica, verificam-se as seguintes divisões que interessam para o estudo: em relação ao número de órgãos judiciais competentes, controle difuso e concentrado; em relação à forma de ocorrência, controle incidental (exceção ou defesa) e direto; em relação à sua finalidade, controle subjetivo (concreto) e objetivo (abstrato).⁸²

É certo que, pela própria necessidade da ubiquidade de suas funções, o Poder Judiciário é dividido em centros de competência para a fiel execução de suas atividades. Diante da multiplicidade de órgãos, os sistemas apartam-se entre a possibilidade do controle de constitucionalidade ser exercido por todos os órgãos ou centralizado em um único ou em poucas unidades de decisão. O primeiro executado

⁸¹ Dentre vários: cf. BARROSO, L. R. op. cit. (2004), p. 39-49; BITTENCOURT; L. op. cit., p. 97-99; CLÈVE, C. op. cit. 71-79; MIRANDA, J. op. cit. (2005), p. 52-60.

⁸² Seguem-se, parcialmente, os critérios definidos por Clèmerson Merlin Clève. Cf. CLÈVE, C.M. op. cit., p. 71-79.

difusamente, enquanto o último realizado de maneira concentrada e excludente para definir o estado de constitucionalidade das normas.

Observam-se, ainda, aqueles denominados mistos, uma vez que essa competência seria desenvolvida de forma concentrada e difusa, simultaneamente, em relação a determinado espaço do controle previamente definido.

Quanto à maneira de ocorrência, constata-se que o controle pode ocorrer a partir de uma simples alegação em determinado processo voltado para a solução de uma lide⁸³, cuja superação exige o enfrentamento da matéria, ou seja, por via incidental (defesa ou exceção⁸⁴), bem como de maneira direta, projetada deliberadamente para a efetivação do controle de constitucionalidade do ato normativo.

Por fim, ao ângulo da finalidade do controle, apreende-se que pode ser de finalidade subjetiva, projetado para a tutela específica de um bem jurídico delimitado em relação ao seu titular, que está sendo vindicado em um processo, mas que o resultado exige uma definição de matéria constitucional; ou de proposta objetiva, direcionada para a proteção da regularidade da ordem constitucional objetivamente entendida, vale dizer, sem levar em consideração qualquer vantagem ou prejuízo de eventual destinatário da norma, na condição de personagem das prescrições nela contidas.

A imprescindibilidade da última classificação para o presente estudo merece o seguinte registro de Jorge Miranda:

De resto, deve se frisar que há sempre uma face subjectivista e uma face objectivista em toda a fiscalização. Acontece é que cada sistema propende para certo sentido, realça mais uma face sem realçar a outra, estrutura-se com o centro ou nos direitos ou posições constitucionais dos sujeitos ou na constitucionalidade como valor em si.⁸⁵

A lição do professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa revela que a predominância – e não a exclusividade – de seu aspecto finalístico é a marca dos atuais modelos de controle de constitucionalidade, mesmo porque a

⁸³ “É o controle exercido quando o pronunciamento acerca da constitucionalidade ou não de uma norma faz parte do itinerário lógico do raciocínio jurídico a ser desenvolvido”. Cf. BARROSO, L.R. op. cit. (2004), p. 48.

⁸⁴ Evitam-se aqui os termos “defesa” e “exceção” diante da natural incorreção, uma vez que a alegação da matéria constitucional para controle pode ser apresentada pelo autor, pelo Ministério Público (enquanto fiscal da lei) e de ofício pelo juiz do feito.

⁸⁵ MIRANDA, Jorge. op. cit. (2005), p. 55.

prática constitucional tem demonstrado que a combinação das vantagens dos sistemas historicamente construídos permite abranger o amplo espectro das múltiplas funções atribuídas atualmente à Constituição.

1.5 Histórico do controle de constitucionalidade brasileiro até 1988

Segundo Alfredo Buzaid⁸⁶, embora a gênese do controle de constitucionalidade das leis no Brasil tenha sido a experiência norte-americana, a correspondente evolução tomou rumos diversos.

Isto porque a idéia de controle de constitucionalidade das leis do sistema dos Estados Unidos foi obtida do engenho da atividade da Suprema Corte Americana, enquanto à brasileira exigiu texto normativo expresso para a sua aplicação.⁸⁷

A assertiva de Buzaid descortina o horizonte para o analista do modelo constitucional brasileiro, pois supõe que, em qualquer estudo que busque compreender a evolução do modelo nacional, seja verificada a sequência legislativa vigente na história brasileira.

Para os fins deste trabalho, considerando que se parte da análise do controle de constitucionalidade efetuado pelo Poder Judiciário, serão levados em conta os critérios de classificação do controle de constitucionalidade ventilados acima.⁸⁸

Em um ambiente monárquico quando vigente o Poder Moderador, bem como diante da flagrante influência das idéias políticas inglesas e francesas direcionadas para a defesa intransigente do Parlamento, o primeiro regime

⁸⁶ BUZAID, A. op. cit., p. 29.

⁸⁷ A doutrina é pacífica no sentido da gênese histórica do controle de constitucionalidade do Brasil advir de texto normativo: cf. BARROSO, L. R. op. cit. (2004), p. 57; BITTENCOURT, C. A Lúcio. op. cit., p. 28-29; BUZAID, Alfredo. op. cit., p. 30; CAVALCANTI, Temístocles Brandão. op. cit., p. 60; CLÈVE, Clemerson Merlin. op. cit. p. 82-84; MENDES, Gilmar Ferreira. op. cit. (1990), p. 172-173; MENDES, Gilmar Ferreira. op. cit., (1998), p. 24; STRECK, Lênio Luiz. op. cit., p. 423/429; VELOSO, Zeno. op. cit., p. 30.

⁸⁸ Pela precisão e síntese, recomenda-se: LAMY, Marcelo. Sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. In: MARTINS, Ives G. da Silva; MENDES, Gilmar F.; TAVARES, André R. (orgs.). *Lições de direito constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos*. Belo Horizonte: Saraiva, 2005, p. 537-573.

constitucional inaugurado com a constituição de 1824 não experimentou a possibilidade de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis.⁸⁹

O Decreto n.º 848, de 11 de outubro de 1890, destinado à organização da Justiça Federal, foi o primeiro diploma normativo nacional a trazer contornos nítidos sobre a possibilidade da realização de um controle jurisdicional da Constituição⁹⁰, cujo conteúdo traz aquele que é reconhecido como o marco inicial do recurso extraordinário.

Já em 1891⁹¹, cogitou-se, pela primeira vez em uma Constituição, do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis, o que depois foi eloqüentemente disciplinado com a lei n.º 221⁹², de 20 de novembro de 1894. Este avanço institucional de importância histórica obrigou Lênio Streck a reconhecer que “a teoria constitucional brasileira nasce com a República e a Constituição de 1891”.⁹³

Com a Emenda Constitucional datada de 1926, foi permitido ao STF o manejo de recurso de sentença estadual de última instância que negasse a aplicação de lei federal por julgá-la incompatível com a Constituição.⁹⁴ Esclarece Marcelo Lamy que “lei federal julgada inconstitucional e lei ou ato estadual julgado constitucional poderiam ser analisados em grau recursal pelo STF. Por outro lado, o julgamento estadual que considerasse lei federal constitucional ou lei estadual inconstitucional não era passível de recurso”⁹⁵, destacando que “o STF não dava a

⁸⁹ Nas palavras de Clèmerson Clève: “O dogma da soberania do Parlamento, a previsão de um Poder Moderador e mais a influência do direito público europeu, notadamente inglês e francês, sobre os homens públicos brasileiros, inclusive os operadores jurídicos, explicam a ausência de um sistema de fiscalização jurisdicional da constitucionalidade das leis no Brasil ao tempo do Império”. Cf. CLÈVE, C. M. op. cit., p. 81-82.

⁹⁰ BITTENCOURT, Lúcio. op. cit., p. 28; CLÈVE, Clèmerson. op. cit., p. 83; MENDES, Gilmar Ferreira. op. cit. (1990), p. 171.

⁹¹ “Art 59 - Ao Supremo Tribunal Federal compete: §1.º. Das sentenças das justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade ou a interpretação de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contra ela; b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas”

⁹² “Art. 13, §10.º: Os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis e com a Constituição”.

⁹³ STRECK, L. op. cit., p. 425.

⁹⁴ “Das sentenças das justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a vigência, ou a validade das leis federais em face da Constituição e a decisão do Tribunal do Estado lhes negar aplicação”.

⁹⁵ LAMY, Marcelo. op. cit., p. 560.

última palavra de toda a questão constitucional, privilegiava-se o papel da Justiça estadual”.⁹⁶

Com o advento da Constituição de 1934, novidades no modelo de controle de constitucionalidade foram trazidas, resumidas da seguinte forma por Marcelo Lamy:

Primeira, as leis federais julgadas constitucionais pelos tribunais poderiam ser objeto de recurso extraordinário para o STF. Segunda, o Senado podia suspender a eficácia de qualquer ato, lei, deliberação ou regulamento declarando inconstitucional pelo Judiciário. Terceira, a declaração de inconstitucionalidade nos Tribunais dependia da maioria absoluta dos membros. Quarta, criou a representação interventiva, primeiro marco na consolidação do controle abstrato da constitucionalidade.⁹⁷

Necessário sublinhar que, para Lênio Streck, “o procedimento da ação interventiva ficou a meio caminho entre o controle em tese e o controle incidental (concreto)”.⁹⁸

A Constituição brasileira de 1937, em verdadeiro descompasso com a evolução histórica nacional, talvez explicado pela vigência da denominada “Era Vargas”, autorizou mecanismo político de controle de constitucionalidade, em que se permitia ao Parlamento, mediante provocação do Presidente da República, a suspensão dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade proferida por Tribunal.⁹⁹

Adicionado a isso, foram suprimidas as hipóteses relativas às competências do Senado Federal para a suspensão de lei declarada inconstitucional, bem como àquelas do Procurador-Geral da República para os fins da representação interventiva.

A idéia corrente da doutrina sobre esse período era a de que a manobra política aniquilara o controle de constitucionalidade das leis no Brasil, embora a competência difusa do STF tivesse permanecido inalterada.¹⁰⁰

⁹⁶ Ibidem, p. 560.

⁹⁷ Ibidem, p. 560-561.

⁹⁸ STRECK, L. op. cit., p. 441.

⁹⁹ Artigo 96, parágrafo único: “No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos de cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal”.

¹⁰⁰ Nesse sentido: CLÈVE, C. M. op. cit., p. 85-86; LAMY, M. op. cit., p. 561-562; MENDES, Gilmar Ferreira. op. cit. (1990), p. 179-181; STRECK, L. op. cit., p. 443-445.

O legislador constituinte de 1946 restaurou o controle de constitucionalidade vigente até a Constituição de 1937, precisando expressamente que, somente das decisões do STF, era cabível a suspensão de eficácia da competência do Senado Federal. Ao lado do retorno da representação interventiva, foi ampliada a possibilidade de recurso extraordinário em face de qualquer decisão contrária a dispositivo da Constituição.

Em linhas gerais, sua espinha dorsal era semelhante àquela do modelo estruturado em 1934, o que levou Lênio Streck a afirmar “que se podia ter a impressão de um decalque”.¹⁰¹

Com a Emenda Constitucional n.º 16/65, o controle de constitucionalidade abstrato no Brasil ganhou novos contornos, mediante a instituição da representação por inconstitucionalidade.¹⁰² A representação por inconstitucionalidade estabeleceu um novo paradigma para o modelo brasileiro, pois segundo Gilmar Mendes:

A implantação do sistema de controle de constitucionalidade, com o objetivo precípua de preservar o ordenamento jurídico da intromissão de leis com ele inconvenientes veio a somar, aos mecanismos já existentes, um instrumento destinado a defender diretamente o sistema jurídico objetivo.¹⁰³

No mesmo sentido, Zeno Veloso confirma que a Emenda Constitucional n.º 16/65 não extirpou o controle de constitucionalidade incidental.¹⁰⁴

Em relação à Constituição de 1967, não ocorreram modificações importantes para a mudança estrutural no modelo definido com a Emenda Constitucional n.º 16/65 ou que merecessem estudo específico, do que não discorda a doutrina.¹⁰⁵

¹⁰¹ STRECK, L. op. cit., p. 443.

¹⁰² “Artigo 101 – Ao Supremo Tribunal Federal compete: I – processar e julgar originariamente: k) a representação contra a inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República”.

¹⁰³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade. Aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 191-192.

¹⁰⁴ VELOSO, Z. op. cit., p. 33.

¹⁰⁵ BARROSO, Luís Roberto. op. cit. (2004), p. 59; CLÈVE, Cèmerson Merlin. op. cit., p. 89-90; LAMY, Marcelo. op. cit., p. 563-565; MENDES, Gilmar Ferreira. op. cit. (1990), p. 192; STRECK, Lênio. op. cit., p. 448-450.

1.6 O modelo brasileiro de controle jurisdicional de constitucionalidade da Constituição de 1988

No Brasil, o processo de desenvolvimento do controle de constitucionalidade teve forte influência do sistema jurisdicional originado nos Estados Unidos, ponto sem discordâncias doutrinárias¹⁰⁶, sendo as influências americanas sentidas até no atual texto materializado pelo legislador constituinte de 1988, visto ser pródiga em mecanismos de prevalência da superioridade constitucional, tendo como principal ator desse controle o Poder Judiciário.¹⁰⁷

No entanto, isso não significa que a atual experiência brasileira seja reprodução do sistema americano, já que o Brasil também seguiu a tendência histórica de combinação de modelos de controle de constitucionalidade, conforme assegurado por Clèmerson Merlin Clève:

Na formulação brasileira, os juízes e tribunais dispõem de competência para conhecer e para decidir, com recurso possível para um Tribunal que, situado dentro da ordem judicial, é o órgão máximo para questões constitucionais. Esse modelo não se confunde com o norte-americano porque ao lado da concreta, admite igualmente a fiscalização abstrata da constitucionalidade, que é, no caso das leis estaduais e federais em face da Constituição Federal, concentrada no Supremo Tribunal Federal. Como o português, mantendo especificidade, o modelo brasileiro incorpora elementos do americano e os soma a outros próprios da fórmula austríaca.¹⁰⁸

Jorge Miranda ratifica esse ecletismo, informando que “o sistema brasileiro compreende um acervo de meios de garantia de constitucionalidade quase sem paralelo noutros sistemas”.¹⁰⁹ Acompanha D’Ávila Lopes, quando afirma que o modelo brasileiro, historicamente, apresenta características muito particulares¹¹⁰, bem como Marcelo Lamy, ao assegurar que “o nosso sistema misto possui complexidade ímpar”.¹¹¹

Nesse contexto, é forte na doutrina que o modelo de controle de constitucionalidade das leis no Brasil, traçado pela Constituição de 1988, “manteve o

¹⁰⁶ Dentre os mais importantes autores nacionais: cf. BARROSO, L. R. op. cit. (2004), p. 57-59; BITTENCOURT, C. A Lúcio. op. cit., p. 27-31; BUZAID, Alfredo. op. cit., p. 29-33; CAVALCANTI, T. B. op. cit., p. 57-63; CLÈVE, C. M. op. cit., p. 80-91; MENDES, G. F. op. cit. (1990), p. 169-193; MENDES, G. F. op. cit. (1998), p. 23-38; STRECK, L. L. op. cit., p. 415/453; VELOSO, Z. op. cit., p. 29-35.

¹⁰⁷ É o que se verifica nos artigos 97, 102, 103 e 125 da Constituição Federal, dentre outros.

¹⁰⁸ CLÈVE, C. M. op. cit., p. 71.

¹⁰⁹ MIRANDA, J. op. cit. (2005), p. 123.

¹¹⁰ LOPES, A.M.D. op. cit. (2001), p. 146.

¹¹¹ LAMY, M. op.cit., p. 573.

sistema eclético, híbrido ou misto, combinando o controle por via incidental e difuso (sistema americano), com o controle por via principal e concentrado¹¹² ou, em outras palavras, “a Constituição de 1988 manteve a fórmula de controle misto de constitucionalidade (controle direto, abstrato, e incidental, concreto)”.¹¹³

No modelo de controle de constitucionalidade estruturado pela Constituição de 1998, tem-se um arsenal abstrato e concentrado, composto pela ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I, a, da CF), ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, a, da CF) e ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 3.º, da CF). Em outra vertente, apresenta-se a inata competência difusa para conhecer e julgar conflitos constitucionais concretos por todos os órgãos do Poder Judiciário, aliada à possibilidade de interposição de recurso extraordinário destinado para o Supremo Tribunal Federal, de forma a garantir a uniformidade da interpretação constitucional e efetivação de seus comandos (art. 102, III, da CF) pela mais alta corte do país, cuja importância institucional reside justamente na guarda da Constituição (art. 102, *caput*, da CF).

Destaque-se, ainda, a ação direta interventiva (art. 36, III, da CF) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição (art. 102, § 2.º, da CF). A primeira, embora deflagrada mediante ação direta ao Supremo Tribunal Federal, não objetiva uma declaração de inconstitucionalidade em si, mas a superação de um conflito federativo¹¹⁴, enquanto a segunda abre exceções à tradição exercida na atividade de fiscalização abstrata, além de permitir a resolução de um caso concreto concentradamente.¹¹⁵

Mesmo perante uma variabilidade de mecanismos de controle de constitucionalidade, seja para a proteção de direitos subjetivos, seja para a tutela da

¹¹² BARROSO, L. R. op. cit. (2004), p. 60.

¹¹³ STRECK. L. Ob. cit., p. 455.

¹¹⁴ “A ação interventiva, como já visto, caracteriza-se como modalidade especial de controle concentrado, uma vez que não visa à declaração de inconstitucionalidade em si mesma, constituindo mero pressuposto para consecução da intervenção federal”. Cf. BARROSO, Luís Roberto. op. cit. (2004), p. 260.

¹¹⁵ “Quanto à fiscalização abstrata de constitucionalidade, que já é bastante aperfeiçoada no ordenamento jurídico pátrio, a arguição de descumprimento de preceito fundamental amplia o objeto, albergando atos normativos municipais e anteriores à constituição, bem como atos concretos (não normativos) do Poder Público. Ademais, a arguição permite que o controle de constitucionalidade genérico, apreciando a validade do ato com efeitos extensivos, ocorra com base no exame de um caso específico, enriquecendo nosso sistema com uma modalidade direta (concentrada) de controle concreto de constitucionalidade”. Cf. ROTHENBURG, Walter Claudius. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: ROTHENBURG, Walter C.; TAVARES, TAVARES, André R. (orgs.). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 203.

ordem constitucional em si, é idéia corrente que o início do período constitucional de 1988, agregado às inovações da Emenda Constitucional n.º 3 (ação declaratória de constitucionalidade), trouxe consigo uma opção (tendência) pelo controle de constitucionalidade abstrato e concentrado, o que teria alterado a mecânica de todos os textos constitucionais anteriores, centralizados no controle difuso e concreto.

Por ser um dos artífices dessa idéia, vê-se em Gilmar Mendes:

A constituição de 1988 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 (CF, art. 103), permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas.

[...]

Assim, se se cogitava, no período anterior a 1988, de um modelo misto de controle de constitucionalidade, é certo que o forte acento residia, ainda, no amplo e dominante sistema difuso de controle. O controle direto continuava a ser algo acidental e episódico dentro do sistema difuso.

A Constituição de 1988 alterou, de maneira radical, essa situação, conferindo ênfase não mais ao sistema difuso ou incidente, mas ao modelo concentrado, uma vez que as questões constitucionais passam a ser veiculadas, fundamentalmente, mediante ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.¹¹⁶

Ocorre que o estudo do aspecto histórico do controle de constitucionalidade no Brasil, conjugado com a análise crítica do modelo estruturalmente constituído pelo legislador constituinte de 1988 – e desenvolvido com as posteriores alterações legislativas e jurisprudenciais –, revela a instabilidade institucional que marca o país, diante de evoluções e involuções em relação a mecanismos de destacada importância e funcionalidade para a democracia nacional.

Essa constatação foi resumida por Marcelo Lamy:

O Brasil adotava o modelo francês em 1824, incorporou o modelo judicial difuso e concreto (norte-americano) em 1890 e o modelo judicial concreto e abstrato (austriaco) em 1965. É certo que o modelo difuso desde 1890 tem sofrido inúmeros avanços, em especial tem sobrelevado o papel do STF a partir de 1934, mas mais marcante é o avanço atingido em 1988 do concentrado abstrato, a tal ponto do sistema difuso ter sido relegado a segundo plano pela doutrina atual.¹¹⁷

A opção ou acréscimo de novos mecanismos de controle de constitucionalidade não representa a superação de um modelo ou de instrumentos

¹¹⁶ MENDES, Gilmar. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 2. ed. rev. e amp. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 256.

¹¹⁷ LAMY, M. op. cit., p. 573.

de controle anteriores, já que a aplicação conjugada pode se mostrar imprescindível e necessária para a garantia e fortalecimento do regime democrático brasileiro, de evidente incipiência, cuja comprovação resulta da flagrante distância entre o que está contido nas disposições constitucionais e as reais condições de vida da maioria da população brasileira.

Desse ecletismo, decorrem, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, instrumentos (ações de cunho concentrado e abstrato) que buscam a defesa da tutela objetiva, sem levar em consideração uma lide concreta ou um específico direito subjetivado, por um lado; por outro, o recurso extraordinário (incidental e subjetivo) originado de um conflito de interesses posto em uma relação processual determinada, mas que, para a solucionar o impasse, demanda a aplicação de norma constitucional, cujo principal guardião e, por isso, destinatário deste recurso é o Supremo Tribunal Federal.

O Supremo Tribunal Federal tem confirmado essa dualidade no modelo brasileiro, respectivamente:

[...]. CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE - PROCESSO DE CARÁTER OBJETIVO - IMPOSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO DE SITUAÇÕES INDIVIDUAIS E CONCRETAS. - O controle normativo de constitucionalidade qualifica-se como típico processo de caráter objetivo, vocacionado exclusivamente à defesa, em tese, da harmonia do sistema constitucional. A instauração desse processo objetivo tem por função instrumental viabilizar o julgamento da validade abstrata do ato estatal em face da Constituição da República. O exame de relações jurídicas concretas e individuais constitui matéria juridicamente estranha ao domínio do processo de controle concentrado de constitucionalidade. A tutela jurisdicional de situações individuais, uma vez suscitada a controvérsia de índole constitucional, há de ser obtida na via do controle difuso de constitucionalidade, que, supondo a existência de um caso concreto, revela-se acessível a qualquer pessoa que disponha de interesse e legitimidade (CPC, art. 3º). [...] (ADI-MC 1434/SP, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, j. 20/8/1996, DJU de 22/11/1996, p. 456840)

PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de

qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. (Ag. Reg. No Recurso Extraordinário n. 271286-RS, 2.ª T, Rel. Min. Celso de Mello, j. 12/9/2000, DJU 24/11/2000, p. 101)

Isto não significa que seja inviável tutelar direitos subjetivos em ações de natureza abstrata ou proteger a ordem constitucional por meio de um mecanismo incidental e subjetivo, pois estas funções podem ser efetuadas de maneira indireta. As limitações inatas aos propósitos que justificaram suas criações demonstram que mantêm uma relação de complementaridade no modelo de realização da Constituição e, em particular, dos direitos fundamentais.

Sublinha Luís Roberto Barroso que:

No Brasil, o controle difuso vem desde a primeira Constituição republicada, e subsiste até hoje sem maiores alterações. Do juiz estadual recém-concursado até o Presidente do Supremo Tribunal Federal, todos os órgãos judiciários têm o dever de recusar aplicação às leis incompatíveis com a Constituição.¹¹⁸

A constância do modelo de controle de constitucionalidade brasileiro sempre foi a sua difusão pelos órgãos que compõem o Poder Judiciário brasileiro, envolvendo interesses de porte constitucional concretamente definidos em uma relação processual, com a continuada – em todos os momentos históricos -

¹¹⁸ BARROS, L.R. op. cit. (2004), p. 46.

possibilidade de exercício de competência recursal pelo Supremo Tribunal Federal por intermédio do recurso extraordinário.

A presença do recurso extraordinário no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro é consequência lógica da característica difusa aqui experimentada, o que é confirmado no sistema constitucional de 1988, conforme anota Luís Roberto Barroso que:

O controle incidental difuso continuou a ser previsto de forma expressa, porém oblíqua, na disciplina do cabimento do recurso extraordinário, da qual decorre a inequívoca possibilidade de declaração de inconstitucionalidade por juízes e tribunais.¹¹⁹

Para Lênio Streck “convivendo e acoplado a um amplo sistema de controle concentrado, o controle difuso de constitucionalidade pode mostrar-se como um importante instrumento de filtragem constitucional”.¹²⁰ José Afonso da Silva, por sua vez, assegura que “Supremo Tribunal Federal e recurso extraordinário completam-se pela identidade de função. Um não se compreenderia sem o outro, no que tange à matéria constitucional”.¹²¹

Difícil seria admitir que a todos os órgãos judiciais fosse juridicamente viável conhecer e julgar matéria constitucional e, ao mesmo passo, suprimir a possibilidade da mais alta Corte do país de controlar essas decisões, garantindo-lhes não só unidade, mas os próprios direitos subjetivos albergados constitucionalmente, cuja magna função de tutela cabe ao Supremo Tribunal Federal.

1.7 A transformação do controle jurisdicional de constitucionalidade difuso, incidental e subjetivo: a experiência do recurso extraordinário

A fim de justificar a tendência para a prevalência do controle de constitucionalidade concentrado, direto e objetivo (abstrato), persistiu por muito tempo - e com razoáveis argumentos - uma crítica contra o sistema de controle

¹¹⁹ Ibidem, p. 60.

¹²⁰ STRECK, L. op.cit., p. 456.

¹²¹ SILVA, José Afonso. *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*. São Paulo : RT, 1958, p. 106.

difuso, incidental e subjetivo, precisamente pela sua possível falta de operacionalidade.

Nas palavras do próprio Hans Kelsen:

O fato de um órgão aplicador da lei declarar uma norma geral como inconstitucional e não aplicá-la num caso específico significa que o órgão está autorizado a invalidar a norma para aquele caso concreto; porém apenas para ele, pois a norma geral enquanto tal – a lei, o decreto – continua válida e pode, portanto, ser aplicada em outros casos concretos. A desvantagem dessa solução consiste no fato de que os diferentes órgãos aplicadores da lei podem ter opiniões diferentes com respeito à constitucionalidade de uma lei e que, portanto, um órgão pode aplicar a lei por considerá-la constitucional, enquanto outro lhe negará aplicação com base na sua alegada inconstitucionalidade. A ausência de uma decisão uniforme sobre a questão da constitucionalidade de uma lei, ou seja, sobre a Constituição estar sendo violada ou não, é uma grande ameaça à autoridade da própria Constituição.¹²²

Buscando superar a variabilidade das decisões em matéria constitucional, vigente em um sistema difuso, observa-se uma “objetivação”¹²³ ou “transposição”¹²⁴ do controle incidental e subjetivo, exercido pelo Supremo Tribunal Federal, por meio do recurso extraordinário.

Isto porque, dentre as competências da mais alta Corte do país, reside uma voltada para o conhecimento de matéria constitucional em sede recursal, originada de decisões tomadas pelos variados tribunais do país.

Como órgão de cúpula, e com a missão principal de guarda da Constituição, a estruturação constitucional do Supremo Tribunal Federal obrigou a criação de recurso que viabilizasse o conhecimento das lides constitucionais em uma Federação multifária tal qual a brasileira, fator determinante para a própria eficácia das disposições constitucionais.¹²⁵

¹²² KELSEN. Hans. op. cit., p. 303.

¹²³ A expressão foi retirada do excelente texto: DIDIER JR. Fredie. As transformações do recurso extraordinário. In: NERY JR, Nelson; WAMBIER, Teresa A. A. (orgs.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. v. 10. São Paulo: RT, 2006, p. 105-112.

¹²⁴ TAVARES. André Ramos. *Nova Lei da súmula vinculante. Estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006*. São Paulo: Método, 2007.

¹²⁵ “[...] A DEFESA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA REPRESENTA O ENCARGO MAIS RELEVANTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. - O Supremo Tribunal Federal - que é o guardião da Constituição, por expressa delegação do Poder Constituinte - não pode renunciar ao exercício desse encargo, pois, se a Suprema Corte falhar no desempenho da gravíssima atribuição que lhe foi outorgada, a integridade do sistema político, a proteção das liberdades públicas, a estabilidade do ordenamento normativo do Estado, a segurança das relações jurídicas e a legitimidade das instituições da República restarão profundamente comprometidas. O inaceitável desprezo pela Constituição não pode converter-se em prática governamental consentida. Ao menos, enquanto houver um Poder Judiciário independente e consciente de sua alta responsabilidade

O emprego de mecanismos para que decisões emitidas em controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal, por meio do recurso extraordinário, vinculassem os demais tribunais do país, sem que se realizasse um singelo e incabível sepultamento do instituto, faz parte da história constitucional brasileira. Exemplo emblemático é o da competência atribuída ao Senado Federal para suspender a lei declarada inconstitucional, incidental e subjetivamente, pelo Supremo Tribunal Federal, surgida no ordenamento brasileiro ainda no ano de 1934.¹²⁶

Por este motivo, Gilmar Mendes afirmou que “a suspensão da execução pelo Senado Federal do ato declarado inconstitucional pela Excelsa Corte foi a forma definida pelo constituinte para emprestar eficácia *erga omnes* às decisões definitivas sobre inconstitucionalidade”¹²⁷, adicionando ainda que “o Supremo Tribunal Federal parece ter admitido que o ato do Senado empresta eficácia genérica à decisão definitiva. Assim, a suspensão teria o condão de dar alcance normativo ao julgado da Excelsa Corte”.¹²⁸

Esse referencial histórico não está isolado no contexto constitucional brasileiro, pois é perceptível uma tendência para essa objetivação da tutela constitucional, sem que seja suprimida a carga subjetiva própria de um instrumento incidental como o recurso extraordinário, pois – rememorando Jorge Miranda – o critério em relação à finalidade do controle de constitucionalidade é o da predominância, não o da exclusão.

A necessidade de conhecimento de lides constitucionais incidentais e subjetivas pelo Supremo Tribunal Federal decorre da própria natureza do controle abstrato, inenfoque à análise de particularidades específicas de um caso concreto, exigindo mecanismos complementares, essenciais para a tutela dos direitos fundamentais. Esse é o campo próprio do controle difuso, não podendo passar ao lado do intérprete máximo da Constituição, o Supremo Tribunal Federal.

política, social e jurídico-institucional”. (ADI-MC 2010/DF, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, j. 30/9/1999, DJU 12/4/2002, p. 51)

¹²⁶ “Artigo 91 – Compete ao Senado Federal: IV - suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário”.

¹²⁷ MENDES, G. F. op. cit. (1990), p. 207.

¹²⁸ Ibidem, p. 208.

A possível “objetivação” deve ser entendida não como uma maneira de evitar o conhecimento de matéria constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, mas sim, como circunstancial e necessário instrumento de promoção de efeitos externos às suas decisões, em obediência à defesa dos direitos fundamentais, com o que são evitadas contradições, bem como é fortalecida a efetividade constitucional.

Daí por que justificadas as palavras de Fredie Didier Jr., no sentido de que “um dos aspectos dessa mudança é a transformação do recurso extraordinário que, embora instrumento de controle difuso de constitucionalidade das leis, tem servido, também, ao controle abstrato”.¹²⁹

Com o presente espírito, tem-se, com caráter menos nítido, essa tendência com as reformas processuais levadas a efeito pela Lei n.º 9.756, de 17.12.1998, oportunidade em que: acrescentou-se o parágrafo único ao texto do artigo 481 do Código de Processo Civil¹³⁰, permitindo que o incidente de inconstitucionalidade nos Tribunais fosse dispensado quando existente precedente do plenário do Supremo Tribunal Federal, ainda que emitido concreta e incidentalmente, o que já prevalecia em sede jurisprudencial¹³¹; alterou-se a redação do art. 557 e parágrafos, para autorizar o relator de recurso a inadmiti-lo ou provê-lo em face de jurisprudência dominante sobre o assunto ali veiculado, mesmo que a orientação tenha surgido em recurso extraordinário.¹³²

Ainda no âmbito das inovações legislativas infraconstitucionais, a Medida Provisória n.º 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, criou nova hipótese de embargo à execução fundado em sentença, quando o ato judicial for fundado em lei ou ato

¹²⁹ DIDIER JR. Fredie. op. cit., p. 105.

¹³⁰ Art. 481, parágrafo único: “Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão”.

¹³¹ “A declaração do Plenário do STF da inconstitucionalidade de norma permite que os órgãos parciais de outros tribunais acolham essa decisão na fundamentação de casos concretos ulteriores, prescindindo de submeter a questão da constitucionalidade ao seu próprio plenário. (STF – RT 746/162)” *apud* NEGRÃO Theotônio. Código de Processo Civil e legislação processual civil em vigor, 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 32.

¹³² “Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. §1.º- A. Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula, ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso”.

normativo declarado inconstitucional ou tido como incompatível com a Constituição pelo Supremo Tribunal Federal, o que torna inexigível o título executivo.¹³³

Recentemente, a Emenda Constitucional n.º 45 imprimiu nova força a essa tendência, com a exigência da repercussão geral para as questões constitucionais discutidas no âmbito do recurso extraordinário¹³⁴, e com a instituição da denominada súmula vinculante.¹³⁵

Fredie Didier enuncia ainda previsão da participação de terceiros, quando interposto recurso extraordinário perante os juizados especiais federais.¹³⁶ Acrescenta, ainda, que o Supremo Tribunal Federal, por meio de sua jurisprudência, tem também incorporado essa função objetiva do recurso extraordinário, pois vem afastando entendimentos consolidados¹³⁷, visando fazer valer a superioridade da norma constitucional e a missão de guardião do seu texto.¹³⁸

¹³³ “Art. 741, parágrafo único: Para efeito do disposto no inciso II deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação incompatíveis com a Constituição Federal”.

¹³⁴ Artigo 102, § 3.º: “No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”

¹³⁵ “Art.103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário, e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei”.

¹³⁶ Artigo 321, § 5.º do Regimento Interno do STF.

¹³⁷ “I - Recurso extraordinário e controle incidente de constitucionalidade das leis. Na instância extraordinária, é de ser recebida com temperamentos a máxima de que, no sistema de controle incidente, o juiz de qualquer grau deve declarar de ofício a inconstitucionalidade de lei aplicável ao caso: assim, quando nem a decisão objeto do recurso extraordinário, nem o recorrente hajam questionado a validade, em face da Constituição, da lei aplicada, mas se hajam limitado a discutir a sua interpretação e consequente aplicabilidade ou não ao caso concreto, a limitação do juízo do RE, de um lado, ao âmbito das questões constitucionais enfrentadas pelo acórdão recorrido e, de outro a fundamentação do recurso, impede a declaração de ofício de inconstitucionalidade da lei aplicada, jamais arguida pelas partes nem cogitada pela decisão impugnada. II – [...]”. (RE 117805/PR, 1.ª T, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 4/5/1993, DJU de 27/8/1993, p. 17022)

¹³⁸ DIDIER JR. Fredie. op. cit., p. 108-112. No âmbito do STF: “Recurso extraordinário: letra a: possibilidade de confirmação da decisão recorrida por fundamento constitucional diverso daquele em que se alicerçou o acórdão recorrido e em cuja inaplicabilidade ao caso se baseia o recurso extraordinário: manutenção, lastreada na garantia da irredutibilidade de vencimentos, da conclusão do acórdão recorrido, não obstante fundamentado este na violação do direito adquirido. II. Recurso extraordinário: letra a: alteração da tradicional orientação jurisprudencial do STF, segundo a qual só se conhece do RE, a, se for para dar-lhe provimento: distinção necessária entre o juízo de admissibilidade do RE, a - para o qual é suficiente que o recorrente alegue adequadamente a contrariedade pelo acórdão recorrido de dispositivos da Constituição nele prequestionados - e o juízo de mérito, que envolve a verificação da compatibilidade ou não entre a decisão recorrida e a Constituição, ainda que sob prisma diverso daquele em que se hajam baseado o Tribunal a quo e o recurso extraordinário. III. Irredutibilidade de vencimentos: garantia constitucional que é modalidade

Diante desse cenário, capital é o reconhecimento de que, no Brasil, o controle de constitucionalidade difuso, incidental e subjetivo possui instrumentos de arrefecimento da possível variabilidade que lhe é imputada, no que oferece resposta às justificáveis críticas formuladas por Kelsen, recomendando a sua permanência no atual modelo, como mecanismo complementar do controle de constitucionalidade abstrato.

Mesmo antes de algumas das alterações relacionadas, concluiu o Ministro Teori Albino Zavascki:

Tem-se, portanto, no Brasil, que as decisões judiciais, tomadas em casos concretos, sobre questões constitucionais, inclusive as que dizem respeito à legitimidade dos preceitos normativos, limitam sua força vinculante às partes envolvidas no litígio. A rigor, não fazem sequer coisa julgada entre

qualificada da proteção ao direito adquirido, na medida em que a sua incidência pressupõe a licitude da aquisição do direito a determinada remuneração. IV. Irredutibilidade de vencimentos: violação por lei cuja aplicação implicaria reduzir vencimentos já reajustados conforme a legislação anterior incidente na data a partir da qual se prescreveu a aplicabilidade retroativa da lei nova". (RE 298694/SP, Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 6/8/2003, DJU 23/4/2004, p. 9); CONCURSO PÚBLICO. RESSALVA. NOMEAÇÃO PARA CARGO EM COMISSÃO. DÉCIMOS DA DIFERENÇA ENTRE REMUNERAÇÃO DO CARGO DE QUE SEJA TITULAR O SERVIDOR E DO CARGO EM FUNÇÃO OCUPADO. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. A Constituição Federal prevê, em seu art. 37, II, in fine, a ressalva à possibilidade de 'nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação', como exceção à exigência de concurso público. Inconstitucional o permissivo constitucional estadual apenas na parte em que permite a incorporação 'a qualquer título' de décimos da diferença entre a remuneração do cargo de que seja titular e a do cargo ou função que venha a exercer. A generalização ofende o princípio democrático que rege o acesso aos cargos públicos. 2. Ao Supremo Tribunal Federal, como guardião maior da Constituição, incumbe declarar a inconstitucionalidade de lei, sempre que esta se verificar, ainda que ex officio, em razão do controle difuso, independente de pedido expresso da parte. 3. O Ministério Público atuou, no caso concreto. Não há vício de procedimento sustentado. 4. Embargos da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo e do Estado de São Paulo acolhidos em parte, para limitar a declaração de inconstitucionalidade dos art. 133 da Constituição e 19 do se ADCT, tão só, à expressão, 'a qualquer título', constante do primeiro dispositivo. Rejeitados, os do servidor, por não demonstrada a existência da alegada omissão e por seu manifesto propósito infringente. (RE-ED 219934/SP, Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 13/10/2004, DJU 26/11/2004, p. 6); "Recurso extraordinário: letra a: possibilidade de confirmação da decisão recorrida por fundamento constitucional diverso daquele em que se alicerçou o acórdão recorrido e em cuja inaplicabilidade ao caso se baseia o recuso extraordinário: manutenção, lastreada na garantia da irredutibilidade de vencimentos, da conclusão do acórdão recorrido, não obstante fundamentado este na violação do direito adquirido. II. Recurso extraordinário: letra a: alteração da tradicional orientação jurisprudencial do STF, segundo a qual só se conhece do RE, a, se for para dar-lhe provimento: distinção necessária entre o juízo de admissibilidade do RE, a - para o qual é suficiente que o recorrente alegue adequadamente a contrariedade pelo acórdão recorrido de dispositivos da Constituição nele prequestionados - e o juízo de mérito, que envolve a verificação da compatibilidade ou não entre a decisão recorrida e a Constituição, ainda que sob prisma diverso daquele em que se hajam baseado o Tribunal a quo e o recurso extraordinário. III. Irredutibilidade de vencimentos: garantia constitucional que é modalidade qualificada da proteção ao direito adquirido, na medida em que a sua incidência pressupõe a licitude da aquisição do direito a determinada remuneração. IV. Irredutibilidade de vencimentos: violação por lei cuja aplicação implicaria reduzir vencimentos já reajustados conforme a legislação anterior incidente na data a partir da qual se prescreveu a aplicabilidade retroativa da lei nova". (RE 298695/SP, Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 6/8/2003, DJU 24/10/2003, p. 12)

os litigantes, pois a apreciação da questão constitucional serve apenas como fundamento para o juízo de procedência ou improcedência do pedido deduzido na demanda. E a coisa julgada, sabe-se, não se estende aos fundamentos da decisão (CPC, art. 469).

Todavia, um olhar mais abrangente do sistema revela que a eficácia dessas decisões, quando proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, não é tão estrita como aparenta ser. Pelo contrário, elas produzem efeitos indiretos, cujas conseqüências aproximam o sistema brasileiro da doutrina do *stare decisis*.¹³⁹

Ao cabo deste desenvolvimento, é possível observar que as transformações experimentadas pelo recurso extraordinário¹⁴⁰, no atinente à possibilidade de gerar efeitos externos, sem evitar o conhecimento da matéria pelo Supremo Tribunal Federal, confirmam o acerto da constatação, através da realidade brasileira, de que as características dos sistemas difuso e concentrado estão em rota de aproximação.

¹³⁹ ZAVASCKI. Teori Albino. op. cit., p. 30.

¹⁴⁰ O debate sobre a viabilidade jurídica dessas transformações não é objeto de consideração no presente trabalho.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 Contextualização

Acompanhando exposição levada a efeito por Vieira de Andrade¹⁴¹, os direitos fundamentais podem ser apreendidos pelas seguintes perspectivas: jusnaturalista ou filosófica; constitucional ou estadual; internacionalista ou universalista; e constitucional positiva.

A abordagem construída pelo constitucionalista português permite descortinar a evolução histórica dos direitos fundamentais, cujos principais elementos de formação auxiliam a compreensão atual da teoria dos direitos fundamentais.

A perspectiva jusnaturalista traz consigo a idéia de Direito natural e o próprio surgimento dos direitos fundamentais, com a fase do apogeu de Roma e o período do humanismo, estabelecendo-se o pensamento de que determinados direitos decorrem da própria natureza humana, imutáveis e absolutos, sendo a sua presença condição de possibilidade de qualquer ordem jurídica. Esclarece Vieira de Andrade que esta perspectiva ainda possui interesse prático, pois apresenta dados que fundamentam os direitos fundamentais¹⁴², além de auxiliar a conceituação de dignidade da pessoa humana.

O ambiente de revoluções vivido no século XVIII, em que prevaleceu a necessidade de limitação dos poderes públicos, obrigou a positivação de direitos em documentos constitucionais, a exemplo do que se verificou nos Estados Unidos da América do Norte (1776) e na França (1789), alçando os direitos fundamentais em patamar de reconhecida relevância jurídica, em face de uma dignidade formal que lhes foi atribuída, o que fez surgir a sua perspectiva constitucional.¹⁴³

A perspectiva universalista emana do marco histórico da Segunda Guerra Mundial, depois das desastrosas experiências bélicas e totalitaristas, o que chamou a atenção da comunidade internacional para a criação de instrumentos de

¹⁴¹ VIEIRA DE ANDRADE. José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa*, 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 15-50.

¹⁴² VIEIRA DE ANDRADE. J.C. op. cit., p. 19.

¹⁴³ Ibidem, p. 20-25.

proteção global dos direitos fundamentais, em que se destaca a Declaração Universal dos Direitos do Homem, assinada em 1948. Para Bonavides, “foi tão importante para a nova universalidade dos direitos fundamentais o ano de 1948 quanto o ano de 1789 o fora para a velha universalidade de inspiração liberal”¹⁴⁴, e arremata o mestre:

A Declaração será porém um texto meramente romântico de bons propósitos e louvável retórica, se os países signatários da Carta não se aparelharem de meios e órgãos com que cumprir as regras estabelecidas naquele documento de proteção dos direitos fundamentais e sobretudo produzir uma consciência nacional de que tais direitos são invioláveis.¹⁴⁵

No continente americano, materializam expressões desta perspectiva a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) – Pacto de San José da Costa Rica.

A necessidade de tornar efetivos os preceitos originados da concepção universalista – marcada pelo ano de 1948 – criou espaço para frutificação da perspectiva constitucional positiva, pois, segundo D’Ávila Lopes, adveio “a partir da constatação da falta da eficácia das declarações e da necessidade da sua incorporação no direito positivo como meio de garantir sua proteção”.¹⁴⁶ A inserção de direitos fundamentais em um texto constitucional, concretamente definidos no espaço territorial da soberania de um Estado e com destinatários subjetivamente indicados, implica, de forma imediata, a utilização dos mecanismos de prevalência da superioridade jurídica própria do texto constitucional.

Gomes Canotilho assegura que

[...] A constitucionalização tem como consequência mais notória a proteção dos direitos fundamentais mediante o controlo jurisdicional da constitucionalidade dos actos normativos reguladores destes direitos. Por isso e para isso, os direitos fundamentais devem ser compreendidos, interpretados e aplicados, como *normas jurídicas vinculativas* e não como trechos ostentatórios ao jeito das grandes ‘declarações de direitos’.¹⁴⁷

¹⁴⁴ BONAVIDES, P. op. cit., p. 573.

¹⁴⁵ Ibidem, p. 578.

¹⁴⁶ D’ÁVILA LOPES, A. M. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2001, p. 56.

¹⁴⁷ CANOTILHO, J. J. G. op. cit. (2004), p. 378.

É certo que a proposta de um estudo centralizado em aspectos do sistema constitucional advindo com a Constituição Federal de 1988 conduz à aceitação de um natural domínio desta última perspectiva, lembrando, no entanto, a constatação de Vieira de Andrade de que esse ponto de partida não representa a consequente dispensa das outras perspectivas.¹⁴⁸

2.2 O regime dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988

Paulo Bonavides¹⁴⁹ ensina que a compreensão dos direitos fundamentais pressupõe a existência de uma concepção sobre Constituição e, por sua vez, sobre o Estado, em especial a ideologia que permeou sua estruturação e que acompanha seu funcionamento.

Lê-se no primeiro artigo da Constituição Federal de 1988, que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, o que destaca a proeminência do vetor democrático como principal referência do Estado brasileiro e do regime constitucional presentemente instituído.

O Preâmbulo¹⁵⁰ do texto, por sua vez, estampa que o Estado democrático destina-se a assegurar o exercício de direitos fundamentais, de forma que autoriza concluir que o sucesso democrático está diretamente relacionado com o grau de realização dos direitos assegurados na Constituição.¹⁵¹

Não por outro motivo, realçou Norberto Bobbio:

[...] sem direitos dos homens reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais; haverá paz estável, uma paz que não tenha a guerra como alternativa, somente quando

¹⁴⁸ VIEIRA DE ANDRADE, J. C. op. cit., p. 50.

¹⁴⁹ BONAVIDES, P. op. cit., p. 581.

¹⁵⁰ “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”.

¹⁵¹ No mesmo sentido: GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Aspectos da teoria geral dos direitos fundamentais. In: GONET BRANCO, P. G.; MENDES, G. F.; COELHO, I. M. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília jurídica, 2000, p. 104.

existirem cidadãos não mais apenas deste ou daquele Estado, mas do mundo.¹⁵²

As idéias de democracia, Constituição e direitos fundamentais implicam-se, estando indissociavelmente ligadas pela própria funcionalidade que desempenham na atual fase do constitucionalismo, pois, consoante aponta Bonavides, “não há constitucionalismo sem direitos fundamentais”.¹⁵³

O realce dos direitos fundamentais no contexto apresentado demonstra que o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais, acompanhada de uma ampla e eficaz utilização de mecanismos destinados à realização de suas disposições, com procedimentos voltados para a definição de seus conteúdos, representa o parâmetro seguro para aferição do cumprimento dos preceitos democráticos.

2.3 Delimitação conceitual e distinções

O conceito de direitos fundamentais é um problema específico do sistema constitucional em que são declarados e protegidos estes direitos, já que decorrem justamente do “enlace entre direitos e constituição”¹⁵⁴, o que afasta a uniformidade terminológica no assunto, pois condicionados ao regime jurídico que lhes é atribuído em uma ordem constitucional determinada.¹⁵⁵

Por isso, a definição de direitos fundamentais envolve toda a área normativa que os disciplina e confere seu conteúdo, o exercício da atividade da jurisdição constitucional, além do problema próprio das idéias sinteticamente aferidas da evolução histórica dos direitos fundamentais: acumulação, variedade e abertura.¹⁵⁶

¹⁵² BOBBIO, Norberto. op. cit., 1992, p. 1.

¹⁵³ BONAVIDES, P. op. cit., p. 601.

¹⁵⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional. Tomo IV. Direitos Fundamentais*, 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 51.

¹⁵⁵ Esta preocupação foi externada por Rholden Botelho de Queiroz em dissertação de mestrado defendida na Universidade Federal do Ceará a respeito da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Cf. QUEIROZ, Rholden Botelho de. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Fortaleza, 2004. 135f. Dissertação (Mestrado em Direito constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará.

¹⁵⁶ VIEIRA DE ANDRADE. J.C. op. cit., p. 68.

Mostra-se oportuna a diferenciação de outras categorias empregadas nas abordagens realizadas sobre o assunto dos direitos fundamentais, tais como: “direitos naturais”, “direitos do homem”, “direitos públicos subjetivos”, “liberdades públicas”, “direitos humanos” e, em especial, “garantias constitucionais”.

A variabilidade de termos expressa a historicidade dos direitos fundamentais, cuja sucessão de acontecimentos históricos, com as conseqüentes circunstâncias políticas, econômicas e sociais vigentes, estabelece uma inevitável influência no conteúdo das denominações ao seu tempo conferidas.

A inspiração filosófica trouxe consigo os termos “direitos naturais” e “direitos dos homens”, próprios da idéia de gênero humano, em que há verdadeira confusão entre a existência humana e o gozo dessas posições.

As expressões “direitos subjetivos públicos” e “liberdades públicas” são atinentes à fase do Estado liberal, marcada pela oposição entre o cidadão e o poder público, quando as prerrogativas do homem eram consideradas em face de uma liberalidade estatal, ou, na crítica de Jorge Miranda, “se reportam a uma visão positivista e estatista que os amarra e condiciona”.¹⁵⁷

“Os direitos humanos” estão ligados ao plano das declarações e convenções internacionais¹⁵⁸, termo reconhecido no âmbito do direito internacional, de forma que se conclui com D’Ávila Lopes:

[...] a expressão direitos humanos faz referência aos direitos do homem em nível supranacional, informando a ideologia política de cada ordenamento jurídico, significando o pré-positivo, o que está antes do Estado, ao passo que os direitos fundamentais são a positivação daqueles nos diferentes ordenamentos jurídicos, adquirindo características próprias deles.¹⁵⁹

Justificando a denominação “direitos fundamentais” epigrafada no Título II da Constituição Federal de 1988, Ingo Wolfgang Sarlet defende:

Além deste forte argumento ligado ao direito positivo, o qual por si só já bastaria para justificar a nossa posição terminológica, a moderna doutrina constitucional, ressalvadas algumas exceções, vem rechaçando progressivamente a utilização de termos como ‘liberdades públicas’, ‘liberdades fundamentais’, ‘direitos individuais’ e ‘direitos públicos

¹⁵⁷ MIRANDA, J. *Manual de direito constitucional. Tomo IV. Direitos Fundamentais*, 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 57.

¹⁵⁸ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005, p. 32.

¹⁵⁹ D’ÁVILA LOPES, A. M. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2001, p. 42.

subjetivos', 'direitos naturais', 'direitos civis', assim como as suas variações, porquanto – ao menos como termos genéricos – anacrônicos e, certa forma, divorciados do estágio atual da evolução dos direitos fundamentais no âmbito de um Estado (democrático e social) de Direito, até mesmo em nível de direito internacional, além de revelarem, com maior ou menor intensidade, uma flagrante insuficiência no que concerne à sua abrangência, visto que atrelados a categorias específicas do gênero direitos fundamentais.¹⁶⁰

O traço distintivo dos direitos fundamentais, necessário para a delimitação do seu objeto, é a sua consagração em uma ordem jurídico-constitucional determinada, que possibilita o gozo de todos os instrumentos internos de realização de suas disposições, autorizando o cumprimento das posições subjetivas e valorativas neles contidos.

O grau de importância dos direitos fundamentais no constitucionalismo contemporâneo pressupõe instrumentos de proteção destinados a afastar os perigos e ataques inerentes a uma singela inserção em textos formais, sem a certeza de sua concretização, tornando relevante o papel das garantias, paralelamente estabelecidas no mesmo ambiente constitucional dos direitos fundamentais.

A doutrina¹⁶¹ reconhece em Jorge Miranda¹⁶² a formulação atual mais precisa do assunto, pois ensina o professor da Universidade de Lisboa:

Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias e, muitas delas, adjectivas (ainda que possam ser objecto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se directa e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projectam pelo nexo que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos *declaram-se*, as garantias *estabelecem-se*.¹⁶³

Embora importantes os dados apresentados por Miranda, as diferenças tornam-se, muitas vezes, obscuras, em razão de as garantias poderem também materializar direitos ou fornecer os próprios elementos da definição constitucional do

¹⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. rev. atual. amp. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2006, p. 34-35.

¹⁶¹ BONAVIDES, P. op.cit., p. 528-529; CANOTILHO, J.J.G. op. cit. (2004), p. 397; D'ÁVILA LOPES. A. M. op. cit (2001), p. 45; LIMA, F. G. M. op. cit., p. 35-36; SARLET, I.W. op. cit. (2006), p. 208-215.

¹⁶² MIRANDA, J. *Manual de direito constitucional. Tomo IV. Direitos Fundamentais*, 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 95-99.

¹⁶³ Ibidem, p. 95.

direito a que se vincula.¹⁶⁴ Como bem anota José Afonso da Silva sobre a Constituição Federal de 1988, “ela reconhece alguns direitos garantindo-os”.¹⁶⁵

As garantias em que predomina a marca processual¹⁶⁶ – em outras palavras, aquelas que permitem o próprio acesso à defesa repressiva do direito, por meio de procedimentos e estruturas que oportunizam a realização dos direitos declarados – abrem espaço para o estudo dos mecanismos processuais, no âmbito jurisdicional, destinados à tutela subjetiva dos direitos fundamentais, com a fixação de normas de competência ou regras de atuação estatal, cuja opção constituinte também foi a consagração no patamar constitucional.¹⁶⁷

Portanto, adota-se aqui o termo “garantia” no sentido processual de “recursos jurídicos destinados a fazer efetivos os direitos que assegura”.¹⁶⁸

2.4 A abertura do catálogo dos direitos fundamentais

O timbre histórico dos direitos fundamentais, conduzindo-os a uma constante mutação e relativização frente aos acontecimentos históricos, implica uma necessária abertura para o reconhecimento de novos direitos, inclusive para a proteção daqueles direitos que já figuram no catálogo constitucional, mediante uma releitura ou adaptação diante de circunstâncias diversas daquelas vigentes quando da gestação do direito consagrado no texto.

Rememorem-se as idéias expostas por Vieira de Andrade sobre a evolução histórica dos direitos fundamentais: acumulação, variedade e abertura.¹⁶⁹

A professora da Universidade do Porto, Cristina Queiroz, sublinha que a abertura do catálogo dos direitos fundamentais compreende os seus conteúdos, funções e formas de proteção.¹⁷⁰ Referindo-se à atuação do Tribunal Constitucional

¹⁶⁴ Ibidem, p. 98.

¹⁶⁵ SILVA, J. A. Curso de Direito Constitucional. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 186.

¹⁶⁶ LIMA, F.G.M. op. cit., p. 54-60.

¹⁶⁷ Destacam-se na CF de 88, os seguintes instrumentos de proteção subjetiva: mandado de segurança (artigo 5.º, LXIX e LXX), habeas corpus (artigo 5.º, LXVIII) habeas data (artigo 5.º, LXXII), ação popular (artigo 5.º, LXXIII) ação civil pública (artigo 129, III), mandado de injunção (artigo 5.º, inciso LXXI) e, para os fins desta dissertação, o recurso extraordinário (artigo 102, III).

¹⁶⁸ SILVA, J. A. op. cit. (2005), p. 187.

¹⁶⁹ VIEIRA DE ANDRADE. J.C. op. cit., p. 68.

¹⁷⁰ QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais (Teoria geral)*. Coimbra: Coimbra editora, 2002, p. 6.

alemão, menciona a necessidade de uma proteção dinâmica dos direitos fundamentais, haja vista que não existe um *numerus clausus* dos perigos que os atingem, oportunidade em que assim se manifesta:

Os direitos fundamentais surgem no Estado constitucional como reacção às ameaças fundamentais que circundam o homem (direitos do homem) e o cidadão (direitos civis).

As funções específicas de perigo mudam historicamente, tornando-se necessário novos instrumentos de combate, que devem ser desenvolvidos, sempre de novo, em nome do homem e do cidadão. Isso significa uma abertura de conteúdos, de funções, e de formas de proteção, de modo a que todos esses direitos possam ser defendidos contra os novos perigos que possam surgir no decorrer do tempo.

Este carácter aberto do catálogo e da garantia dos direitos fundamentais, seja no seu aspecto pessoal, seja ainda no aspecto institucional ou colectivo, vem expresso numa multiplicidade de formas de protecção jurídica. Essas diferentes formas de protecção jurídica vêm exercidas pelos tribunais comuns, pelos tribunais de justiça constitucional e pelos tribunais internacionais (protecção internacional dos direitos do homem).¹⁷¹

Ressalta-se o destacado papel da jurisdição constitucional no desempenho da funcionalidade dessa abertura, pois esta atividade é titular de mecanismos voltados para debelar os perigos arrostados pelos direitos fundamentais, mediante o confronto dos dados reais postos em um caso concreto, em que se exige o desenvolvimento de perspectivas dos direitos fundamentais não-observáveis no plano abstrato. Figura como exemplo emblemático o julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal no RE n.º 248.869/SP¹⁷², cuja resolução da

¹⁷¹ QUEIROZ, C. op. cit., p. 48-49.

¹⁷² "RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AJUIZAR AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. FILIAÇÃO. DIREITO INDISPONÍVEL. INEXISTÊNCIA DE DEFENSORIA PÚBLICA NO ESTADO DE SÃO PAULO. 1. A Constituição Federal adota a família como base da sociedade a ela conferindo proteção do Estado. Assegurar à criança o direito à dignidade, ao respeito e à convivência familiar pressupõe reconhecer seu legítimo direito de saber a verdade sobre sua paternidade, decorrência lógica do direito à filiação (CF, artigos 226, §§ 3º, 4º, 5º e 7º; 227, § 6º). 2. A Carta Federal outorgou ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa dos interesses individuais indisponíveis, podendo, para tanto, exercer outras atribuições prescritas em lei, desde que compatível com sua finalidade institucional (CF, artigos 127 e 129). 3. O direito ao nome insere-se no conceito de dignidade da pessoa humana e traduz a sua identidade, a origem de sua ancestralidade, o reconhecimento da família, razão pela qual o estado de filiação é direito indisponível, em função do bem comum maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria (Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 27). 4. A Lei 8560/92 expressamente assegurou ao Parquet, desde que provocado pelo interessado e diante de evidências positivas, a possibilidade de intentar a ação de investigação de paternidade, legitimação essa decorrente da proteção constitucional conferida à família e à criança, bem como da indisponibilidade legalmente atribuída ao reconhecimento do estado de filiação. Dele decorrem direitos da personalidade e de carácter patrimonial que determinam e justificam a necessária atuação do Ministério Público para assegurar a sua efetividade, sempre em defesa da criança, na hipótese de

questão da legitimidade do Ministério Público – para determinada ação de investigação de paternidade – implicou o reconhecimento de um direito fundamental à filiação e, por consequência, um direito fundamental ao nome, ambos sem afirmação textual no corpo constitucional.

O relator do julgado, Ministro Maurício Correa, observa:

Está fora de qualquer dúvida, portanto, que o direito ao reconhecimento de paternidade tem conteúdo indisponível, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria. Há que se considerar, ainda, que a proteção à infância, que por óbvio alcança o direito à filiação, deve ser tutelado pelo Estado até porque relacionado expressamente entre os direitos sociais (CF, art. 6.º) [...] ¹⁷³

Consoante autorizada doutrina ¹⁷⁴, a história das Constituições brasileiras tem prestigiado válvulas normativas que garantem a abertura do catálogo dos direitos fundamentais. A Constituição Federal de 1988, de forte inspiração democrática, reforça o reconhecimento da natureza inclusiva do catálogo de direitos fundamentais, como expressão da mais legítima criação de condições para o exercício da cidadania, tanto que no seu artigo 5.º, parágrafo segundo, preceitua que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Segue ainda no artigo 7.º, *caput*: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social”.

Estes dispositivos apontam que o regime e os princípios decorrentes do ordenamento constitucional brasileiro representam verdadeira fonte de alimentação, compreensão e proteção dos direitos fundamentais, com o que são determinantes para a permanência da idéia de direitos fundamentais como núcleo essencial da Constituição.

Deve ser sublinhado ainda que a Emenda Constitucional nº 45/2004 trouxe, expressamente através do artigo 5.º, parágrafo terceiro, a possibilidade de

não reconhecimento voluntário da paternidade ou recusa do suposto pai. [...] Recurso extraordinário conhecido e provido”. (RE 248869/SP, 2.ª T, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 7/8/2003, DJU 12/3/2004, p. 38)

¹⁷³ Trecho do voto proferido no RE 248869/SP.

¹⁷⁴ SARLET. I. W. op. cit. (2006), p. 92-93.

incorporação - com estatutura constitucional - de tratados e convenções sobre direitos humanos, desde que observadas certas formalidades na sua forma de aprovação.¹⁷⁵

A importante alteração vem a confirmar que os direitos, no âmbito internacional, não são apenas supranacionais, mas também intranacionais, pois “tendem a penetrar em todas as esferas da ordem jurídica interna”.¹⁷⁶

Por isso, é possível informar que os direitos fundamentais fortalecem a idéia de bloco de constitucionalidade, destinada a ampliar a abrangência material da Constituição, por meio de normas não contempladas no corpo do texto constitucional.¹⁷⁷

2.5 As dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais

O entendimento comum sobre a presença de um direito subjetivo importa a idéia de gozo e fruição de um benefício ou vantagem para o seu titular. Esta assertiva está ligada à origem histórica dos direitos fundamentais, positivados como expressão da liberdade em relação ao poder público, o que revela uma concepção de exclusão e confronto.

Vieira de Andrade discorre sobre a funcionalidade desta dimensão:

[...] não haverá dúvidas de que a atribuição subjectiva de direitos fundamentais pressupõe a existência e visa a primeira linha satisfazer interesses próprios dos titulares, reconhecidos pelas normas constitucionais enquanto bens jurídicos pessoais – é esse o critério que identifica toda a matéria, ainda que esses valores possam ser simultaneamente valores comunitários.¹⁷⁸

Embora a percepção histórica tenha revelado que o modo de organização e relacionamento dos homens esteja em constante evolução, pode-se afirmar que a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais é inerente à sua essência, o que decorre da própria noção de autonomia de que, necessariamente, goza o homem, sobretudo em regimes democráticos.

¹⁷⁵ “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

¹⁷⁶ QUEIROZ, C. op. cit., p. 14.

¹⁷⁷ ADI-MC n.º 2971-1/RO, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, j. 5/5/2004, DJU 18/5/2004, p. 28.

¹⁷⁸ VIERA DE ANDRADE, J. C. op. cit., p. 119.

No entanto, a superação da idéia de Constituição como limite ao Estado, concebendo-a como ordem fundamental da sociedade, trouxe uma ampla consagração dos direitos fundamentais em textos constitucionais, em reconhecimento do papel primacial que também desenvolvem na ordem jurídica, como valores e objetivos determinantes para a realização dos mais básicos elementos de afirmação do homem. Tal realidade obrigou o Estado a alterar a sua posição no cenário político, assumindo a condição de promotor dos valores constitucionalmente abrigados, pois, na feliz expressão de Lênio Streck, a Carta Magna “constitui-ação do Estado”.¹⁷⁹

Neste contexto, os efeitos irradiantes dos direitos fundamentais impuseram finalidades comunitárias a serem cumpridas, de forma que a dimensão subjetiva não pôde mais explicar¹⁸⁰, nem oferecer a compreensão de toda a importância dos dispositivos constitucionais que os abrigam¹⁸¹, descortinando uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

A perspectiva objetiva não afasta a dimensão subjetiva, mas sim, reforça e complementa a sua juridicidade no ordenamento constitucional¹⁸², atribuindo aos direitos fundamentais uma função autônoma e enriquecedora.¹⁸³

Objetivando sintetizar os ganhos com a incorporação da dimensão objetiva, escreveu Bonavides:

Resultaram já da dimensão jurídico-objetiva inovações constitucionais de extrema importância e alcance, tais como: a) a irradiação e a propagação dos direitos fundamentais a toda a esfera do Direito Privado; em rigor a todas as províncias do Direito, sejam jusprivatistas, sejam juspublicísticas;

¹⁷⁹ STRECK, L. op. cit., 4.

¹⁸⁰ Para Daniel Sarmento: “Na verdade, o que nos parece é que a dimensão objetiva constitui corolário necessário de uma visão não individualista dos direitos fundamentais, centrada não no homem abstrato e impalpável do Estado Liberal, mas na pessoa humana concreta e situada. Tal compreensão é a mais adequada diante da realidade do mundo contemporâneo, onde não basta garantir formalmente a liberdade humana, diante da necessidade de remoção de obstáculos materiais impeditivos do seu gozo, impostos por uma sociedade desigual e opressiva”. Cf. SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: DelRey, 2003, p. 278.

¹⁸¹ VIERA DE ANDRADE, J. C. op. cit., p. 142.

¹⁸² Nesse sentido: BONAVIDES, P. op. cit., p. 588; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Aspectos da teoria geral dos direitos fundamentais. In: GONET BRANCO, P. G.; MENDES, G. F.; COELHO, I. M. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 152-155; SARLET, I. W. op. cit. (2006), p. 168; SARMENTO, D. op. cit. (2003), p. 256; VIEIRA DE ANDRADE, J. C. op., p. 142.

¹⁸³ SARLET, I. W. op. cit. (2006), p. 168.

b) elevação de tais direitos à categoria de princípios, de tal sorte que se convertem no mais importante pólo de eficácia normativa da Constituição; c) eficácia vinculante, cada vez mais enérgica e extensa, com respeito aos três Poderes, nomeadamente o Legislativo; d) a aplicabilidade direta e eficácia imediata dos direitos fundamentais, com perda do caráter de normas programáticas; e) dimensão axiológica, mediante a qual os direitos fundamentais aparecem como postulados sociais que exprimem uma determinada ordem de valores e ao mesmo passo servem de inspiração, impulso e diretriz para a legislação, a administração e a jurisdição; f) o desenvolvimento da eficácia *inter privatos*, ou seja, em relação a terceiros (*Drittwirkung*), com atuação no campo dos poderes sociais, fora, portanto, da órbita propriamente dita do Poder Público ou do Estado, dissolvendo, assim, a exclusividade do confronto subjetivo imediato entre o direito individual e a máquina estatal; confronto do qual, nessa qualificação, os direitos fundamentais se desataram; g) aquisição de um duplo caráter (*Doppelcharakter, Doppelgestalt ou Doppelqualifizierung*), ou seja, os direitos fundamentais conservam a dimensão subjetiva – da qual nunca se podem apartar, pois, se o fizessem, perderiam parte da sua essencialidade – e recebem um aditivo, uma nova qualidade, um novo feitio, que é a dimensão objetiva, dotada de conteúdo valorativo-decisório, e de função protetora tão excelentemente assinalada pelos publicistas e juízes constitucionais da Alemanha; h) a elaboração do conceito de concretização, de grau constitucional, de que se têm valido, com assiduidade, os tribunais constitucionais do Velho Mundo na sua construção jurisprudencial em matéria de direitos fundamentais; i) o emprego do princípio da proporcionalidade vinculado à hermenêutica *concretizante*, emprego não raro abusivo, de que derivam graves riscos para o equilíbrio dos Poderes, com os membros da judicatura constitucional desempenhando de fato e de maneira insólita o papel de legisladores constituintes paralelos, sem todavia possuírem, para tanto, o indeclinável título de legitimidade; e j) introdução do conceito de pré-compreensão (*Vorverständnis*), sem o qual não há concretização.¹⁸⁴

Embora extensa e oportuna a lista proposta pelo professor emérito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, observam-se ainda algumas específicas projeções da dimensão objetiva, que justificam referência destacada, precisamente: aquela referente à interpretação e aplicação das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados constantes das disposições infraconstitucionais, cujo estabelecimento da correspondente definição semântica auxilia-se nos parâmetros fixados pelos seus efeitos¹⁸⁵; o reconhecimento dos deveres fundamentais como categoria jurídico-constitucional autônoma, na qualidade de instituição essencial para a vida comunitária¹⁸⁶; e a imposição de deveres de proteção dos direitos fundamentais ao Estado, em que:

¹⁸⁴ BONAVIDES, P. op. cit., p. 588-589.

¹⁸⁵ SARMENTO, D. op. cit. (2003), p. 284-286.

¹⁸⁶ Sobre o assunto: CANOTILHO, J. J. G. op. cit. (2004), p. 531/536; NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade. Estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra: Coimbra editora, 2007; VIEIRA DE ANDRADE, J. C. op. cit., p. 159-170.

Assim, o Estado deveria fazer todas as normas necessárias (penais, administrativas, laborais, civis, processuais, etc.), organizar e realizar todas as actuações administrativas e velar pelo funcionamento adequado dos tribunais, de modo a assegurar, a todos os níveis e em todas as circunstâncias, uma protecção efectiva dos direitos fundamentais dos cidadãos.¹⁸⁷

Ilustrativamente, no âmbito legislativo do Brasil, expressando a dimensão objetiva eloquentemente, a Constituição Federal de 88 trouxe o Capítulo I, do Título II, intitulado Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, onde estão relacionados os dispositivos do artigo 5.º, enquanto, na arena jurisprudencial no Supremo Tribunal Federal, tem sido admitida a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas.¹⁸⁸

Necessário é sublinhar que os ganhos da dimensão objetiva não podem representar um aniquilamento do espaço de atuação do legislador infraconstitucional¹⁸⁹, muito menos uma opressão à autonomia individual¹⁹⁰, o que recomenda cautela, bem como o estabelecimento de cânones aplicativos, sobretudo porque várias experiências históricas totalitárias, tais como a do nazismo, utilizaram expedientes fundados na ordem pública e necessidade comunitária para a execução dos seus projetos de dominação, preocupação inquestionável em Estados de instabilidade democrática, a exemplo do que se vê no Brasil.

Confirmando estas preocupações, a doutrina¹⁹¹ tem defendido, dentre os cânones interpretativos, a prevalência da dimensão subjetiva sobre a dimensão

¹⁸⁷ VIEIRA DE ANDRADE, op. cit., p. 148.

¹⁸⁸ “CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput. I. - Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput). II. - A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846(AgRg)-PR, Célio Borja, RTJ 119/465. III. - Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. IV. - R.E. conhecido e provido”. (RE 161243/DF, 2.ª T, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 29/10/1996, DJU 19/12/1996, p. 57)

¹⁸⁹ SARMENTO, D. op. cit. (2003), p. 303-305.

¹⁹⁰ V. QUEIROZ, Cristina. op. cit., 97-98; SARMENTO, D. ibidem (2003), p. 306-307.

¹⁹¹ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 129-133; CANOTILHO, J. J. G. ob. cit. (2004), p. 1257-1258; FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos fundamentais. Limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007, p. 57-58; SARLET, I. W. op. cit. (2006), p. 180-181; SILVA, Christine Oliveira Peter da. op. cit., p. 71; VIEIRA DE ANDRADE, J. C. op. cit., p. 155.

objetiva, quando ocorrente colisão entre essas perspectivas, pois prestigia a autonomia do homem – condição da dignidade da pessoa humana – e atende à realização mais completa de suas necessidades individuais, além de compreender corretamente a dimensão objetiva como reforço na juridicidade da dimensão subjetiva.

2.6 A multifuncionalidade dos direitos fundamentais

Historicamente, percebe-se que os direitos fundamentais foram assumindo funções em razão das imposições políticas, sociais e econômicas surgidas, agregando novos elementos ao seu conteúdo e complexidade à sua estrutura.

D'Ávila Lopes bem enuncia:

A positivação dos direitos fundamentais é produto de diversas lutas e conquistas pelo reconhecimento da sua capacidade. A positivação é, pois, um longo processo, que começou há mais de um século e que ainda continua porque, enquanto existir sociedade, novas reivindicações surgirão, exigindo sua regulação jurídica, não apenas como forma de garantia, mas como forma de organização social. É, portanto, indiscutível a relação entre Direito e sociedade, assim como a relação entre o surgimento dos direitos fundamentais e a concepção que se tem do Estado. Não por acaso os direitos civis e políticos foram os primeiros a serem regulados em textos constitucionais (Estados Unidos, 1791; França, 1793). A luta pela sua vigência marca, sem dúvida, o início do desenvolvimento e prevalência da sociedade burguesa e do Estado liberal. Diferentemente, os direitos sociais, culturais e econômicos constitucionalizaram-se muito tempo depois – constituições mexicana (1917), russa (1918) e alemã (1919) -, como consequência das novas condições sociais e do surgimento do Estado social. Isso sem falar dos direitos de solidariedade, de recente aspiração e reconhecimento, os quais na maioria dos países ainda constituem apenas justas aspirações, e não direitos plenamente reconhecidos e respeitados por todos. Percebe-se como as exigências multiplicam-se à medida que as relações sociais tornam-se mais complexas [...].¹⁹²

Esta constatação impõe o reconhecimento de que os direitos fundamentais desempenham múltiplas funções, ou seja, são marcados pela multifuncionalidade, o que é confirmado pela doutrina.¹⁹³

¹⁹² LOPES, A. M. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2001, p. 61-62.

¹⁹³ No sentido da multifuncionalidade dos direitos fundamentais: cf. CANOTILHO, J. J. G. op. cit. (2004), p. 1402; GONET BRANCO, P. G. op. cit., p. 139; QUEIROZ, Cristina. op. cit., p. 67; SARLET, I. W. op. cit. (2006), p. 181/185; SILVA, Chistine O. P. op. cit., p. 67-79; VIEIRA DE ANDRADE. J. C. op. cit., p. 173.

A necessidade de realizar um amplo plexo de funções permite aos titulares dos direitos fundamentais um variado gozo de posições jurídicas, essenciais para uma construção estruturalmente adequada dos direitos fundamentais.

Em um estudo voltado para a realização dos direitos fundamentais – dimensão processual –, a sua perspectiva funcional mostra-se como o critério mais adequado a ser seguido para uma produtiva inserção da realidade constitucional no plano da eficácia, acompanhando-se o defendido por Ingo Sarlet¹⁹⁴, mesmo porque o critério funcional também contribui para a apreensão da evolução histórica dos direitos fundamentais.¹⁹⁵

2.6.1 Classificação dos direitos fundamentais

A multifuncionalidade dos direitos fundamentais tem repercussão direta no seu estudo, o que, conforme visto, representa critério apropriado para a apresentação de uma classificação, embora seja reconhecida a dificuldade de elaboração diante dessa larga variedade.¹⁹⁶

¹⁹⁴ “Todas as formulações – e nisto reside sua maior vantagem – viriam, em nosso entender, ao encontro da necessidade de se enunciar proposta de classificação afinada com as diferentes funções exercidas pelos direitos fundamentais, evitando, de tal sorte, as desvantagens das demais classificações, que, neste aspecto, acabam pecando por sua incompletude. Além disso, a classificação de acordo com o critério funcional é suficientemente abrangente e elástica para viabilizar sua adaptação às peculiaridades do direito constitucional positivo, bem como propiciar elementos seguros sobre as funções dos direitos fundamentais, com aplicação na seara hermenêutica, inclusive no que concerne ao problema da eficácia das normas definidoras dos direitos fundamentais [...]”. Cf. SARLET, I. W. op. cit. (2006), p. 190.

¹⁹⁵ Bastante difundida é a classificação geracional dos direitos fundamentais, fundada na época em que surgidos os direitos fundamentais. Os direitos de primeira geração seriam os surgidos na primeira metade do século XVIII, sob a influência do Estado liberal, e constituiriam os direitos que envolvem a proteção do cidadão em face das investidas do Estado, estruturalmente construídos para o exercício da liberdade; os de segunda geração surgiram no ambiente da concepção de Estado social, com a superação dos ideais liberais, materializando-se nos direitos sociais, culturais e econômicos, oportunidade em que afastada a posição individualista da sociedade, pois centralizados na idéia de igualdade; os direitos de terceira geração compreendem os direitos ao meio ambiente, ao desenvolvimento, à paz, de forma que a idéia que os conduz é a da fraternidade. Alguns autores, como Paulo Bonavides, defendem ainda direitos de quarta geração, originados no processo atual de globalização, garantindo aos direitos fundamentais uma nova universalidade, através dos direitos à democracia, à informação e ao pluralismo, vale dizer, são os direitos que estão voltados para o futuro da democracia. Sobre a concepção geracional dos direitos fundamentais: cf. BONAVIDES, Paulo. op. cit., p. 562-572; LOPES, A. M. D. op. cit., (2001), p. 61-65.

¹⁹⁶ Confirmando a dificuldade exposta: SILVA, Chistine O. P. op. cit., p. 86-88; SARLET, I. W. op. cit. (2006), p. 185-86.

A perspectiva não é nova, pois já enfrentada por Georg Jellinek, cuja classificação é considerada verdadeiro paradigma¹⁹⁷, daí vir constituindo pressuposto para o desenvolvimento do assunto na doutrina constitucional.¹⁹⁸

Segundo Jellinek, o Estado, mediante as relações que estabelece, qualifica o indivíduo, o que foi denominado *status*. Destas relações decorrem quatro *status*: um passivo, em que o indivíduo está subordinado aos poderes do Estado; um negativo, expressado pelo reconhecimento de uma área de autonomia em face do Estado; um positivo, em que o indivíduo utiliza o Estado para assegurar suas posições jurídicas; um ativo, voltado para a efetiva participação do indivíduo na vontade do Estado.

Extraí-se ainda das lições de Jellinek:

Nestes quatro *status* – passivo, negativo, positivo e activo – se resumem as condições em que o indivíduo pode deparar-se diante do Estado como seu membro. Prestações ao Estado, liberdade frente ao Estado, pretensões em relação ao Estado, prestações por conta do Estado, tais vêm a ser os diversos aspectos sob os quais pode considerar-se a situação de direito público do indivíduo. Estes quatro *status* forma uma linha ascendente, visto que, primeiro, o indivíduo pelo facto de ser obrigado à obediência, aparece privado de personalidade; depois, é-lhe reconhecida uma esfera independente, livre do Estado; a seguir, o próprio Estado obriga-se a prestações para com o indivíduo; e, por último, a vontade individual é chamada a participar no exercício do poder político ou vem mesmo a ser reconhecida como investida do *imperium* do Estado.¹⁹⁹

Inegável a enorme influência da classificação de Jellinek para a elaboração teórica dos direitos fundamentais²⁰⁰, pois permanece viva como ponto de partida para novos desenvolvimentos levados a efeito pela teoria constitucional.²⁰¹ Isto porque, sujeita às condicionantes das relações sociais da época em que criada, bem como fruto de uma criação sob o regime liberal²⁰², precisou ser adaptada aos novos desafios impostos pela evolução do Estado.

¹⁹⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 3. reimpressão. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 247.

¹⁹⁸ Partindo da classificação de Jellinek: ALEXY, R. op. cit. (2002), p. 247-266; FARIAS, Edmilson Pereira de. *Colisão de direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2. ed. atual. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2000, p. 101-115; GONET BRANCO, P. G., op. cit., p. 139-140; LOPES, A. M. D. op. cit. (2001), p. 38-40; MIRANDA, J. op. cit. (2000), p. 87; SILVA, Chistine O. P. op. cit., p. 67-79; SARLET, I. W. op. (2006), p. 181-185.

¹⁹⁹ *Apud* MIRANDA, Jorge. op. cit. (2000), p. 89.

²⁰⁰ LOPES, A. M. D. op. cit. (2001), p. 40.

²⁰¹ SARLET, I. W. op. cit. (2006), p. 185.

²⁰² *Ibidem*, p. 182.

Neste contexto, Ingo Sarlet²⁰³ lembra as críticas lançadas no sentido de se proceder aos seguintes ajustes: efetuação de uma releitura do *status negativus*, de forma que a liberdade dos indivíduos seja exercida na conformidade da Constituição, com o que o legislador também deve estar vinculado aos termos constitucionais, não podendo ser entendido como condição de possibilidade do exercício da liberdade; necessidade de conferir conteúdo às relações estabelecidas entre indivíduo e Estado, de forma a evitar uma concepção meramente formal, sujeita ao arbítrio; alargamento dos *status* positivo e ativo, sendo que o primeiro com a inserção de um *status* ativo social, decorrente da incorporação dos direitos sociais, econômicos e culturais, enquanto o segundo, com o aporte doutrinário de Peter Häberle, enriquecendo-se para um *status* ativo de dimensão processual, materializado por procedimentos e elementos de cunho organizatório, que não só representam instrumentos de proteção dos direitos fundamentais, mas que também deles recebem influência na própria estrutura constitutiva e na maneira de interpretação.

Diante da eleição do critério funcional dos direitos fundamentais, e a ordem constitucional estabelecida em 1988, opta-se aqui pela classificação proposta por Sarlet – com a ressalva do próprio autor no sentido de que as funções dos direitos fundamentais se manifestam por predominância e não por exclusão –, construída nos seguintes termos:

Com base em tudo o que foi exposto e afastando-se a formulação anterior sobre este tema, entendemos que uma classificação dos direitos fundamentais constitucionalmente adequada e que, por sua vez, tenha como ponto de partida as funções por eles exercidas, poderia partir, na esteira da proposta de Alexy, da distinção entre dois grandes grupos: os direitos fundamentais na condição de direitos de defesa e os direitos fundamentais como direitos a prestações (de natureza fática e jurídica). O segundo grupo (dos direitos prestacionais), dividir-se-ia igualmente em dois subgrupos, quais sejam, o dos direitos a prestações em sentido amplo (englobando, por sua vez, os direitos de proteção e os direitos à participação na organização e procedimento) e o dos direitos a prestações em sentido estrito (direitos a prestações materiais sociais), salientando que a ambos se aplica a distinção entre os assim denominados direitos derivados e os direitos originários a prestações, que ainda será objeto de nossa atenção.²⁰⁴

²⁰³ SARLET, I. W. op. cit., p.183.

²⁰⁴ Ibidem, p. 194-195.

Para o professor da PUC-RS, os direitos de defesa traduzem uma obrigação de abstenção do Estado em relação à esfera de autonomia dos indivíduos, o que não se significa uma exclusão estatal²⁰⁵, mas o gozo de posições sem a necessidade de intervenção dos poderes públicos.²⁰⁶ Os direitos fundamentais a prestações voltam-se para o fornecimento de meios materiais destinados ao alcance de bens ou vantagens por intermédio do Estado, descortinando uma realidade em que a criação de condições de vida dos indivíduos é obrigação do Estado.²⁰⁷

A subdivisão efetuada por Sarlet, no atinente aos direitos fundamentais a prestações, originou os direitos fundamentais a prestações em sentido amplo e os direitos fundamentais a prestações em sentido estrito.

Os direitos fundamentais em sentido amplo englobam os direitos à proteção, bem como aqueles de dimensão organizacional e procedimental. Os direitos à proteção materializam-se por meio de “medidas positivas com vista a garantir e proteger de forma efetiva a fruição dos direitos fundamentais”²⁰⁸, em que o Estado, em verdadeira manifestação da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, age ativamente – inclusive por condutas normativas - para tutelá-los, seja o titular da situação de perigo o Poder Público, seja o particular. Os direitos fundamentais de dimensão organizacional e procedimental, também como expressão da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, devem ser entendidos como séries de atos destinados à proteção dos direitos fundamentais, diante da constatação de que não é possível ou efetiva a realização de muitos direitos fundamentais sem uma atividade estatal de natureza procedimental ou de cunho organizatório, inclusive com a necessidade da cooperação do titular do direito que careça proteção.²⁰⁹

A classificação aqui exposta também inclui os direitos fundamentais a prestações em sentido estrito, precisamente os direitos positivos sociais, cuja finalidade é a realização dos direitos sociais, econômicos e culturais, tendo como

²⁰⁵ SARLET, I. W. op. cit., p. 196.

²⁰⁶ Importante registrar que Alexy apresenta novos elementos para a classificação dos direitos de defesa, subdividindo-os em: direitos ao não-impedimento de ações; direitos a não-afetação de propriedades e situações; e direitos a não-eliminação de posições jurídicas. Cf. ALEXY, Robert. op. cit. (2002), p. 189-194.

²⁰⁷ Ibidem, p. 215-220.

²⁰⁸ Ibidem, p. 222.

²⁰⁹ Ibidem, p. 226-228.

norte o alcance da igualdade. Embora sem exclusão de outros conteúdos, os direitos positivos sociais exigem, em regra, uma conduta prestacional, material e fática do Estado.

2.7 A estrutura principiológica dos direitos fundamentais

Uma proposta voltada para a realização dos direitos fundamentais deve enfrentar problema crucial na interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, precisamente o relativo à sua estrutura principiológica.

Conforme sublinhado por Robert Alexy²¹⁰, o reconhecimento dos direitos fundamentais como princípios é a chave para a solução dos problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais, pois, sem essa constatação, não poderia existir uma teoria adequada dos limites, da colisão e tampouco uma teoria suficiente acerca do papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico.²¹¹

Sintetizando-se o ponto de partida do pensamento de Alexy, verifica-se que os princípios consistem em mandados de otimização, pois são normas que ordenam que algo seja realizado da maneira mais completa possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Nesse sentido, são caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus, e sua medida de cumprimento está a depender das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, sendo que estas últimas são integradas pelos princípios e regras que lhes são opostos.²¹²

A concepção principiológica dos direitos fundamentais exerce papel decisivo na superação de colisões entre direitos fundamentais, haja vista que, por caracterizarem-se como mandados de otimização, seus conflitos resolvem-se por meio da dimensão do peso, em outras palavras, um princípio precede o outro, diante

²¹⁰ ALEXY, Robert. op. cit., (2002), p. 81.

²¹¹ Ibidem, p. 81.

²¹² No original: *“El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos”*. Cf. ALEXY, R. op.cit. (2002), p. 86.

de certas circunstâncias, pois possuem pesos diferentes em cada caso concreto, não levando à nulidade daquele outro que estabeleceu a relação de colisão.²¹³

Esta flexibilização evita o enfraquecimento normativo dos direitos fundamentais, pois não permite que os direitos fundamentais precedidos sejam aniquilados depois do momento de colisão, justamente porque episodicamente – e sob determinadas circunstâncias oferecidas pelo caso concreto – foram afastados através de uma atividade de ponderação.

Seguindo a teoria de Alexy, as colisões entre direitos fundamentais estabelecem uma relação de precedência condicionada, já que, tomando em conta o caso concreto, observam-se as condições sob as quais um princípio precede a outro; diante de outras condições, a questão da precedência pode ser inversamente solucionada.²¹⁴ Isto significa que a precedência de um direito fundamental sobre o outro tem repercussão direta com a específica situação percebida no momento aplicativo, em que será realizado o direito fundamental de maior peso no caso concreto.

A solução pelo critério do peso do direito fundamental se compatibiliza com a sua própria idéia de universalidade, afastando a concepção de um direito fundamental absoluto. Isto porque a presença de um direito fundamental absoluto no sistema tornaria impossível a solução de uma colisão, quando dois titulares desse mesmo direito fundamental mantivessem uma relação conflitual, simplesmente porque o que é absoluto não possui limite, donde se conclui com Alexy que “até onde chegue o princípio absoluto não pode haver direitos fundamentais”.²¹⁵

Em estudo posterior, esclareceu o mestre alemão:

A teoria dos princípios é capaz não só de estruturar racionalmente a solução de colisões de direitos fundamentais. Ela tem, ainda, uma outra qualidade que, para os problemas teórico-constitucionais a ser tomados em consideração aqui, tem grande importância. Ela possibilita um caminho intermediário entre a vinculação e flexibilidade. A teoria das regras conhece somente a alternativa: validade ou não-validade. Em uma Constituição como a brasileira, que conhece direitos fundamentais numerosos, sociais generosamente formulados, nasce sobre esse fundamento uma forte pressão de declarar todas as normas não plenamente cumpríveis, simplesmente, como não-vinculativas, portanto, como meras proposições programáticas. A teoria dos princípios pode, pelo contrário, levar a sério a Constituição sem exigir o impossível. Ela declara as normas plenamente

²¹³ Alexy, R. ob. cit., p. 89.

²¹⁴ Ibidem, p. 92.

²¹⁵ Ibidem, p. 106.

cumpríveis como princípios que, contra outros princípios, devem ser ponderados e, assim, estão sob uma 'reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo pode requerer de modo razoável da sociedade'. Com isso, a teoria dos princípios oferece não só uma solução do problema da colisão, mas também uma do problema da vinculação.²¹⁶

As idéias acima expostas, voltadas para a apresentação de especificidades qualitativas dos princípios, têm recebido a aprovação da doutrina constitucional sobre os direitos fundamentais produzida no Brasil²¹⁷, com raríssimas vozes discordantes.²¹⁸ Embora verificadas divergências quanto à possibilidade dos direitos fundamentais expressarem-se estruturalmente como princípios e regras²¹⁹, há consenso quanto à possibilidade de os direitos fundamentais se estruturarem como princípios, carecendo, portanto, de atividade ponderativa para sua aplicação, circunstância primacial para o propósito da presente dissertação, o que foi salientado por Jane Reis Gonçalves Pereira:

O modelo puro de princípios, diversamente, pressupõe que todas as normas de direito fundamental têm a estrutura de princípios. Essa tese harmoniza-se com a noção – hoje superada, mas que já foi bastante difundida no direito europeu – de que os direitos fundamentais seriam meros comandos programáticos postos à disposição do legislador. Atualmente, o entendimento dos direitos fundamentais como princípios já não implica negar que estes ostentam caráter normativo, mas está vinculado à idéia de que as normas de direito fundamental podem, em qualquer caso, ser submetidas à ponderação.²²⁰

²¹⁶ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007, p. 68-69.

²¹⁷ Dentre muitos: BARROS, Suzana de Toledo, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília jurídica, 2000, p. 155-158; FARIAS, Edmilson Pereira de. *Colisão de direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2. ed. atual. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, p. 121-126; FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos fundamentais. Limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007, p. 28-32; GUERRA FILHO, W. S. op. cit. (2003), p. 44-52; LOPES, A. M. D. op. cit. (2004) p. 93-96; MENDES, G. Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões. In: GONET BRANCO, P. G.; MENDES, G. F.; COELHO, I. M. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília jurídica, 2000, p. 226; SILVA, Chistine O. P. op. cit., p. 65; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 121-127; SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 1. ed. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2002, p. 44-49; SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 3. ed. rev. atual. e amp. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004, p. 66-75; TAVARES, André Ramos. Elementos para uma teoria geral dos princípios. In: LEITE, George Salomão (org.). *Dos princípios constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 44-48. Na doutrina portuguesa v. CANOTILHO, J. J. G. op. cit. (2004), p. 1255.

²¹⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2006; SCHÄEFER, Jairo. *Classificação dos direitos fundamentais. Do sistema geracional ao sistema unitário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. Para estes autores o emprego da ponderação não é privativo do modelo de princípios, sendo cabível também nos conflitos entre regras.

²¹⁹ Para alguns autores, os direitos fundamentais possuem estrutura exclusiva de princípios: cf. GUERRA FILHO, W. S. op. cit. (2003), p. 44-45; LOPES, A. M. D. op. cit. (2001) p. 37.

²²⁰ PEREIRA, J. R. G. op. cit., 124.

O Supremo Tribunal Federal também endossa a estrutura principiológica dos direitos fundamentais, assim como emprega a ponderação como mecanismo de solução do impasse:

[...] A superação dos antagonismos existentes entre princípios constitucionais há de resultar da utilização, pelo Supremo Tribunal Federal, de critérios que lhe permitam ponderar e avaliar, *hic et nunc*, em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito ocorrente, desde que, no entanto, a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. (Excerto do Voto do Ministro Celso de Mello no MS 24369/DF, Pleno, j. 10/10/2002, DJU 16/10/2002, p. 24, *Informativo STF n. 286*)

A admissão da estrutura principiológica dos direitos fundamentais associa-se ao assunto dos seus limites, já que os princípios supõem restrições, justamente porque não são comandos definitivos, cuja posterior definição é obtida conforme as possibilidades fáticas e jurídicas detectadas no caso concreto.

2.8 Os limites dos direitos fundamentais

A realização dos direitos fundamentais supõe o conhecimento do seu conteúdo, sobretudo diante de um sistema constitucional como o brasileiro, em que desfrutam de um elevado prestígio normativo, envolvendo sérios mecanismos de ordem institucional, a exemplo do que se vê nos exemplos do artigo 5.º, parágrafo segundo²²¹, artigo 34, VII, letra “b”²²² e artigo 60, parágrafo quarto, IV²²³, todos da Constituição Federal.

Na atividade de definição do conteúdo dos direitos fundamentais, por óbvio, figuram os seus limites, o que impõe o seu estudo como chamou a atenção Gilmar Mendes:

Se se pretende atribuir aos direitos individuais eficácia superior à das normas meramente programáticas, então deve-se identificar precisamente

²²¹ “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

²²² “A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: VII – assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: b) direitos da pessoa humana”.

²²³ “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV – os direitos e garantias fundamentais”.

os contornos e limites de cada direito, isto é, a exata definição do seu âmbito de proteção. Tal colocação já é suficiente para realçar o papel especial conferido ao legislador tanto na concretização de determinados direitos, quanto no estabelecimento de eventuais limitações ou restrições. Evidentemente, não só o legislador, mas também os demais órgãos estatais com poderes normativos, judiciais ou administrativos cumprem uma importante tarefa na realização dos direitos fundamentais.²²⁴

De outro lado, acrescenta-se que os direitos fundamentais, embora ostentem áreas de incidência definidas no plano legislativo, entram em colisão no momento da sua aplicação, pois são universalmente reconhecidos e dispostos por meio de textos, em geral, de acentuada carga genérica e abstrata.

Não por outro motivo, esclarece Jane Reis Gonçalves Pereira:

Em primeiro lugar, a universalidade dos direitos torna imperativa sua limitação. Sendo os direitos fundamentais atribuídos a todas as pessoas, não há como conceber sua fruição permanente e simultânea sem que haja uma disciplina ordenadora a viabilizar que estes coexistam. Só é possível tornar efetiva a titularidade universal dos direitos à medida que sejam harmonizados, o que implica logicamente a imposição de limites. Em segundo lugar, os direitos fundamentais são constitucionalizados como um conjunto, e não isoladamente. Nessa perspectiva, o reconhecimento dos direitos traz ínsita a noção de que estes estão inseridos um ordenamento complexo e plural, de modo que a determinação de sua esfera de incidência impõe que sejam coordenados com outros direitos e bens protegidos pela Constituição.²²⁵

Apesar deste evidente conjunto de fatores, a Constituição Federal de 1988 não trouxe qualquer regra genérica sobre o assunto, referente aos limites dos direitos fundamentais²²⁶, de forma que é necessário o estudo de certas categorias, como o princípio da ponderação, o princípio da proporcionalidade e o princípio do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, justamente porque férteis no fornecimento de elementos destinados à fixação de parâmetros para o intérprete no estabelecimento destes limites.

²²⁴ MENDES, Gilmar. Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 198.

²²⁵ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 133.

²²⁶ Expõe Sarlet: "Importante lacuna deixada pelo Constituinte diz com a ausência de previsão de normas genéricas expressas sobre as restrições aos direitos fundamentais, o que, na verdade, não encontra maior justificativa, já que não faltaram exemplos concretos e de ampla aceitação no direito comparado. Aqui, cabe lembrar, pela sua importância, as Constituições alemã (1949), portuguesa (1976) e espanhola (1978). A proteção do núcleo essencial (Wesensgehalt) dos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade, a reserva legislativa (restrições somente mediante leis no sentido formal) teriam sido categorias que, uma vez tendo recebido roupagem nacional, se revelariam extremamente benéficas, servindo como elementos para um tratamento científico e uniforme da matéria". Cf. SARLET, I. W. op. cit. (2006), p. 82.

2.8.1 O âmbito de proteção da norma e a definição do conteúdo dos direitos fundamentais

Qualquer tentativa de análise do conteúdo de um direito fundamental leva, em primeiro momento, à leitura do texto que o alberga, em ordem a extrair os corolários jurídicos dessa previsão semântica.

Por esses motivos, Gomes Canotilho²²⁷ e Gilmar Mendes²²⁸ asseguram que o estudo dos limites dos direitos fundamentais passa por essa inegável realidade, cujo conceito é verificado em Jane Reis:

[...] O âmbito de proteção compreende a parcela da realidade correlativa aos bens tutelados pelos direitos fundamentais, ou, em outras palavras, é o conjunto de condutas, estados de coisas e posições jurídicas que, por serem necessárias para tutela dos bens jurídicos inerentes aos direitos fundamentais, não de ser cobertas pelos efeitos da norma jurídica que o consagra.²²⁹

No entanto, essa simples leitura não apresenta uma área definitiva de proteção do direito fundamental, já que o constituinte, além de poder veicular limites no próprio texto da Constituição, muitas vezes autoriza limitações por meio da atividade do legislador infraconstitucional, o que remete a uma segunda fase na definição do conteúdo do direito fundamental.

Não se pode esquecer, ainda, que o conteúdo do direito fundamental pertence a um sistema constitucional posto, em que a percepção sistemática de todas as normas espreiadas no corpo do texto configura fator de delimitação do seu conteúdo, sobretudo quando admitida a perspectiva principiológica dos direitos fundamentais.

Mostra-se artificial a tentativa de negar essa segunda fase, confundindo-se concretização e limitação dos direitos fundamentais, bem como reduzindo o problema da definição do conteúdo dos direitos fundamentais a um problema de adequação dos fatos ocorridos à previsão legislativa, conforme advogado pela chamada teoria interna dos limites aos direitos fundamentais.²³⁰

²²⁷ CANOTILHO, J. J. G. op. cit. (2004), p. 1275.

²²⁸ MENDES, G. op. cit. (2000), p. 210.

²²⁹ PEREIRA, J. R. G. op. cit., p. 195.

²³⁰ Sobre a teoria interna dos limites aos direitos fundamentais: cf. PEREIRA, J. R. G. op. cit., p. 140-146.

Em verdade, não é possível cambiar os conceitos de concretização e limitação dos direitos fundamentais, pois muitos direitos fundamentais dependem, para uma efetiva e concreta determinação do seu conteúdo, do relevante papel desempenhado pelo legislador infraconstitucional, segundo se vê no eloqüente exemplo do direito de propriedade²³¹, assim como nos direitos fundamentais de dimensão processual e organizatória.²³² Estes casos evidenciam que, ao legislador, na condição de titular de um dos Poderes da República e submetido ao regime constitucional, também compete o dever de proteção dos direitos fundamentais, o que é confirmado por Reis:

Essa distinção encontra-se estreitamente ligada à idéia, já referida, de que o legislador está duplamente vinculados aos direitos fundamentais: de um lado deve respeitá-los, abstendo-se de promover constrições indevidas; de outro, deve promovê-los, reforçando sua proteção. Nesse prisma, lei e direitos fundamentais são mutuamente vinculantes e vinculados.²³³

A previsão do mandado de injunção, no artigo 5.º, LXXI, da Constituição Federal²³⁴, atesta – de maneira expressa no texto constitucional – a existência de uma atividade legislativa concretizadora dos direitos fundamentais.

De outro lado, a vigência de um Estado Democrático de Direito, ambiente propício para a manifestação de diferenças e consagração de distintos valores, aliada a um extenso catálogo de direitos, supõe, necessariamente a idéia de limite. Isto é comprovado pelo reconhecimento do próprio legislador constituinte da obrigatoriedade de fixação, ainda que abstrata e antecipadamente, de limites aos

²³¹ MENDES, G. op. cit. (2000), p. 217-223. Também sobre os direitos com âmbito de proteção marcadamente normativo: PEREIRA, J. R. G. op. cit., p. 196-198.

²³² “Ainda no que concerne à dimensão organizatória e procedimental dos direitos fundamentais, há que fazer menção ao fato de que é na esfera infraconstitucional que esta passa a assumir talvez sua maior relevância. Neste contexto, remetemos o leitor para a obra de Gomes Canotilho, que apresenta uma sinopse das diversas facetas que assume a problemática da interação entre direitos fundamentais, organização e procedimento, que, segundo deflui da exposição do renomado publicista, acaba, em última análise, por desembocar na mediação do legislador, que é quem vai, em última análise e na maior parte das vezes, criar as estruturas organizacionais e estabelecer os procedimentos reclamados de forma direta ou indireta pelos direitos fundamentais”. Cf. SARLET, I. op. cit. (2006), p. 228.

²³³ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. op. cit., p. 195.

²³⁴ “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

direitos fundamentais, haja vista os inúmeros exemplos dispostos ao longo do texto constitucional de 1988.²³⁵

Da mesma forma, o texto constitucional transfere para o legislador infraconstitucional a possibilidade de limitação dos direitos fundamentais²³⁶, mesmo porque o constituinte, em regra, serve-se de termos com acentuada carga de indeterminação, o que se adequa à conveniência de uma atividade legislativa sem uma proposta de permanência e dotada de barreiras destinadas a dificultar alterações, como a envolvida na formação constituinte.

Sublinhe-se que a restrição efetuada pelo legislador infraconstitucional não comporta casuísmos e discriminações, pois vincula-se determinantemente pelo direito fundamental da isonomia (artigo 5º, *caput* da Constituição Federal), segundo a advertência de Gilmar Mendes:

Outra limitação implícita que há de ser observada diz respeito à proibição de leis restritivas de conteúdo casuístico ou discriminatório. Em outros termos, as restrições aos direitos individuais devem ser estabelecidas por leis que atendam aos requisitos da generalidade e da abstração, evitando, assim, tanto a violação do princípio da igualdade material, quanto à possibilidade de que, através de leis individuais e concretas, o legislador acabe por editar autênticos atos administrativos.²³⁷

A propósito, a obrigatoriedade da restrição legislativa operar no plano geral e abstrato, ainda que consentânea com a Constituição, abre espaço também para a análise de restrições concretas, decorrentes da aplicação determinada

²³⁵ Vê-se no artigo 5.º da Constituição Federal, dentre outros: “XI – a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou durante o dia, por determinação judicial”; “XVI – todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente”; “XIX – as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado”; “XLVII – não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX”.

²³⁶ Também no artigo 5.º da Constituição Federal, entre vários: “XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”; “XXIV – a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição”; “XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”; “LVIII – o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei”; “LXI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime militar propriamente militar, definidos em lei”.

²³⁷ MENDES, G. op. cit. (2000), p. 276.

subjetivamente pela norma constitucional em um caso específico²³⁸, uma vez que a “fórmula legislativa não contém uma valoração definitiva de todos os aspectos e circunstâncias que compõem cada caso ou hipótese de aplicação”.²³⁹

Conforme já ressaltado, os direitos fundamentais, embora ostentem áreas de incidência definidas no plano legislativo, entram em colisão no momento aplicativo, pois são universalmente reconhecidos.

Não se pode ignorar, ainda, que os bens coletivos, tais como a segurança pública, a saúde pública e o meio ambiente, assumem a estrutura de princípios, aproximando-se da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, o que amplia o espaço das colisões dos direitos fundamentais, tão bem observado por Alexy:

O conceito de colisão de direitos fundamentais pode ser formulado estreita e amplamente. Se ele é formulado estreitamente, então são exclusivamente colisões, nas quais somente direitos fundamentais tomam parte. Pode falar-se, aqui, de colisões de direitos fundamentais em sentido estrito. Em uma formulação ampla são, pelo contrário, também colisões de direitos fundamentais com algumas normas ou princípios, que têm como objeto bens coletivos, colisões de direitos fundamentais. Isso é o conceito de colisão de direitos fundamentais em sentido amplo. Ambos os tipos de colisão são temas centrais na dogmática dos direitos fundamentais. Sua análise leva a quase todos os problemas dessa disciplina [...].²⁴⁰

A exposição mostrou que as restrições dos direitos fundamentais são produzidas não apenas pelo legislador, mas também pelo Judiciário, no exercício da

²³⁸ [...] CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE - PROCESSO DE CARÁTER OBJETIVO - IMPOSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO DE SITUAÇÕES INDIVIDUAIS E CONCRETAS. - O controle normativo de constitucionalidade qualifica-se como típico processo de caráter objetivo, vocacionado exclusivamente à defesa, em tese, da harmonia do sistema constitucional. A instauração desse processo objetivo tem por função instrumental viabilizar o julgamento da validade abstrata do ato estatal em face da Constituição da República. O exame de relações jurídicas concretas e individuais constitui matéria juridicamente estranha ao domínio do processo de controle concentrado de constitucionalidade. A tutela jurisdicional de situações individuais, uma vez suscitada a controvérsia de índole constitucional, há de ser obtida na via do controle difuso de constitucionalidade, que, supondo a existência de um caso concreto, revela-se acessível a qualquer pessoa que disponha de interesse e legitimidade (CPC, art. 3º). [...] (ADI-MC 1434/SP, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, j. 20/8/1996, DJU de 22/11/1996, p. 456840)

²³⁹ MENDES, G. ob. cit. (2000), p. 272.

²⁴⁰ ALEXY, R. op. cit. (2007), p. 56-57. Adotando a diferença entre colisões de direitos fundamentais em sentido estrito e em sentido amplo: FARIAS, E. P. op. cit., 116-126; MENDES, G. op. cit. (2000), p. 281; PEREIRA, J. R. G. op. cit., p. 229-234. Gomes Canotilho efetua a mesma separação, no entanto, elege a denominação de “colisões próprias e impróprias”. Cf. CANOTILHO, J.J.G. op. cit. (2004), p. 1270-1273.

atividade interpretativa, o que está sendo confirmado pela atuação do Supremo Tribunal Federal.²⁴¹

2.9 A jurisdição constitucional dos direitos fundamentais

2.9.1 Aspecto terminológico

Com raras exceções²⁴², pouco tem sido escrito sobre a teoria da jurisdição constitucional das liberdades. Segundo Baracho, “a teoria geral das liberdades vem se aprimorando a partir do trabalho clássico de Mauro Cappelletti *La Giurisdizione costituzionale delle libertà*”.²⁴³

É corrente que o termo “liberdades públicas” esteja vinculado indissociavelmente à época histórica em que surgiu²⁴⁴, carecendo de significado adequado para traduzir o real sentido proposto pela atual doutrina dos direitos fundamentais, o que foi sublinhado por José Afonso da Silva:

Liberdades fundamentais e liberdades públicas são também expressões usadas para exprimir direitos fundamentais. São conceitos limitados e insuficientes. A primeira é ainda mais restrita, referindo-se a apenas a

²⁴¹ A Corte Suprema, diante da ponderação com outros valores, admitiu restrição por autoridade administrativa do direito à inviolabilidade do sigilo de correspondência (artigo 5, XII da CF): “[...] - A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84, proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas. - O reexame da prova produzida no processo penal condenatório não tem lugar na ação sumaríssima de habeas corpus”. (HC 70814/SP, 1.^a T, Rel. Min. Celso de Mello, j. 1/3/1994, DJU 24/6/1994, p. 16649). Em outro julgado o Supremo restringiu o direito fundamental à cultura, por meio de interpretação sistemática com outro dispositivo constitucional: “COSTUME - MANIFESTAÇÃO CULTURAL - ESTÍMULO - RAZOABILIDADE - PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA - ANIMAIS - CRUELDADE. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância da norma do inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal, no que veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Procedimento discrepante da norma constitucional denominado ‘farra do boi’ ”. (RE 153531/SC, 2. T^a, Rel. Min. Francisco Rezek, j. 3/6/1997, DJU 13/3/1998, p. 13)

²⁴² BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional. Aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 251-276. O mesmo trabalho foi também publicado em obra coletiva: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: DelRey, 2003, p. 1-44. V. também no clássico trabalho: *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 111-116.

²⁴³ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. op. cit. (2006), p. 257.

²⁴⁴ BARACHO, J.A.O. op. cit. (2006), p. 177-178.

algumas liberdades. A última é empregada pela doutrina francesa, onde não faltam esforços para dar-lhe significação ampla abrangente dos direitos fundamentais em geral, especialmente jogando com os conceitos liberdade-autonomia (igual aos direitos individuais clássicos) e liberdade-participação (também chama liberdades políticas, que correspondem ao gozo livre dos direitos políticos). Consideradas na doutrina francesa como direitos do homem despidos de sua concepção jusnaturalista pela positivação estatal, as liberdades públicas não têm o mesmo conteúdo deles, como observa Rivero, não se incluindo no seu conceito os direitos econômicos e sociais. É um conceito ainda pobre de conteúdo, muito ligado à concepção dos direitos públicos subjetivos e dos direitos individuais na sua formulação tradicional individualista.²⁴⁵

Referindo-se ao termo “liberdades públicas”, anota Dalmo de Abreu Dallari que constitui afirmação de direitos por via indireta, por considerar uma esfera de autonomia frente ao Estado, devendo ser reconhecidos novos direitos que exijam a participação ativa do Estado, pois, invocando Jean Rivero, lembra que as liberdades públicas são direitos do homem, mas nem todos os direitos do homem são liberdades públicas.²⁴⁶ D’Ávila Lopes, por sua vez, ressalta que as “liberdades públicas estão ligadas ao *status negativus* visando defender a esfera particular dos cidadãos perante qualquer interferência do Estado”²⁴⁷, enquanto Jorge Miranda assegura que “o tema dos direitos do homem cessou de ser, no nosso tempo, uma exclusiva aspiração liberal”.²⁴⁸

Ciente desse déficit semântico, o professor Baracho adverte que “a evolução da teoria dos direitos fundamentais é essencial para a efetivação da jurisdição constitucional das liberdades, conforme rica doutrina e jurisprudência constitucional sobre a matéria”²⁴⁹, daí por que conceitua:

A jurisdição constitucional da liberdade é a atividade jurisdicional destinada à tutela das normas constitucionais que consagram os direitos fundamentais da pessoa humana. Seu exercício ocorre por meio de um conjunto de instrumentos jurídico-processuais destinados a levar à apreciação dos tribunais questões que suscitem a infringência dos direitos humanos fundamentais.²⁵⁰

²⁴⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 177-178.

²⁴⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. Estado de Direito e direitos fundamentais. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; CRUZ, D. R. (orgs). *Estado de Direito e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 177.

²⁴⁷ LOPES, A.M.D. op. cit. (2001), p. 44-45.

²⁴⁸ MIRANDA, J. op. cit., (2000), p. 25.

²⁴⁹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional. Aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 274.

²⁵⁰ BARACHO, J. A. O. op. cit. (2006), p. 269.

O necessário emprego do conceito de direitos fundamentais para definição do objeto dessa perspectiva da jurisdição constitucional resulta de um apurado desenvolvimento histórico, que culminou pela adequação dessa expressão²⁵¹, em atendimento à pureza dos conceitos que, efetivamente, refletissem com a maior fidelidade possível a atual fase do constitucionalismo e uma conseqüente teoria dos direitos fundamentais, pois o termo “liberdades públicas” empobrece o seu conteúdo, mutila várias de suas funções, e ignora a variedade das posições jurídicas que deles resultam.

Oportuna é a superação do emprego da expressão “jurisdição constitucional da liberdade”, denominação aprisionada à época em que surgida, adotando-se, a partir deste momento, o termo “jurisdição constitucional dos direitos fundamentais”, como o âmbito da jurisdição constitucional voltado para a tutela imediata dos direitos fundamentais.

2.9.2 Objeto e justificativa

O Direito processual constitucional não está confinado ao controle concentrado e abstrato de constitucionalidade das leis, pois envolve a dinâmica jurídica da Constituição, cuja realidade é mais ampla do que a restrita contenção abstrata de atos normativos.

A partida da análise origina-se da forma como se relacionam a jurisdição constitucional e a Constituição, o que servirá de norte a ser seguido por esta atividade jurisdicional voltada para a proteção dos direitos fundamentais.

É nesse contexto que se mostra oportuna a lembrança, realizada por Lênio Luiz Streck, da assertiva de Werner Kagi: “Diz-me a tua posição quanto à jurisdição constitucional e eu te direi que conceito tens da constituição”.²⁵²

A evolução histórica, sobretudo depois da Segunda Guerra Mundial, impôs, como conteúdo obrigatório dos textos básicos dos países integrantes da

²⁵¹ V. item 2.3

²⁵² Tradução livre de Lênio Streck. Cf. STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 13. A mesma frase é encontrada em: CANOTILHO, J.J. GOMES. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 892.

Organização das Nações Unidas, a criação de mecanismos internos de promoção dos direitos humanos.²⁵³

Em relação à Constituição brasileira de 1988, é taxativo Guerra Filho:

Para captar o sentido de qualquer disposição do texto constitucional, deve-se, portanto, ter em mente toda essa série de direitos fundamentais que, acima de tudo, se pretende sejam preservados no âmbito do Estado brasileiro, com base nos princípios e objetivos fundamentais declarados no Título I da CR.²⁵⁴

Já se tornaram clássicas – e talvez repetitivas – as afirmações de Norberto Bobbio de que:

Do ponto de vista teórico, sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos – que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.²⁵⁵

E de Hanna Arendt “os direitos humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana em constante processo de construção e reconstrução”.²⁵⁶

Estas expressivas posições de pensadores, com reconhecido valor no âmbito das Ciências Sociais, ressaltam, indubitavelmente, como o Direito processual constitucional tem papel decisivo na concretização dos direitos fundamentais, ao menos no que se refere à participação do Poder Judiciário na consolidação da democracia, dentro da seguinte conjuntura exposta por Mário Lúcio Quintão Soares:

O desenvolvimento do sistema de direitos fundamentais no Estado democrático de direito e sua efetividade exigem se recorra aos princípios da proteção jurídica, da defesa dos direitos e abertura da via judiciária (como imposição constitucional do legislador), à garantia de proteção jurídica (possibilitando a defesa de direitos), à garantia de processo judicial,

²⁵³ Lê-se do preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948): “A presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, como objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforcem, através do ensino e da educação, em promover o respeito a esses direitos e liberdades e, pela **adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, em assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos**, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros quanto entre os povos dos territórios sob a sua jurisdição”. [grifo nosso]

²⁵⁴ GUERRA FILHO, Willis. op. cit. (2003), p. 30.

²⁵⁵ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 5.

²⁵⁶ ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. 6. reimp. São Paulo: Companhia das letras, 2006.

à criação de direito subjetivo público em círculo de situações juridicamente protegidas, às garantias de justiça e aos direitos processuais fundamentais, e, finalmente, ao princípio da constitucionalidade. Esse sistema de direitos fundamentais, dotado de princípios norteadores e assecuratórios, propicia a concretização da cidadania plena e coletiva, consubstanciando a legitimidade do Estado democrático de direito.²⁵⁷

A dimensão processual dos direitos fundamentais é condição de possibilidade de realização destas conquistas históricas, sobretudo quando o advento de uma nova Constituição, a exemplo da promulgada no Brasil em 1988, representa uma ruptura na realidade institucional do país, com o sepultamento de um regime constitucional autoritário e incipiente.

A Constituição tem no Judiciário, por meio de regras e princípios processuais, um dos principais ambientes de aplicação, vivificação e desenvolvimento de seu conteúdo, estabelecendo instrumentos de expulsão e superação dos perigos aos direitos fundamentais arrostados no caminho institucional de um país.²⁵⁸

Por isso, acompanha-se Baracho nos seguintes termos:

A efetivação dos direitos humanos dependem de estrutura capaz de torná-los, realmente, utilizáveis e exequíveis, todas as vezes em que ocorrer a necessidade de sua reparação. Os mecanismos processuais são básicos nas oportunidades em que se pretende concretizar todas as fórmulas adequadas à preservação dos direitos humanos.²⁵⁹

A maciça presença dos direitos fundamentais no catálogo do art. 5.º da Constituição Federal, combinada com um específico regime de proposta aberta²⁶⁰ e

²⁵⁷ SOARES, Mário Lúcio Quintão. Processo Constitucional, democracia e direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: DelRey, 2003, p. 419.

²⁵⁸ "O contencioso constitucional dos direitos fundamentais, através dos princípios do processo constitucional, tem ampliado os direitos fundamentais protegíveis pelos remédios constitucionais, objetivando solidificar os conceitos e as práticas da vida, da liberdade, da igualdade e da não discriminação das pessoas, bem como a proteção da honra, da intimidade, da privacidade e da própria imagem". Cf. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional. Aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 55.

²⁵⁹ BARACHO, J.A.O. op. cit. (1984), p. 184.

²⁶⁰ Art. 5.º §§ 3º. e 4º, respectivamente: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou de tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". "Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais".

primazia na sua eficácia²⁶¹, repele a exclusividade do controle de constitucionalidade concentrado e abstrato como único mecanismo de realização das normas constitucionais, o que se verifica pelas palavras de Gomes Canotilho, quando menciona a acentuada carga de eficácia dos direitos fundamentais:

[...] os direitos, liberdades e garantias são regras e princípios jurídicos, imediatamente eficazes e actuais, por via directa da Constituição e não através da *auctoritas interpositio* do legislador. Não são simples *norma normarum* mas *norma normata*, isto é, não são meras normas para a produção de outras normas, mas sim normas directamente reguladoras de relações jurídico-materiais.²⁶²

Oportuna ainda a censura de Gomes Canotilho no sentido de não ser possível confundir garantia da Constituição com garantias constitucionais. Isto porque a garantia da Constituição é voltada para a utilização de meios e institutos destinados à preservação do próprio texto objetivo, enquanto as garantias constitucionais têm um alcance substancialmente subjetivo, franqueando os cidadãos ao emprego de mecanismos de proteção de direitos fundamentais, estruturados constitucionalmente para essa premente função.²⁶³

O fornecimento de conteúdo adequado e efetivo para o Direito processual constitucional, por meio da jurisdição constitucional dos direitos fundamentais, tem papel determinante no fortalecimento da Constituição.

A ampliação da leitura do papel da Constituição em um sistema como o brasileiro, com fortes demonstrações de hipertrofia das atividades do Poder Executivo, centralizada na multifuncionalidade dos direitos fundamentais, demonstra que, sem ignorar essa realidade, a atividade legislativa não monopoliza os ataques aos direitos fundamentais, mas apenas contribui para um ambiente constitucional carente de instrumentos e posturas interpretativas que possam, efetiva e imediatamente, protegê-los.

²⁶¹ Art. 5.º, §2.º: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

²⁶² CANOTILHO, J. J. G. op. cit. (2004), p. 438.

²⁶³ Ibidem, p. 887-888. Lembra Ivo Dantas a classificação realizada por Ruy Barbosa: “Em seguida Ruy conceitua as garantias constitucionais em dois sentidos – lato e estrito. No primeiro, vêm a ser acima de tudo as providências que, na Constituição, se destinam a manter os poderes no jogo harmônico das suas funções, no exercício contrabalançado e simultâneo das suas prerrogativas. Dizemos então garantias constitucionais no sentido em que os ingleses falam nos freios e contrapesos da Constituição. Já em sentido estrito, se chamam, primeiramente, as defesas postas pela Constituição aos direitos especiais do indivíduo. Consistem elas no sistema de proteção organizada pelos autores de nossa lei fundamental em segurança da pessoa humana, da vida humana, da liberdade humana”. Cf. DANTAS, I. op. cit., p. 93.

Mesmo evidentes outros pontos de debilidade institucional em países como o Brasil, a singela lembrança dos direitos sociais (ou de segunda geração) que, em regra, estão a depender de prestações materiais da Administração Pública²⁶⁴, faz ver que o controle concentrado e abstrato das leis não encerra abrangência suficiente para tutelar os direitos fundamentais de todos os perigos crescentes em nossa época, devendo ser utilizados conjuntamente com mecanismos enérgicos e de conotação subjetiva e repressiva, em ordem a permitir a realização dos conteúdos normativos conferidos aos direitos fundamentais pela Constituição.

Os efeitos práticos do que se está a defender são inumeráveis e verificados no curso da exposição da matéria relativa ao recurso extraordinário, o que não evita, desde logo, que se lembrem lamentáveis experiências institucionais brasileiras, como o aniquilamento do mandado de injunção promovido pelo Supremo

²⁶⁴ Ilustrativo o seguinte julgado do STF: “RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das ‘crianças de zero a seis anos de idade’ (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuam, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à ‘reserva do possível’. Doutrina”. (RE-AgR 410715, 2.ªT, Rel. Min. Celso de Mello, j. 22/11/2005, DJU 3/2/2006, p. 76)

Tribunal Federal²⁶⁵, transformando um virtuoso mecanismo subjetivo de tutela de direitos fundamentais em insípido instrumento de proteção da ordem constitucional objetiva.²⁶⁶

²⁶⁵ Reiteradamente o Supremo Tribunal Federal, contrariando toda a doutrina e em flagrante interpretação contrária aos preceitos constitucionais, minimizou os efeitos do mandado de injunção, restringindo-os à singela comunicação formal ao Poder Legislativo. V. na jurisprudência, dentre outros: MI n.º 475-MT, MI n.º 584-SP e MI n.º 438-GO. Recentemente, conforme noticiado pelo Informativo do STF n. 462, no MI n. 670-ES, aquela corte inicia tendência no sentido de alterar o seu posicionamento.

²⁶⁶ Criticamente na doutrina, dentre muitos: PIOVESAN. Flávia. *Proteção constitucional contra omissões legislativas. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2. ed., rev. atual. e amp. São Paulo: RT, 2003, p. 134-182; SILVA. José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 560-561.

3 O RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Citado por Lúcio Bittencourt, e referindo-se a Suprema Corte Americana, Castro Nunes afirmou que este Tribunal materializava o “estuário em que têm de desemborcar todas controvérsias constitucionais ajuizadas no país”.²⁶⁷

Essa idéia mantém estreitos laços com os Estados que adotam a forma federativa, a exemplo do Brasil, pelas naturais necessidades de uniformização decorrentes de decisões emitidas pelos órgãos do Poder Judiciário de cada unidade política que compõe a Federação.

No Brasil, a par das competências que lhe são originariamente conferidas²⁶⁸, o Supremo Tribunal Federal, na condição de tribunal que figura no ápice da estrutura do Poder Judiciário, também possui competência de natureza recursal²⁶⁹, em especial aquela relativa à guarda da Constituição, através do recurso extraordinário, em face de decisões proferidas por outros órgãos judiciais.

É o que se vê na Constituição Federal de 1988:

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

[...]

III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição;
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

O recurso extraordinário se confunde com a própria história da federação brasileira²⁷⁰, entretanto – como o próprio nome sugere – possui particularidades, de

²⁶⁷ BITTENCOURT, Lúcio. op. cit., p. 33-34

²⁶⁸ Art. 102, inciso I, da CF.

²⁶⁹ Art. 102, inciso II, da CF.

²⁷⁰ “Ressalta a estreita relação entre os sinais típicos do recurso extraordinário, tal como se instituiu no País, e as da nossa estrutura político-jurídica. Não foi por acaso que o importamos, após a proclamação da República, do direito norte-americano; nem é por acaso que a correspondência mais exata, na matéria, sempre se estabeleceu com outros Estados também não unitários. Já se mencionou o exemplo argentino. Menos freqüente neste contexto, mas igualmente oportuna, é a alusão ao direito suíço, que tem remédio processual semelhante, em diversos pontos, ao nosso recurso extraordinário, na sua feição tradicional: o recurso ao Tribunal Federal por violação do direito federal contida na decisão cantonal de última instância”. Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa Moreira. *Comentários ao Código de Processo Civil. Volume V*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 581.

forma que tem sido tratado separadamente, em relação ao sistema em que se aloca, pela doutrina processual.

O texto constitucional imprime um amplo objeto para o recurso extraordinário, ao admitir o seu cabimento em face de qualquer contrariedade à Constituição (artigo 102, III, a), atribuindo-lhe novas missões alheias aos problemas federativos.

É certo que figura no âmbito do Direito processual constitucional²⁷¹, pois executa imprescindível papel na garantia da supremacia da Constituição, espaço em que se incluem os direitos fundamentais. Portanto, a sua análise está associada aos pressupostos firmados no início do trabalho, não sendo cabível o estudo isolado deste instituto processual constitucional, descontextualizado do sistema dos direitos fundamentais construído pelo legislador constituinte.

José Afonso da Silva, procurando os seus fundamentos, realça que o recurso extraordinário:

[...] Donde vem que o recurso extraordinário é de índole processual constitucional. Não tem seus pressupostos em nenhum ramo particular do direito processual nem objetiva a composição de conflitos de interesses por qualquer compartimento da dogmática jurídica, em particular; paira acima das particularidades jurídicas, sobrevivendo nas normas de direito constitucional, de que as demais não passam de uma análise. De caráter processual, porque é um meio de impugnação de sentenças judiciais; constitucional, porque seu fundamento jurídico se assenta na Constituição.²⁷²

Para isso, será levada em conta a classificação – já estudada – sobre a finalidade do controle de constitucionalidade, ou seja, se de finalidade subjetiva, projetado para a tutela específica de um interesse jurídico delimitado em relação ao seu titular, que está sendo vindicado em um processo, mas cujo resultado exige uma definição de matéria constitucional; ou se de finalidade objetiva, direcionado à

²⁷¹ “RECURSO EXTRAORDINÁRIO E RECURSO ESPECIAL - MODALIDADES DE RECURSOS EXCEPCIONAIS QUE POSSUEM DOMÍNIOS TEMÁTICOS PRÓPRIOS - ACÓRDÃO EMANADO DE TRIBUNAL DE JURISDIÇÃO INFERIOR QUE SE APÓIA EM DUPLO FUNDAMENTO (UM, DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL E OUTRO, DE CARÁTER INFRACONSTITUCIONAL) - PRECLUSÃO QUE SE OPEROU, NA ESPÉCIE, EM RELAÇÃO AO FUNDAMENTO DE ÍNDOLE MERAMENTE LEGAL - SÚMULA 283/STF - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - O recurso extraordinário e o recurso especial são institutos de direito processual constitucional. Trata-se de modalidades excepcionais de impugnação recursal, com domínios temáticos próprios que lhes foram constitucionalmente reservados. [...]”. (AI-AgR 456637 / RJ, 2.ªT, Rel. Min. Celso de Mello, j. 3/2/2004, DJ 24/9/2004, p. 43)

²⁷² SILVA, José Afonso da. op. cit. (1958), p. 107.

proteção da regularidade da ordem constitucional objetivamente entendida, vale dizer, sem levar em consideração qualquer vantagem ou prejuízo de eventual destinatário da norma, enquanto personagem das prescrições nela contidas.

No Brasil, os múltiplos e virtuosos mecanismos do sistema de jurisdição constitucional estruturado em 1988²⁷³ dão demonstração incontestável de que essa divisão não é excludente, mas complementar. Isto vem a confirmar a aqui sempre lembrada advertência de Jorge Miranda de que, em relação ao controle de constitucionalidade, “há sempre uma face subjectivista e uma face objectivista em toda a fiscalização”.²⁷⁴

3.1 Natureza jurídica

A decisão de deflagrar a atividade do Poder Judiciário e estabelecer uma relação processual em que se discuta matéria constitucional, diante do próprio reconhecimento de um Direito processual constitucional, traz em si especificidades, ainda mais evidentes quando se está a falar de um recurso destinado ao órgão de cúpula do Judiciário brasileiro, cuja função primacial é a guarda da Constituição.

É evidente a dificuldade de definir o seu significado no modelo de controle de constitucionalidade, especialmente por ser corolário de uma lide concreta, envolvendo bens jurídicos determinados e com a possibilidade de originar uma decisão substitutiva daquela que foi recorrida.

Não por outro motivo, extrai-se de André Ramos Tavares:

O Supremo Tribunal Federal é o receptáculo natural de recursos oriundos das instâncias inferiores justamente porque insere-se na estrutura judiciária brasileira como o mais alto tribunal do país. Assim, e por força de todo um regime jurídico próprio que adiante se analisará, para ele são carreadas as questões constitucionalmente solucionadas nas diversas instâncias como questões paralelas à solução da lide. Evidentemente que no cumprimento desse seu mister, o Supremo Tribunal, além de deliberar em definitivo sobre a questão constitucional, também deverá decidir a causa propriamente dita, vale dizer, a causa principal, concreta, que lhe é igualmente apresentada. Aliás, a ‘causa constitucional’ serve de fórmula de

²⁷³ Apenas para demonstrar este dualismo: ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, ação de inconstitucionalidade por omissão, mandado de segurança, ação civil pública, mandado de injunção, habeas corpus.

²⁷⁴ MIRANDA, Jorge. op. cit. (2003), p. 65.

acesso ao Supremo Tribunal Federal, para que também este se pronuncie e delibere sobre a 'causa principal', a lide propriamente dita.²⁷⁵

A área cinzenta onde está posicionado o recurso extraordinário, entre um instrumento de garantia subjetiva dos direitos fundamentais das partes que compõem a lide e uma das válvulas de tutela da ordem constitucional objetiva, representa o maior desafio a ser superado para a sua compreensão e, conseqüentemente, para a definição dos seus reais contornos no modelo constitucional brasileiro.

Escrevendo antes de 1988, ressaltou José Afonso da Silva:

Do recurso extraordinário se pode afirmar o mesmo que dissera Calamandrei da cassação italiana: permite ao Supremo Tribunal fazer com que marchem, a igual passo, o interesse individual na justiça do caso singular e o interesse público na interpretação exata da lei em abstrato. Seu fundamento e sua finalidade são, pois, político-constitucionais. Mas isto não lhe tira o caráter, eminentemente processual. É um meio processual que o Estado pôs à disposição das partes, para que, defendendo o próprio interesse subjetivo, dêem ao Pretório Excelso o instrumento de controle da unidade do Direito nacional e, sobretudo, da supremacia da Constituição.²⁷⁶

Observa-se um forte consenso doutrinário²⁷⁷ no sentido de que o recurso extraordinário possui regime constitucional específico porque não objetiva superar diretamente a injustiça²⁷⁸ da decisão recorrida, mas a proteção do direito objetivo, garantindo a superioridade da Constituição.

²⁷⁵ TAVARES, André Ramos. Perfil constitucional do recurso extraordinário. In: ROTHENBURG, Walter C.; TAVARES, André Ramos (orgs.). *Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil. Recurso extraordinário e arguição de descumprimento de preceito fundamental*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 7-8.

²⁷⁶ SILVA, José Afonso. *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*. São Paulo: RT, 1958, p. 106-107.

²⁷⁷ Dentre muitos: GRINOVER, Ada P.; GOMES FILHO, Antônio M.; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no processo penal*. 2. ed. rev. atual. 3. tiragem. São Paulo: RT, 1999, p. 32-35; JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos recursos cíveis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 18-20; LOPES, A.M.D. op. cit., p. 156; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 5. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 1998, p. 92-97; MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*. São Paulo: RT, 2002, p. 96-104; PINTO, Nelson Luiz Pinto. *Manual dos recursos cíveis*. 2. ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 32-33-104; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*. São Paulo: RT, 2002, p. 166-167.

²⁷⁸ Em sentido contrário: "Neste ambiente, portanto, o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição Federal e do esquema hierárquico de validade das normas, possui papel fundamental a desenvolver na defesa e manutenção do Estado de Direito. O órgão tem função mais relevante do que aquela que vem timidamente desempenhando. E, ao contrário do entendimento esposado na Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal, entendemos que nenhum órgão judiciário, muito menos a Máxima Corte do país, pode olvidar a aplicação da justiça (valor), porque esta é que alenta a

O ponto é sintetizado por Teresa Arruda Alvim Wambier:

Diz-se, na doutrina, que a classificação dos recursos em ordinários e extraordinários tem por base o critério consistente em que, por meio dos recursos ordinários, se busca a correção da decisão tendo como objetivo a ofensa ao direito subjetivo da parte, enquanto por meio dos recursos extraordinários o objetivo seria alterar-se decisão que ofendesse direito objetivo.²⁷⁹

O desenvolvimento dessa posição tem levado a uma série de perplexidades, restringindo o papel e os efeitos da Constituição, como sistema normativo voltado também para a tutela dos direitos fundamentais.

Parece fácil observar que o recurso extraordinário tem sim como uma de suas funções o zelo pela ordem constitucional, considerada objetivamente, cujo maior exemplo é o recurso que se origina de decisão proferida em representação de inconstitucionalidade estadual.²⁸⁰

No entanto, pela influência dos direitos fundamentais, que também integram o parâmetro de controle de constitucionalidade, o recurso extraordinário assegura, subjetiva e materialmente, a tutela de direitos definidos em uma relação processual.²⁸¹

Não se esqueça, novamente, a advertência de Jorge Miranda de que a marca do modelo é a predominância de sua finalidade – subjetiva ou objetiva – e não a exclusividade.

aplicação do Direito; sem justiça o Direito se esvazia". Cf. LIMA, Francisco Gérson Marques de. op. cit., p. 32.

²⁷⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*. São Paulo: RT, 2002, p. 166-167.

²⁸⁰ "Reclamação com fundamento na preservação da competência do Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade proposta perante Tribunal de Justiça na qual se impugna Lei municipal sob a alegação de ofensa a dispositivos constitucionais estaduais que reproduzem dispositivos constitucionais federais de observância obrigatória pelos Estados. Eficácia jurídica desses dispositivos constitucionais estaduais. Jurisdição constitucional dos Estados-membros. - Admissão da propositura da ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça local, com possibilidade de recurso extraordinário se a interpretação da norma constitucional estadual, que reproduz a norma constitucional federal de observância obrigatória pelos Estados, contrariar o sentido e o alcance desta. Reclamação conhecida, mas julgada improcedente". (Rcl 383-SP, Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, j. 11/6/1992, DJU de 21/5/1993, p. 9765). Sobre o assunto v. WEICHERT, Marlon Alberto. O recurso extraordinário no controle abstrato de constitucionalidade. In: ROTHENBURG, Walter C.; TAVARES, André Ramos (orgs.). *Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil. Recurso extraordinário e arguição de descumprimento de preceito fundamental*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 61-76.

²⁸¹ "No seu âmbito, contudo, parece excessivo negar que sirva de instrumento à tutela de direitos subjetivos das partes ou de terceiros prejudicados". Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. op. cit., p. 582.

Nesse contexto, ensinava José Afonso da Silva antes de 1988:

[...] Evidente que a simples interpretação de dispositivo constitucional e mesmo o erro na sua interpretação ou aplicação somente pode justificar se daí resultar prejuízo para a parte. Não havendo tal, ele não é cabível. Se é certo que o Recurso extraordinário não visa fazer justiça às partes (o *ius litigatoris*), também é equívoco pretender transformá-lo em simples sustentáculo do direito objetivo; sem interesse da parte sucumbente, não pode ser ele admissível; demais é exagero de caráter puramente formalista querer separar o *ius litigatoris* do *ius constitutionis*, o direito subjetivo privado do direito objetivo estatal, como se tem pretendido relativamente aos problemas que o Recurso Extraordinário suscita.²⁸²

Adicione-se ainda que a decisão emitida em recurso extraordinário também poderá imprimir efeito substitutivo à situação obtida com a posição judicial recorrida²⁸³, não se limitando a definir a questão constitucional posta, a exemplo do que se vê na arguição de inconstitucionalidade prevista no artigo 480 e seguintes do Código de Processo Civil.

A efetivação incondicionada desse posicionamento objetivo, no que diz com o papel do recurso extraordinário na guarda da Constituição, tem importância capital na sua natureza jurídica de garantia de direitos fundamentais. Esta garantia é materializada pela possibilidade de se levar ao conhecimento do órgão judiciário máximo do país uma afronta a um direito fundamental concretamente delimitado pelo legislador constituinte de 1988.

A prática jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal²⁸⁴ tem confirmado essa função do recurso extraordinário, a teor do que se vê em um dos muitos exemplos:

²⁸² SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*. São Paulo : RT, 1958, p. 212.

²⁸³ "Note-se que o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça, em conhecendo o recurso, não se limita a censurar a decisão recorrida à luz da solução que dê à *questio juris*, eventualmente cassando tal decisão e restituindo os autos ao órgão *a quo*, para novo julgamento. Fixada a tese jurídica ao seu ver correta, o tribunal aplica-a à espécie, isto é, julga 'a causa' (rectius: a matéria objeto da impugnação), como rezam o art. 324, *fine*, do regimento interno do Supremo Tribunal Federal – que não é mera norma permissiva, e o art. 257, *fine*, do regimento interno do Superior Tribunal de Justiça. Nisso se distinguem os nossos recursos extraordinário e especial não apenas dos 'recursos de cassação' de tipo francês, mas também do seu equivalente argentino, tal como tem funcionado na prática". Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. op. cit., p. 600.

²⁸⁴ Outros julgados: "AÇÃO DE ALIMENTOS. FIXAÇÃO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA COM BASE EM SALÁRIO MÍNIMO. ALEGAÇÃO DE MALTRATO AO ARTIGO 7.º, INCISO IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. A fixação de pensão alimentícia tem por finalidade garantir aos beneficiários as mesmas necessidades básicas asseguradas aos trabalhadores em geral pelo texto constitucional. De considerar-se afastada, por isso, relativamente a essa hipótese, a proibição da vinculação ao salário mínimo, prevista no inciso IV do artigo 7.º da Carta Federal. Recurso Extraordinário não conhecido".

PACIENTES COM ESQUIZOFRENIA PARANÓIDE E DOENÇA MANÍACO-DEPRESSIVA CRÔNICA, COM EPISÓDIOS DE TENTATIVA DE SUICÍDIO - PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES - DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, 'CAPUT', E 196) - PRECEDENTES (STF) - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSIÇÃO DE MULTA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA, A PESSOAS CARENTES, DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE SUA VIDA E/OU DE SUA SAÚDE: UM DEVER CONSTITUCIONAL QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, 'caput', e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. MULTA E EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE RECORRER. - O abuso do direito

(RE 134567, 1.ª T, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 19/11/1991, DJU 6/12/1991); "PRINCÍPIO ISONÔMICO - CÓDIGO PENAL E CÓDIGO PENAL MILITAR - O tratamento diferenciado decorrente dos referidos Códigos tem justificativa constitucionalmente aceitável em face das circunstâncias peculiares relativas aos agentes e objetos jurídicos protegidos. A disparidade na disciplina do crime continuado não vulnera o princípio da igualdade. PROVA - OPORTUNIDADE E JUSTIFICAÇÃO. A organicidade e a dinâmica que presidem o Direito, especialmente o instrumental, são conducentes a observância dos predicados 'oportunidade' e 'justificação' no requerimento de feitura de prova". (RE 115770, 2.ª T, Rel. Min. Aldir Passarinho, j. 29/10/1991, DJU 21/2/1992, p. 257)

de recorrer - por qualificar-se como prática incompatível com o postulado ético-jurídico da lealdade processual - constitui ato de litigância maliciosa repellido pelo ordenamento positivo, especialmente nos casos em que a parte interpõe recurso com intuito evidentemente protelatório, hipótese em que se legitima a imposição de multa. A multa a que se refere o art. 557, § 2º, do CPC possui função inibitória, pois visa a impedir o exercício abusivo do direito de recorrer e a obstar a indevida utilização do processo como instrumento de retardamento da solução jurisdicional do conflito de interesses. Precedentes. (RE 393175/RS, 2.ªT, Rel. Min. Celso de Mello, j. 12/12/2006, DJU 2/2/2007, p. 140)

O recurso extraordinário, de forma peremptória, não se presta apenas para a tutela objetiva do texto constitucional, mas também para a intransigente tutela dos direitos fundamentais, mesmo porque, segundo expressiva afirmação de Gonet, referindo-se ao Poder Judiciário, “a defesa dos direitos fundamentais é da essência de sua função”.²⁸⁵

Esclarece o relator, Ministro Celso de Mello, que:

“Não basta, portanto, que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal de um direito. Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito – como o direito à saúde – se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional.”²⁸⁶

Seguindo o conceito de José Afonso da Silva, o recurso extraordinário integra o rol das garantias constitucionais especiais, pois “são normas constitucionais que conferem, aos titulares dos direitos fundamentais, meios, técnicas, instrumentos ou procedimentos para impor o respeito e a exigibilidade de seus direitos”.²⁸⁷

O recurso extraordinário possui sede constitucional e também se destina à proteção dos direitos fundamentais, pois, estes últimos, como inegáveis normas constitucionais, detêm uma acentuada carga de eficácia jurídica, cuja realização também deve ser materializada pelo manejo do recurso extraordinário, instrumento de provocação do Supremo Tribunal Federal que tem, como uma de suas missões, a tutela dos direitos fundamentais.

²⁸⁵ GONET BRANCO, P. G. op. cit., p. 132.

²⁸⁶ Trecho do voto proferido no RE 393175/RS.

²⁸⁷ SILVA. J. A. . op. cit. (2005), p. 189.

3.2 O espaço exclusivo de atuação do recurso extraordinário

A definição do espaço de atuação do modelo de controle de constitucionalidade brasileiro, em que paralelamente funcionam mecanismos de controle de natureza abstrata e concreta, torna-se necessária até mesmo para evitar desperdício de atividade jurisdicional e a permanência de decisões conflitantes no ambiente constitucional vigente.

O estudo do exercício da jurisdição constitucional, sobretudo pelo órgão que concentra a atividade de controle abstrata, a exemplo do que acontece com o Supremo Tribunal Federal, é o parâmetro mais eficiente para a fixação desses limites, quando mais também o Supremo Tribunal dispõe de competência recursal para conhecer das matérias constitucionais decididas difusamente pelos demais órgãos judiciais brasileiros.

3.2.1 O controle abstrato como processo objetivo

Em relação ao controle abstrato, vale dizer, aquele voltado para o questionamento direto da atividade normativa, o reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal do seu caráter objetivo tem demonstrado quão necessário é o recurso extraordinário no modelo de controle de constitucionalidade nacional.

Isto porque a objetividade do controle abstrato tem transferido para o controle de constitucionalidade difuso a tarefa de identificar e repelir a situação que, embora abstratamente não seja inconstitucional, no caso concreto possa se revelar em incompatibilidade com o texto da Constituição.

Esse singular cenário vem sendo reafirmado cotidianamente pelo Supremo Tribunal Federal:

[...] CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE - PROCESSO DE CARÁTER OBJETIVO - IMPOSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO DE SITUAÇÕES INDIVIDUAIS E CONCRETAS. - O controle normativo de constitucionalidade qualifica-se como típico processo de caráter objetivo, vocacionado exclusivamente à defesa, em tese, da harmonia do sistema constitucional. A instauração desse processo objetivo tem por função instrumental viabilizar o julgamento da validade abstrata do ato estatal em face da Constituição da República. O exame de relações jurídicas concretas e individuais constitui matéria juridicamente estranha ao domínio

do processo de controle concentrado de constitucionalidade. A tutela jurisdicional de situações individuais, uma vez suscitada a controvérsia de índole constitucional, há de ser obtida na via do controle difuso de constitucionalidade, que, supondo a existência de um caso concreto, revela-se acessível a qualquer pessoa que disponha de interesse e legitimidade (CPC, art. 3º). [...] (ADI-MC 1434/SP, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, j. 20/8/1996, DJU de 22/11/1996, p. 456840)²⁸⁸

Na doutrina, o assunto tem sido tratado à semelhança do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, o que se vê em Luís Roberto Barroso²⁸⁹:

Natureza da ação direta: processo objetivo, sem partes, não destinado à tutela de situações jurídicas individuais: o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal faz instaurar processo objetivo, sem partes, no qual inexistente litígio referente a situações concretas ou individuais (STF, RDA 193/242). A ação direta destina-se ao julgamento, não de uma relação jurídica concreta, mas da validade da lei em tese. A tutela jurisdicional de situações individuais há de ser obtida na via do controle difuso de constitucionalidade, à vista de um caso concreto, acessível a qualquer pessoa que disponha de interesse e legitimidade (STF, RTJ 164/506).

No mesmo sentido, Uadi Lammêgo Bulos afirma que “no processo objetivo, a preocupação maior é a defesa da regularidade da ordem constitucional.

²⁸⁸ Adotando a mesma tese: “[...] O CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO CONSTITUI PROCESSO DE NATUREZA OBJETIVA - A importância de qualificar o controle normativo abstrato de constitucionalidade como processo objetivo - vocacionado, exclusivamente, à defesa, em tese, da harmonia do sistema constitucional - encontra apoio na própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, por mais de uma vez, já enfatizou a objetividade desse instrumento de proteção ‘in abstracto’ da ordem constitucional. Precedentes. Admitido o perfil objetivo que tipifica a fiscalização abstrata de constitucionalidade, torna-se essencial concluir que, em regra, não se deve reconhecer, como pauta usual de comportamento hermenêutico, a possibilidade de aplicação sistemática, em caráter supletivo, das normas concernentes aos processos de índole subjetiva, especialmente daquelas regras meramente legais que disciplinam a intervenção de terceiros na relação processual. Precedentes. NÃO SE DISCUTEM SITUAÇÕES INDIVIDUAIS NO PROCESSO DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO - Não se discutem situações individuais no âmbito do controle abstrato de normas, precisamente em face do caráter objetivo de que se reveste o processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade. O círculo de sujeitos processuais legitimados a intervir na ação direta de inconstitucionalidade revela-se extremamente limitado, pois nela só podem atuar aqueles agentes ou instituições referidos no art. 103 da Constituição, além dos órgãos de que emanaram os atos normativos questionados. - A tutela jurisdicional de situações individuais - uma vez suscitada controvérsia de índole constitucional - há de ser obtida na via do controle difuso de constitucionalidade, que, supondo a existência de um caso concreto, revela-se acessível a qualquer pessoa que disponha de legítimo interesse (CPC, art. 3º). [...]”. (ADI-MC-AgR 1254/RJ, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, j. 14/8/1996, DJU de 19/9/1997, p. 45530)

²⁸⁹ BARROSO, Luís Roberto. Conceitos fundamentais sobre o controle de constitucionalidade e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel (org.). *O controle de constitucionalidade e a lei n.º 9.868/99*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2001, p. 254.

Aquelas situações concretas, peculiares ao controle difuso, não se submetem ao seu crivo”.²⁹⁰

Gilmar Mendes assegura que o processo objetivo “não se destina, pela sua própria índole, à proteção de situações individuais ou de relações subjetivadas, mas visa, precipuamente, à defesa da ordem jurídica”²⁹¹, concluindo peremptoriamente que “o critério fundamental para a caracterização de um processo objetivo é a dispensabilidade ou a não-exigência de um interesse jurídico específico, ou, se se quiser, de um interesse de agir”.²⁹²

A própria natureza do controle de constitucionalidade abstrato demanda um mecanismo complementar do controle de constitucionalidade incidental e concreto, de forma a evitar a possibilidade de vazio na fiscalização da supremacia da norma constitucional, o que comprometeria a própria concepção da Constituição.

Esses elementos demonstram que o acerto da natureza do controle de constitucionalidade abstrato, bem como a do controle de constitucionalidade concreto e incidental, abre espaço para a atuação do recurso extraordinário, como uma das manifestações de controle difuso de constitucionalidade voltada para o Supremo Tribunal Federal.²⁹³

3.2.2 Outros espaços definidos pela prática do Supremo Tribunal Federal

Embora a natureza do controle de constitucionalidade abstrato já suponha o controle de constitucionalidade concreto e incidental, como mecanismo de realização constitucional complementar, a prática jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal²⁹⁴ tem aberto ainda um longo espaço para a competência difusa de conhecimento de matéria constitucional, em especial aquela correspondente ao recurso extraordinário.

Para o Supremo Tribunal Federal, não é cabível ação direta de inconstitucionalidade contra: atos não-públicos²⁹⁵; atos normativos de efeito

²⁹⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. *Manual de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 147.

²⁹¹ MENDES, Gilmar. op. cit. (1990), p. 250.

²⁹² Ibidem, p. 250.

²⁹³ Baracho, referindo-se a estudo de Favoreau, lembra que o controle difuso possibilita assegurar diretamente a proteção dos direitos fundamentais. Cf. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. op. cit. (2006), p. 273.

concreto²⁹⁶; atos normativos secundários²⁹⁷; lei revogada²⁹⁸; lei municipal em face da Constituição Federal²⁹⁹; leis velhas em face de Constituição revogada³⁰⁰; atos normativos em face de texto da Constituição alterado.³⁰¹

²⁹⁴ Sobre o assunto: BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004 p. 136-139; CLEVE, Clèmerson. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. rev. amp. Atual. São Paulo: RT, 2000, p. 182-196; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade. Aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 263/272; MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 153-185; VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. Belo Horizonte: DelRey, 2003, p. 109-124.

²⁹⁵ “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - INTERVENÇÃO ASSISTENCIAL - INADMISSIBILIDADE - RISTF (ART. 169, PAR. 2.) - NORMA REGIMENTAL RECEBIDA COM EFICACIA DE LEI PELA CF/88 - FORMAÇÃO DE LITISCONSORCIO PASSIVO REQUERIDA POR PARTICULARES - IMPOSSIBILIDADE EM AÇÃO DIRETA - AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. – [...] - A natureza eminentemente objetiva do processo de controle abstrato de constitucionalidade não dá lugar a intervenção de terceiros que pretendam, como assistentes, defender interesses meramente subjetivos. - A formação litisconsorcial passiva, no processo de ação direta de inconstitucionalidade, só se legitima em face dos órgãos estatais de que emanou o próprio ato normativo impugnado. O mero particular não se qualifica como litisconsorte passivo em processo de controle abstrato, em face da necessária estatalidade do ato normativo nele impugnado”. (ADI-Arg 575/PI, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, j. 9/12/2002, DJU 1/7/1994, p. 17495)

²⁹⁶ “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 2006/90 DO ESTADO DO AMAZONAS. ATO ADMINISTRATIVO CONCRETO. NÃO-CONHECIMENTO DA AÇÃO, PREJUDICADA A MEDIDA CAUTELAR. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 2006, DE 14 DE DEZEMBRO DE 1990, DO ESTADO DO AMAZONAS, QUE DISPÕE SOBRE A REVISÃO DE PROVENTOS DE SERVIDORES DA SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA. TEXTO INABILITADO AO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. ATO ADMINISTRATIVO CONCRETO SOB A FORMA DE LEI: INEXISTÊNCIA DE ASPECTOS DE ABSTRAÇÃO E GENERALIDADE QUE CARACTERIZAM O OBJETO IDÔNEO DA AÇÃO DIRETA. AÇÃO NÃO CONHECIDA, RESTANDO PREJUDICADA A MEDIDA CAUTELAR”. (ADI 767/AM, Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 26/8/1992, DJU de 18/6/1993, p. 12110)

²⁹⁷ “DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ATO NORMATIVO. DECRETO FEDERAL Nº 1990, DE 29.08.1996: ATO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA AÇÃO. 1. A Lei nº 8.031, de 12.04.1990, criou o Programa Nacional de Desestatização e deu outras providências. 2. E o Decreto nº 1.990, de 29.08.1996, baixado pela Presidência da República, ‘no uso da atribuição que lhe confere o artigo 84, inciso IV, da Constituição e tendo em vista o disposto’ naquela Lei, visou a executá-la. 3. Trata-se, pois, de ato administrativo de mera execução da Lei. Não propriamente normativo. Insuscetível, assim, de controle concentrado de constitucionalidade, ‘in abstrato’, mediante Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, pois esta só é admitida pela C.F., quando impugna ‘ato normativo’ (art. 102, I, ‘a’). 4. Se o Decreto, eventualmente, tiver excedido os limites da Lei nº 8.031, de 12.04.1990, ou mesmo do Decreto nº 1.204, de 29.07.1994, que a regulamentou, conforme se alegou na inicial, então poderá ser acoimado de ilegal, nas instâncias próprias, que realizam o controle difuso, ‘in concreto’, de legalidade dos atos administrativos. 5. Aliás, o próprio controle jurisdicional de constitucionalidade de ato meramente administrativo, de execução de lei, pode, igualmente, ser feito nas instâncias ordinárias do Poder Judiciário. Não, assim, diretamente perante esta Corte. 6. Tudo conforme precedentes referidos nas informações. 7. A.D.I. não conhecida, prejudicado o requerimento de medida cautelar”. (ADI 1544/DF, Pleno, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 25/6/1997, DJU 5/9/1997, p. 41869)

²⁹⁸ “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. OBJETO DA AÇÃO. REVOGAÇÃO SUPERVENIENTE DA LEI ARGUIDA DE INCONSTITUCIONAL. PREJUDICIALIDADE DA AÇÃO. CONTROVERSIA. OBJETO DA AÇÃO DIRETA prevista no art. 102, I, a e 103 da Constituição Federal, e a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em tese, logo o interesse de agir só existe se a lei estiver em vigor. Revogação da lei argüida de inconstitucional. Prejudicialidade da ação por perda do objeto. A revogação ulterior da lei questionada realiza, em si, a função jurídica

As específicas áreas indicadas redobram a importância do controle concreto e difuso no sistema brasileiro, pois embora seja exercido paralelamente ao controle abstrato, ainda é titular de uma área imune à atuação do controle de constitucionalidade abstrato.

Bem se vê, então, que a transferência de ampla área para o controle de constitucionalidade incidental, concreto e subjetivo, leva ao exercício da competência recursal do Supremo Tribunal Federal, precisamente aquela decorrente do recurso extraordinário, como mecanismo de tutela de direitos fundamentais.

constitucional reservada a ação direta de expungir do sistema jurídico a norma inquinada de inconstitucionalidade. Efeitos concretos da lei revogada, durante sua vigência. Matéria que, por não constituir objeto da ação direta, deve ser remetida as vias ordinárias. A declaração em tese de lei que não mais existe transformaria a ação direta, em instrumento processual de proteção de situações jurídicas pessoais e concretas. Ação direta que, tendo por objeto a Lei 9.048/89 do Estado do Paraná, revogada no curso da ação, se julga prejudicada". (ADI 709/PR, Pleno, Rel. Min. Paulo Brossard, j. 7/10/1992, DJU de 24/6/1994, p. 16648)

²⁹⁹ "DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI OU ATO NORMATIVO MUNICIPAL, EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: CABIMENTO ADMITIDO PELA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, QUE ATRIBUI COMPETÊNCIA AO TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA PROCESSÁ-LA E JULGÁ-LA. INADMISSIBILIDADE. 1. O ordenamento constitucional brasileiro admite Ações Diretas de Inconstitucionalidade de leis ou atos normativos municipais, em face da Constituição estadual, a serem processadas e julgadas, originariamente, pelos Tribunais de Justiça dos Estados (artigo 125, parágrafo 2º da C.F.). 2. Não, porém, em face da Constituição Federal. 3. Aliás, nem mesmo o Supremo Tribunal Federal tem competência para Ações dessa espécie, pois o art. 102, I, 'a', da C.F. só a prevê para Ações Diretas de Inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual. Não, assim, municipal. 4. De sorte que o controle de constitucionalidade de leis ou atos normativos municipais, diante da Constituição Federal, só se faz, no Brasil, pelo sistema difuso, ou seja no julgamento de casos concretos, com eficácia, 'inter partes', não 'erga omnes'. 5. Precedentes. 6. Ação Direta julgada procedente, pelo S.T.F., para declarar a inconstitucionalidade das expressões 'e da Constituição da República' e 'em face da Constituição da República', constantes do art. 106, alínea 'h', e do parágrafo 1º do art. 118, todos da Constituição de Minas Gerais, por conferirem ao respectivo Tribunal de Justiça competência para o processo e julgamento de A.D.I. de lei ou ato normativo municipal, em face da Constituição Federal. 7. Plenário. Decisão unânime". (ADI 508/MG, Pleno, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 12/2/2003, DJU de 23/5/2003, p. 30)

³⁰⁰ "REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. O OBJETIVO DA REPRESENTAÇÃO É RESGUARDAR A ORDEM JURÍDICA INSERIDA NA CONSTITUIÇÃO EM VIGOR AO TEMPO DO SEU AJUIZAMENTO. SE A CONSTITUIÇÃO DEIXOU DE VIGORAR NO CURSO DA AÇÃO, ESTA FICA PREJUDICADA. E O QUE SE DEU, NO CASO, EM FACE DO ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988". (Rp-QO 1533/PA, Pleno, Rel. Min. Djaci Falcão, j. 9/11/1988, DJU 2/12/1988, p. 31895)

³⁰¹ "CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DISPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL ALTERADA POR SUPERVENIENTE EMENDA CONSTITUCIONAL: AÇÃO PREJUDICADA. I. - Ação direta de inconstitucionalidade prejudicada, por isso que o paradigma constitucional invocado - C.F., art. 40, III, c - foi substancialmente alterado pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998. II. - Agravo não provido". (ADI-AgR 2531/RS, Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 21/8/2003, p. 29)

3.3 O recurso extraordinário e a tutela dos direitos fundamentais

Para Gomes Canotilho, um dos domínios típicos da jurisdição constitucional é o da “proteção autônoma de direitos fundamentais”³⁰², sendo acompanhado por André Ramos Tavares, cujo estudo específico sobre as funções dos Tribunais Constitucionais aponta que a tutela dos direitos fundamentais integra as suas funções estruturantes, haja vista que assegura a supremacia de uma parcela temática da Constituição.³⁰³

O próprio conceito de direitos fundamentais pressupõe a utilização de mecanismos constitucionais internos voltados para sua proteção, a considerar que os direitos fundamentais são os direitos humanos protegidos pela ordem constitucional interna.

Segundo uníssona doutrina³⁰⁴, esta diferença decorre justamente de que:

Em que pese sejam ambos os termos ('direitos humanos' e 'direitos fundamentais') comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo 'direitos fundamentais' se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de um determinado Estado, ao passo que a expressão 'direitos humanos' guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas positivamente jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).³⁰⁵

A positivação desses direitos em uma Constituição, em particular na brasileira, submete-os ao regime constitucional próprio do texto em que foram inseridos, cuja principal característica é a superioridade jurídica. Tal qual visto, a idéia de controle de constitucionalidade é resultado da própria concepção de supremacia constitucional, sendo franqueada a possibilidade de utilização dos mecanismos de controle da superioridade das disposições relativas aos direitos

³⁰² CANOTILHO, J.J.G. op. cit., p. 895.

³⁰³ TAVARES, André Ramos. Justiça constitucional e suas fundamentais funções. *Revista de informação legislativa*. Brasília: v. 171, jul./set. 2006, p. 34.

³⁰⁴ Dentre a doutrina mais influente: CANOTILHO, J.J. Gomes. op. cit. (2004), 393; PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005, p. 32-33.

³⁰⁵ SARLET, I.W. op. cit. (2006), p. 35-36.

fundamentais, em outras palavras, o emprego dos instrumentos integrantes do modelo de controle de constitucionalidade.

Preliminarmente, o recurso extraordinário confere um matiz popular – idéia defendida pelo próprio Kelsen, mas descartada diante de uma possível inviabilidade³⁰⁶ – ao modelo de controle de constitucionalidade, pois, segundo Paulo Bonavides³⁰⁷, está aberta a via recursal para o controle realizado por via de exceção, de natureza mais eficaz na defesa do cidadão.

O recurso extraordinário no sistema brasileiro não se destina, exclusivamente, a garantir a unidade da ordem constitucional, pois também se presta aos interesses das partes envolvidas em uma relação processual concreta, resolvendo e substituindo a decisão recorrida, de forma que a sua importância não está exclusivamente justificada por motivos democráticos, mas inafastavelmente por ser instrumento de tutela dos direitos fundamentais.³⁰⁸

³⁰⁶ “A mais forte garantia consistiria certamente em autorizar uma *actio popularis*: o tribunal constitucional seria obrigado a examinar a regularidade dos atos submetidos à sua jurisdição, em particular das leis e dos regulamentos, a pedido de quem quer que seja. É incontestavelmente dessa maneira que o interesse político em eliminar os atos irregulares receberia a satisfação mais radical. No entanto não se pode recomendar essa solução, porque ela acarretaria um perigo considerável de ações temerárias e o risco de um intolerável congestionamento de funções”. Cf. Kelsen. Hans. op. cit., p. 174.

³⁰⁷ BONAVIDES, P. op. cit., p. 325.

³⁰⁸ Na jurisprudência do STF, dentre vários: “CONSTITUCIONAL. LICENÇA-MATERNIDADE. CONTRATO TEMPORÁRIO DE TRABALHO. SUCESSIVAS CONTRATAÇÕES. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. ART. 7º, XVIII DA CONSTITUIÇÃO. ART. 10, II, b do ADCT. RECURSO DESPROVIDO. A empregada sob regime de contratação temporária tem direito à licença-maternidade, nos termos do art. 7º, XVIII da Constituição e do art. 10, II, b do ADCT, especialmente quando celebra sucessivos contratos temporários com o mesmo empregador. Recurso a que se nega provimento”. (RE 287905/SC, 2.ªT, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 28/6/2005, DJU 30/6/2006, p. 35); “ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. RESERVA DE VAGAS PARA PORTADORES DE DEFICIÊNCIA. ARTIGO 37, INCISO VIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. A exigência constitucional de reserva de vagas para portadores de deficiência em concurso público se impõe ainda que o percentual legalmente previsto seja inferior a um, hipótese em que a fração deve ser arredondada. Entendimento que garante a eficácia do artigo 37, inciso VIII, da Constituição Federal, que, caso contrário, restaria violado. Recurso extraordinário conhecido e provido”. (RE 227299, 1.ªT, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 14/6/2000, DJU 6/10/2000, p. 98); “Assistência Judiciária gratuita. Alegação de revogação do artigo 4º, § 1º, da Lei nº 1.060/50 pelo artigo 5º, LXXIV, da Constituição. Improcedência. - A atual Constituição, em seu artigo 5º, LXXIV, inclui, entre os direitos e garantias fundamentais, o da assistência jurídica integral e gratuita pelo Estado aos que comprovarem a insuficiência de recursos. - Portanto, em face desse texto, não pode o Estado eximir-se desse dever desde que o interessado comprove a insuficiência de recursos, mas isso não impede que ele, por lei, e visando a facilitar o amplo acesso ao Poder Judiciário que é também direito fundamental (art. 5º, XXXV, da Carta Magna), conceda assistência judiciária gratuita -que, aliás, é menos ampla do que a assistência jurídica integral - mediante a presunção ‘iuris tantum’ de pobreza decorrente da afirmação da parte de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família. - Nesse sentido tem decidido a Segunda Turma (assim, a título exemplificativo, nos RREE 205.029 e 205.746). Recurso extraordinário não conhecido”. (RE 204305/PR, 1.ªT, Rel. Min. Moreira Alves, j. 5/5/1998, DJU 19/6/1998, p. 20)

Tratando das perspectivas protetivas dos direitos fundamentais, esclarece Cristina Queiroz:

Quanto muito, poderia afirmar-se que as 'cláusulas restritivas' dos direitos fundamentais, e particularmente dos direitos, liberdades e garantias, deveriam, por sua vez, ser interpretadas restritivamente. Esta necessidade de 'interpretação restritiva' das 'cláusulas restritivas' dos direitos, liberdades e garantias, implica um 'teste forte de proporcionalidade', pois só a partir deste se poderá determinar, no caso, se uma restrição específica resulta ou não compatível com a natureza do direito em causa. O objecto de proteção da norma diz respeito tanto à garantia geral abstracta como à posição jurídica individual de cada cidadão. Releva, numa palavra, quer o carácter objectivo quer o carácter subjectivo da protecção ofertada.³⁰⁹

No Brasil, este recurso possui papel singular no modelo de controle de constitucionalidade, uma vez que destinado à mais alta Corte do Brasil, em que a principal função é a guarda da Constituição, em uma realidade que admite a ampla competência difusa para o conhecimento da matéria constitucional.

A sequência expositiva torna evidente a associação entre o recurso extraordinário e os direitos fundamentais. Da mesma forma, é possível observar ampla doutrina que estudou os mecanismos processuais de tutela dos direitos fundamentais, como parte do Direito processual constitucional.³¹⁰ No entanto, a abordagem do recurso extraordinário não tem sido inserida no assunto, embora se cogite que a tutela dos direitos fundamentais possa provir de demandas originadas em mandados de segurança, mandados de injunção, ações civis públicas, ações populares e habeas corpus.³¹¹

O recurso extraordinário, em regra, pressupõe um interesse de agir, provocado por uma sucumbência em uma relação processual envolvendo matéria

³⁰⁹ QUEIROZ, C. op. cit., p. 212-213.

³¹⁰ CATTONI, Marcelo. Direito constitucional processual e direito processual constitucional: Limites da distinção em face do modelo constitucional brasileiro do controle jurisdicional de constitucionalidade. In: CATTONI, Marcelo (org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: C. Bastos, 2003; LIMA, Francisco Gerson M. de. *Fundamentos constitucionais do processo*. São Paulo: Malheiros, 2002; MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito processual constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005; SIQUEIRA Jr, Paulo Hamilton. *Direito processual constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

³¹¹ Restringindo o papel do recurso extraordinário exclusivamente para defesa objetiva da Constituição: FERREIRA, Pinto. Os instrumentos processuais protetores dos direitos humanos. In: CUNHA, S.S; GRAU, E.R (orgs.) *Estudos em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 589-615.

constitucional, cujo objetivo – da parte recorrente – é alterar a decisão contrária aos seus interesses – repita-se – de dimensão constitucional.³¹²

Revela-se intrigante que o principal argumento para a defesa da ação civil pública, como mecanismo de controle de constitucionalidade difuso, resida justamente na sua destinação para a proteção de direitos subjetivamente definidos³¹³, não materializando sucedâneo de ação direta de inconstitucionalidade. Isto, por óbvio, confirma que o recurso extraordinário decorrente de decisões – que envolvam matéria constitucional – proferidas em sede de ação civil pública também objetiva a proteção de direitos fundamentais.

É certo que o recurso extraordinário também possui efeito substitutivo da decisão recorrida, com o que os julgados, emanados do Supremo Tribunal Federal, de recursos extraordinários oriundos de instrumentos processuais direcionados à tutela dos direitos fundamentais – v. g., habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, ação civil pública, habeas data, etc – também tutelam os

³¹² É o que se vê nos seguintes exemplos: “PENAL. CRIMES HEDIONDOS. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA IMPEDITIVA DO LIVRAMENTO CONDICIONAL. INCISO V INSERIDO NO ART. 83 DO CÓDIGO PENAL PELO ART. 5.º DA LEI N.º 8.072/90. IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS GRAVOSA. ART. 5.º, XL, DA CF. Não-incidência do dispositivo quando o primeiro crime foi cometido antes do advento da Lei n.º 8.072/90, em face do princípio constitucional em referência. Recurso conhecido e provido”. (RE 304385/RJ, 1.ªT, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 23/10/2001, DJU 22/2/2002, p. 55); “RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MUNICÍPIO. DECLARAÇÃO DE DESNECESSIDADE DE CARGO. SERVIDOR PÚBLICO OCUPANTE DE CARGO EFETIVO, EM ESTÁGIO PROBATÓRIO. EXONERAÇÃO AD NUTUM E SEM CRITÉRIOS OBJETIVOS. IMPOSSIBILIDADE. O servidor público ocupante de cargo efetivo, ainda que em estágio probatório, não pode ser exonerado ad nutum, com base em decreto que declara a desnecessidade do cargo, sob pena de ofensa à garantia do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Incidência da Súmula 21 do STF. Recurso a que se dá provimento, para determinar a reintegração dos autores no quadro de pessoal da Prefeitura Municipal de Bicas (MG)”. (RE 378041, 1.ªT, Rel. Min. Carlos Britto, j. 21/9/2004, DJU 11/2/2005, p. 13)

³¹³ “RECLAMAÇÃO. DECISÃO QUE, EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA, CONDENOU INSTITUIÇÃO BANCÁRIA A COMPLEMENTAR OS RENDIMENTOS DE CADERNETA DE POUPANÇA DE SEUS CORRENTISTAS, COM BASE EM ÍNDICE ATÉ ENTÃO VIGENTE, APÓS AFASTAR A APLICAÇÃO DA NORMA QUE O HAVIA REDUZIDO, POR CONSIDERÁ-LA INCOMPATÍVEL COM A CONSTITUIÇÃO. ALEGADA USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, PREVISTA NO ART. 102, I, A, DA CF. Improcedência da alegação, tendo em vista tratar-se de ação ajuizada, entre partes contratantes, na persecução de bem jurídico concreto, individual e perfeitamente definido, de ordem patrimonial, objetivo que jamais poderia ser alcançado pelo reclamado em sede de controle in abstracto de ato normativo. Quadro em que não sobra espaço para falar em invasão, pela Corte reclamada, da jurisdição concentrada privativa do Supremo Tribunal Federal. Improcedência da reclamação”. (Rcl 602/SP, Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 3/9/1997, DJU 14/2/2003, p. 59)

direitos fundamentais, tanto que sucedem àquelas decisões recorridas, de reconhecido cunho protetivo dos direitos fundamentais.³¹⁴

A ausência de mecanismo próprio para a defesa de direitos fundamentais perante a Corte Suprema brasileira, a exemplo das experiências alemã e espanhola, não pode impedir a utilização do recurso extraordinário para essa magna finalidade.

Essa necessidade de abrir espaço na Corte para os titulares de direitos fundamentais é, insuspeitamente, revelada por Friederich Müller³¹⁵, quando defende a criação de recurso constitucional no modelo constitucional brasileiro, à semelhança

³¹⁴ Como exemplo desse caráter substitutivo: “RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MUNICÍPIO. DECLARAÇÃO DE DESNECESSIDADE DE CARGO. SERVIDOR PÚBLICO OCUPANTE DE CARGO EFETIVO, EM ESTÁGIO PROBATÓRIO. EXONERAÇÃO AD NUTUM E SEM CRITÉRIOS OBJETIVOS. IMPOSSIBILIDADE. O servidor público ocupante de cargo efetivo, ainda que em estágio probatório, não pode ser exonerado ad nutum, com base em decreto que declara a desnecessidade do cargo, sob pena de ofensa à garantia do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Incidência da Súmula 21 do STF. Recurso a que se dá provimento, para determinar a reintegração dos autores no quadro de pessoal da Prefeitura Municipal de Bicas (MG)”. (RE 378041, 1.^aT, Rel. Min. Carlos Britto, j. 21/9/2004, DJU 11/2/2005, p. 13); “DIREITO CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. PENA DE INABILITAÇÃO PERMANENTE PARA O EXERCÍCIO DE CARGOS DE ADMINISTRAÇÃO OU GERÊNCIA DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. INADMISSIBILIDADE: ART. 5.^o, XLVI, ‘e’, XLVII, ‘b’, E § 2.^o, DA C.F. REPRESENTAÇÃO DA UNIÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO: LEGITIMIDADE PARA INTERPOSIÇÃO DO R.E. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1. À época da interposição do R.E., o Ministério Público federal ainda representava a União em Juízo e nos Tribunais. Ademais, em se tratando de Mandado de Segurança, o Ministério Público oficia no processo (art. 10 da Lei nº 1.533, de 31.12.51), e poderia recorrer, até, como ‘custos legis’. Rejeita-se, pois, a preliminar suscitada nas contra-razões, no sentido de que lhe faltaria legitimidade para a interposição. 2. No mérito, é de se manter o aresto, no ponto em que afastou o caráter permanente da pena de inabilitação imposta aos impetrantes, ora recorridos, em face do que dispõem o art. 5, XLVI, ‘e’, XLVII, ‘b’, e § 2.^o da C.F. 3. Não é caso, porém, de se anular a imposição de qualquer sanção, como resulta dos termos do pedido inicial e do próprio julgado que assim o deferiu. 4. Na verdade, o Mandado de Segurança é de ser deferido, apenas para se afastar o caráter permanente da pena de inabilitação, devendo, então, o Conselho Monetário Nacional prosseguir no julgamento do pedido de revisão, convertendo-a em inabilitação temporária ou noutra, menos grave, que lhe parecer adequada. 5. Nesses termos, o R.E. é conhecido, em parte, e, nessa parte, provido”. (RE 154134, 1.^aT, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 15/12/1998, DJU 29/10/1999, p. 17)

³¹⁵ Formulando propostas para a reforma do Poder Judiciário no Brasil, lê-se do mestre alemão: “Razões de Estado de Direito e da democratização recomendam introduzir o instituto do recurso constitucional. Ele permitiria a cada cidadão respectivamente a cada pessoa, bem como a municípios e regiões formadas por municípios (Gemeindeverbände), (estes dois últimos somente com referência aos direitos constitucionais específicos) a interposição de recurso constitucional junto ao STF com a afirmação de ter sido lesado nos seus próprios direitos fundamentais pelo poder público (i.e. Legislativo; Executivo; também Judiciário, mas só depois de sentença transitada em julgado”. Mais adiante enuncia: “A ADPF (art. 102, § 1 CF) não pode substituir o recurso constitucional, pois este instituto pertence a cada pessoa e não somente a autoridades enumeradas pela Constituição como a ADPF”. Cf. MÜLLER, Friederich. Dez propostas para a reforma do Judiciário na República Federativa do Brasil. *Revista Latino-Americana de estudos constitucionais*. Belo Horizonte: DelRey, v. VII, 2005, p. 19-20)

do previsto na Alemanha, com o propósito definido de defesa dos direitos fundamentais.

Na Espanha, Eduardo García Enterría³¹⁶ explica que a competência dos recursos de amparo do Tribunal Constitucional se justifica diante do lugar central que os direitos fundamentais representam como elementos definidores da identidade constitucional, exigindo uma superproteção com base na atuação reforçada daquela Corte.

A lacuna de um instrumento de ampla legitimidade para a defesa de direitos fundamentais perante o Supremo Tribunal Federal reforça e prioriza a intelecção do recurso extraordinário como mecanismo de tutela dos direitos fundamentais e justifica sua permanência no atual modelo desenhado.

As constantes manifestações do Supremo Tribunal Federal³¹⁷ no sentido de admitir efeito cautelar e suspensivo às decisões que desafiam recurso extraordinário corroboram a sua função de tutela de direitos fundamentais, mesmo porque estão assentadas na necessidade de “plausibilidade jurídica da pretensão de direito material deduzida”.³¹⁸

Observou Lênio Streck:

[...] A lei 8.038/90 não estabelece possibilidade de efeito suspensivo para o recurso extraordinário (e tampouco para o recurso especial). Em casos excepcionais, havendo a presença de *periculum in mora*, é possível, conforme previsão no regimento interno do STF, o deferimento de medida cautelar concedendo efeito suspensivo. Entretanto, para isso, deve existir juízo de admissibilidade favorável do recurso. Em matéria criminal, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir, inclusive, a possibilidade de

³¹⁶ GARCÍA ENTERRÍA. op. cit., p. 152.

³¹⁷ MEDIDA CAUTELAR INOMINADA - PRETENDIDA OUTORGA DE EFICÁCIA SUSPENSIVA A RECURSO EXTRAORDINÁRIO JÁ ADMITIDO PELA PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL INFERIOR - PRESSUPOSTOS NECESSÁRIOS AO ACOLHIMENTO DESSA POSTULAÇÃO CAUTELAR - MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA - DESNECESSIDADE DA CITAÇÃO DA PARTE REQUERIDA - INAPLICABILIDADE DO ART. 802 DO CPC - DECISÃO REFERENDADA. PRESSUPOSTOS ESSENCIAIS À OUTORGA DE EFICÁCIA SUSPENSIVA A RECURSO EXTRAORDINÁRIO. - A concessão de medida cautelar, pelo Supremo Tribunal Federal, quando requerida com o objetivo de atribuir eficácia suspensiva a recurso extraordinário, exige, para viabilizar-se, a cumulativa observância dos seguintes pressupostos: (1) instauração da jurisdição cautelar do Supremo Tribunal Federal, motivada pela existência de juízo positivo de admissibilidade do recurso extraordinário, (2) viabilidade processual do recurso extraordinário, caracterizada, dentre outros requisitos, pelas notas da tempestividade, do prequestionamento explícito da matéria constitucional e da ocorrência de ofensa direta e imediata ao texto da Constituição, (3) plausibilidade jurídica da pretensão de direito material deduzida pela parte interessada e (4) ocorrência de situação configuradora de ‘periculum in mora’. Precedentes (RTJ 174/437-438, v.g.). Hipótese em que foram satisfeitos, pela parte requerente, todos os pressupostos necessários ao deferimento da medida cautelar. [...] Precedentes. (Pet-QO 2705/SP, 2.ªT, Rel. Min. Celso de Mello, j. 27/8/2002, DJU 20/5/2005, p. 31)

³¹⁸ Extraído do voto do Rel. Min. Celso de Mello em PET-QO 2705/SP.

esse provimento cautelar ser feito pelo próprio Tribunal recorrido. Trata-se, portanto, de um privilegiado instrumento de garantia dos direitos fundamentais e remédio contra inconstitucionalidades praticadas pelos demais Tribunais da República.³¹⁹

A sucumbência pressuposta para a interposição do recurso extraordinário implica prejuízo ao interesse do recorrente, em que podem figurar direitos fundamentais básicos como a vida, a liberdade, a saúde, o trabalho, dentre outros. Este ponto de partida justifica a necessidade de que o recurso extraordinário invista contra todos os pontos que contrariaram o interesse do recorrente³²⁰, o que demonstra que esse acesso recursal ao Supremo Tribunal Federal não possui como exclusiva finalidade a tutela objetiva do ordenamento constitucional.

Não se pode esquecer ainda a perspectiva internacionalista dos direitos fundamentais, retomada por Vieira de Andrade, em que se obteve o reconhecimento do acesso direto dos nacionais dos Estados – signatários de convenções – a instâncias internacionais, quando afetados em seus direitos consagrados em documentos firmados no âmbito do direito internacional.³²¹

Sobre o assunto, concluiu Flávia Piovesan:

Estas transformações decorrentes do movimento de internacionalização dos direitos humanos contribuíram ainda para o processo de democratização do próprio cenário internacional, já que, além do Estado, novos sujeitos de direito passam a participar da arena internacional, como os indivíduos e as organizações internacionais.

Os indivíduos convertem-se em sujeitos de direito internacional – tradicionalmente, uma arena em que só os Estados podiam participar. Com efeito, na medida em guardam relação direta com os instrumentos internacionais de direitos humanos – que lhes atribuem direitos fundamentais imediatamente aplicáveis -, os indivíduos passam a ser concebidos como sujeitos de direito internacional. Nessa condição, cabe aos indivíduos o acionamento direto dos mecanismos internacionais. É o caso de petições ou comunicações, mediante as quais um indivíduo, grupos de indivíduos ou, por vezes, entidades não governamentais podem submeter aos órgãos internacionais competentes denúncias de violação de direito enunciado em tratados internacionais [...]³²²

³¹⁹ STRECK, L. op. cit., p. 502.

³²⁰ Verbete n.º 283 do STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles”.

³²¹ VIEIRA DE ANDRADE. J.C. op. cit., p. 33.

³²² PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito constitucional internacional*. 7. ed. rev., amp. e atual. São Paulo : Saraiva, 2006, p. 316/317.

A Corte européia de direitos humanos, mediante o Protocolo n.º 11³²³, admite como legitimado para demanda que tutela direitos humanos, em casos de violação de direitos reconhecidos em convenção, qualquer pessoa física, organização não-governamental ou grupo de indivíduos.

Embora o acesso à Corte Interamericana de Direitos Humanos não possua ainda a mesma abertura, o que tem merecido críticas da doutrina brasileira da matéria³²⁴, o vetor estabelecido é voltado para a ampliação na legitimidade individual do acesso às instâncias do sistema regional americano³²⁵, haja vista que a participação do indivíduo como agente ativo em procedimentos internacionais é verdadeiro marco neste século XX, superando a concepção que circunscrevia a legitimidade aos Estados.³²⁶ Desse modo, conforme atestado por Bobbio, os indivíduos adquiriram – pelo menos potencialmente – o direito de questionarem o seu próprio Estado, deixando de ser cidadãos de um Estado para transformarem-se em cidadãos do mundo.³²⁷

³²³ “Artigo 34. (Petições individuais) - O Tribunal pode receber petições de qualquer pessoa singular, organização não governamental ou grupo de particulares que se considere vítima de violação por qualquer Alta Parte Contratante dos direitos reconhecidos na Convenção ou nos seus protocolos. As Altas Partes Contratantes comprometem-se a não criar qualquer entrave ao exercício efectivo desse direito”.

³²⁴ PIOVESAN, Flávia. op. cit. (2006), p. 251; RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 123-126.

³²⁵ Extrai-se do Pacto de San José da Costa Rica, da parte constante dos meios de proteção: “Artigo 33 – São competentes para conhecer de assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados-partes nesta Convenção: a) a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada a Comissão; e b) a Corte Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada a Corte.”; “Artigo 41 – A Comissão tem a função principal de promover a observância e a defesa dos direitos humanos e, no exercício de seu mandato, tem as seguintes funções e atribuições: a) estimular a consciência dos direitos humanos nos povos da América; b) formular recomendações aos governos dos Estados-membros, quando considerar conveniente, no sentido de que adotem as medidas progressivas em prol dos direitos humanos no âmbito de suas leis internas e seus preceitos constitucionais, bem como disposições apropriadas para promover o devido respeito a esses direitos; c) preparar estudos ou relatórios que considerar convenientes para o desempenho de suas funções; d) solicitar dos governos dos Estados-membros que lhe proporcionem informações sobre as medidas que adotarem em matéria de direitos humanos; e) atender às consultas que, por meio da Secretaria Geral da Organização dos Estados Americanos, lhe formularem os Estados-membros sobre questões relacionadas com os direitos humanos e, dentro das possibilidades, prestar-lhes o assessoramento que lhes solicitarem; f) atuar com respeito às petições e outras comunicações, no exercício da sua autoridade, de conformidade com o disposto nos artigos 44 a 51 desta Convenção; e g) apresentar um relatório anual à Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos”; “Artigo 44 – Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados-membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado-parte”.

³²⁶ RAMOS, André de Carvalho. A expansão do Direito Internacional e a Constituição. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). *Crise e desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 310.

³²⁷ BOBBIO, N. op. cit., p. 68.

A multiplicidade de sistemas de proteção dos direitos fundamentais, com a utilização de instâncias de tutela regional e global – ao lado dos mecanismos internos –, em que se observa a democratização da legitimidade de promoção de demandas internacionais, também justifica a compreensão do recurso extraordinário como instrumento de tutela dos direitos fundamentais, pois se mostra evidente a responsabilização internacional do Brasil por violações aos direitos humanos, caso não pudesse o recorrente (recurso extraordinário) aplicar o principal mecanismo de conhecimento de controle difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal – como instrumento de proteção dos direitos consagrados na esfera interna, não raro correspondentes aos direitos humanos reconhecidos no plano internacional.³²⁸

3.3.1 O princípio da ponderação

É possível afirmar que o recurso extraordinário tem como finalidade a tutela dos direitos fundamentais. Por outro lado, os direitos fundamentais assumem a estrutura de princípios e tendem a estabelecer uma relação conflitual no mesmo espaço jurídico, haja vista que vinculam direta e universalmente os seus destinatários, expressão da própria idéia de unidade constitucional.

Estas constatações revelam que a função de tutela dos direitos fundamentais envolve o conflito entre princípios, cujo instrumento de solução de impasse é o princípio da ponderação que, por motivos lógicos, é aplicável no julgamento dos recursos extraordinários, conforme a conhecida fórmula do peso de Alexy:

³²⁸ Esta última questão tende a ser mais presente, em face da promulgação da Emenda Constitucional n.º 45/2004, oportunidade em que foi inserido dispositivo cujo conteúdo reconhece o patamar constitucional dos tratados sobre direitos humanos, desde que aprovados especificamente nos termos ali propostos. Conclui André de Carvalho Ramos: “Assim, caso, por exemplo, o Brasil venha a descumprir o comando de uma sentença definitiva da Corte Interamericana em virtude de decisão de nosso Supremo Tribunal Federal, o Estado brasileiro será responsabilizado internacionalmente pela violação da obrigação de cumprir em boa-fé seus compromissos internos (no caso, o compromisso estabelecido no art. 63 da Convenção Americana de Direitos Humanos de cumprir as sentenças da Corte)”. Cf. RAMOS, André de Carvalho. A expansão do Direito Internacional e a Constituição. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). *Crise e desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 309.

Os princípios parciais da idoneidade e da necessidade concernem à otimização relativamente às possibilidades fáticas. Eles são, com isso, expressão da otimidade-Pareto. O terceiro princípio parcial, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, concerne à otimização relativamente às possibilidades jurídicas. As possibilidades jurídicas são determinadas essencialmente por princípios em sentido contrário. O ponto decisivo para a relação de ponderação e exame da proporcionalidade é que ponderação compõe-se de nada mais que da otimização relativamente a princípios em sentido contrário. O terceiro princípio parcial contém, com isso, um mandamento de ponderação. Ele pode ser formulado na regra seguinte: Quanto maior é o grau de não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro.³²⁹ Esta regra pode ser designada como 'lei de ponderação'.

Depois de analisar o pensamento de Alexy sobre o assunto, Calil de Freitas³³⁰ reafirma a posição central que o princípio da ponderação ocupa na específica compreensão acerca dos direitos fundamentais, em especial nas suas formas de restrição.

O contexto desenhado abre espaço para o princípio da ponderação, ferramenta essencial para dimensionar e resolver o conflito entre princípios, em que se insere a colisão entre direitos fundamentais. Esta relação de precedência condicionada³³¹ demonstra que um direito fundamental precede ao outro, consoante a específica situação fática e jurídica posta no caso concreto, pois um direito fundamental terá seu peso no conteúdo da solução, modificado em proporção direta ao lastro fático-jurídico fornecido naquela situação determinada, a indicar que o seu conteúdo não é definido abstratamente.

Essa prática é corrente no Supremo Tribunal Federal que, diante de determinado quadro, negou exame técnico para a análise de material genético³³², por entender violadas a dignidade humana e a intimidade do coagido, o que não o impediu de autorizar judicialmente a realização deste mesmo exame em

³²⁹ ALEXY, Robert. op. cit. (2007), p. 156. Neste sentido: CANOTILHO, J.J.G. op. cit. (2004), p. 1241; GONET BRANCO. P.G. op. cit., p. 183; PEREIRA, J.R.G. op. cit., p. 215-289; SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 97.

³³⁰ FREITAS, L.F.C. op. cit., p. 171.

³³¹ V. item 2.7

³³² "INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - EXAME DNA - CONDUÇÃO DO RÉU 'DEBAIXO DE VARA'. Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas - preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer - provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, 'debaixo de vara', para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos". (HC 71373/RS, Pleno, Min. Marco Aurélio, j. 10/11/1994, DJU 22/11/1996, p. 45686)

circunstância fática e jurídica diversa³³³, sopesando estes direitos com outros valores e direitos fundamentais. No mesmo sentido, a Corte Suprema brasileira possui jurisprudência consolidada quanto à vedação da utilização de prova ilícita no processo penal³³⁴, mas que fora afastada em homenagem ao princípio da presunção de inocência e à necessidade de produzir uma excludente de ilicitude pelo acusado.³³⁵

³³³ “Reclamação. Reclamante submetida ao processo de Extradicação n.º 783, à disposição do STF. 2. Coleta de material biológico da placenta, com propósito de se fazer exame de DNA, para averiguação de paternidade do nascituro, embora a oposição da extraditanda. 3. Invocação dos incisos X e XLIX do art. 5º, da CF/88. 4. Ofício do Secretário de Saúde do DF sobre comunicação do Juiz Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do DF ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte - HRAN, autorizando a coleta e entrega de placenta para fins de exame de DNA e fornecimento de cópia do prontuário médico da parturiente. 5. Extraditanda à disposição desta Corte, nos termos da Lei n.º 6.815/80. Competência do STF, para processar e julgar eventual pedido de autorização de coleta e exame de material genético, para os fins pretendidos pela Polícia Federal. 6. Decisão do Juiz Federal da 10ª Vara do Distrito Federal, no ponto em que autoriza a entrega da placenta, para fins de realização de exame de DNA, suspensa, em parte, na liminar concedida na Reclamação. Mantida a determinação ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte, quanto à realização da coleta da placenta do filho da extraditanda. Suspenso também o despacho do Juiz Federal da 10ª Vara, na parte relativa ao fornecimento de cópia integral do prontuário médico da parturiente. 7. Bens jurídicos constitucionais como ‘moralidade administrativa’, ‘persecução penal pública’ e ‘segurança pública’ que se acrescem, - como bens da comunidade, na expressão de Canotilho, - ao direito fundamental à honra (CF, art. 5º, X), bem assim direito à honra e à imagem de policiais federais acusados de estupro da extraditanda, nas dependências da Polícia Federal, e direito à imagem da própria instituição, em confronto com o alegado direito da reclamante à intimidade e a preservar a identidade do pai de seu filho. 8. Pedido conhecido como reclamação e julgado procedente para avocar o julgamento do pleito do Ministério Público Federal, feito perante o Juízo Federal da 10ª Vara do Distrito Federal. 9. Mérito do pedido do Ministério Público Federal julgado, desde logo, e deferido, em parte, para autorizar a realização do exame de DNA do filho da reclamante, com a utilização da placenta recolhida, sendo, entretanto, indeferida a súplica de entrega à Polícia Federal do ‘prontuário médico’ da reclamante”. (Rcl-QO 2040/DF, Pleno, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 21/2/2002, DJU 27/6/2003, p. 31)

³³⁴ “[...] ILICITUDE DA PROVA - INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) - INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DA TRANSGRESSÃO ESTATAL AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS. - A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do ‘due process of law’, que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. - A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do ‘male captum, bene retentum’. Doutrina. Precedentes”. (RHC 90376/RJ, 2.ª T, Rel. Min. Celso de Mello, j. 3/4/2007, DJU 18/5/2007, p. 113)

³³⁵ “‘Habeas corpus’. Utilização de gravação de conversa telefônica feita por terceiro com a autorização de um dos interlocutores sem o conhecimento do outro quando há, para essa utilização, excludente da antijuridicidade. - Afastada a ilicitude de tal conduta - a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando crime -, é ela, por via de consequência, lícita e, também consequentemente, essa

Explicam-se as variações, em decorrência do que afirmou o Ministro Néri da Silveira³³⁶:

Assim, os direitos fundamentais não são direitos prima facie, ou melhor, potenciais, não absolutos, somente assumindo contornos definitivos após aplicados a um problema concreto. Dessa forma, é possível restringir o âmbito de proteção de um direito fundamental no momento da elaboração da norma de decisão do caso, mediante ponderação, para prevalecer, em determinada circunstância concreta, um bem constitucional com maior peso do que outro direito.

Isto porque, em virtude do Princípio da Unidade da Constituição, não há modelo pré-existente para solução de conflito de valores constitucionais a nível abstrato, devendo a solução de cada caso ajustar-se topicamente às contingências de cada problema concreto, seja harmonizando as normas em conflito, ou, ainda, fazendo proporcionalmente prevalecer um bem a outro, de modo a proceder a uma concretização adequada e razoável, obtendo-se a norma de decisão mais justa para o caso em exame.

A necessária delimitação concreta dos direitos fundamentais, essencial para a solução dos seus conflitos, coloca o recurso extraordinário como instrumento virtuoso na tarefa de sedimentação da atividade interpretativa dos direitos fundamentais, a considerar que é um dos principais veículos de controle de constitucionalidade concreto – senão o principal em face do volume quantitativo - exercido pelo Supremo Tribunal Federal.³³⁷ O trabalho materializado pelo recurso extraordinário perante a mais alta Corte do Brasil, impregnado pelas singulares características fáticas e jurídicas trazidas por cada recurso, coaduna-se com a fórmula do peso proposta por Alexy, e representa o ambiente propício para o desenvolvimento do princípio da ponderação, auxiliado pelos princípios da proporcionalidade e do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

Uma solução legislativa no âmbito dos direitos fundamentais, em tese, pode-se apresentar consentânea com a Constituição, o que, no entanto, pode não ser confirmado no caso concreto, merecendo posterior e específico juízo ponderativo.

gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o artigo 5º, LVI, da Constituição com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5º, X, da Carta Magna). 'Habeas corpus' indeferido". (HC 74678/SP, 1.^a T, Rel. Min. Moreira Alves, j. 10/6/1997, DJU 15/8/1997, p. 37036)

³³⁶ Trecho do voto proferido na relatoria da Recl-QO 2040/DF, grifo do autor.

³³⁷ Em estudo realizado sobre o perfil das maiores demandas do Supremo Tribunal Federal (apresentado em 21 de março de 2005), da lavra do Centro de Pesquisas Sociais Aplicadas da Universidade de Brasília, nacionalmente conhecido por "Justiça em números", restou concluído - no período compreendido entre 1.º de janeiro de 2002 até 30 de junho de 2004 - que o recurso extraordinário e o agravo de instrumento decorrente da negação de sua admissibilidade representam 95% (noventa e cinco por cento) das demandas do STF, o que totaliza 224.907 processos. *Perfil das maiores demandas no Supremo Tribunal Federal*. Disponível em < www.stf.gov.br >. Acesso em 14 fevereiro de 2007.

D'Ávila Lopes lembra que:

A finalidade da ponderação é determinar a prevalência, ainda que não absoluta, dos bens constitucionalmente protegidos, o que não é uma tarefa fácil, já que a preferência ou superioridade de um bem constitucional só pode ser decidida em função das circunstâncias especiais de cada caso concreto.³³⁸

A dificuldade de aplicar a ponderação, atribuindo pesos aos direitos fundamentais colidentes, diante da multiplicidade de casos que a realidade apresenta, exige o estabelecimento de medidas para evitar o arbítrio, ou seja, o estabelecimento de limite aos limites, barreiras estas em que se destacam o princípio da proporcionalidade e o princípio da proteção do núcleo essencial do direito fundamental.

3.3.1.1 O princípio da proporcionalidade e o princípio da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais

O enfrentamento do princípio da proporcionalidade na atividade ponderativa mostra-se necessário, haja vista que, seguindo-se o entendimento do constitucionalista Gomes Canotilho, a matéria da restrição aos direitos fundamentais é o campo mais importante de sua atuação.³³⁹

Não se esqueça ainda que o princípio da proporcionalidade mantém estreitos laços com o princípio da ponderação, devendo ser aplicados conjuntamente porque “enquanto o primeiro questiona a relação entre o objeto e o efeito da intervenção estatal em um direito fundamental o segundo supõe a valorização da prioridade entre diferentes bens”.³⁴⁰

Guerra Filho³⁴¹ defende que o princípio da proporcionalidade deve ser entendido como um mandamento de otimização do respeito máximo a todo direito

³³⁸ LOPES, A.M.D. op. cit. (2001), p. 190-191.

³³⁹ CANOTILHO, J.J.G. op. cit. (2004), p. 272. Registra Paulo Bonavides: “A vinculação do princípio da proporcionalidade ao Direito Constitucional ocorre por via dos direitos fundamentais. É aí que ele ganha extrema importância e auferir um prestígio e difusão tão larga quanto outros princípios cardeais e afins, nomeadamente o princípio da igualdade”. Cf. BONAVIDES, P. op. cit., p. 395.

³⁴⁰ LOPES, A.M.D. op. cit. (2001), p. 194.

³⁴¹ GUERRA FILHO, W.S. op. cit. (2003), p. 70. Sobre o princípio da proporcionalidade, dentre vários, v. BARROS, Suzana de Toledo, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade*

fundamental em situação de conflito com outro direito constitucionalmente protegido, devendo ser compreendido como parâmetro fundamental para a aplicação de limites aos direitos fundamentais.

A idéia central do princípio da proporcionalidade expressa-se por uma relação entre meios e fins, em que é aferida a constitucionalidade da medida restritiva de um direito fundamental, medida esta utilizada como meio para alcançar uma finalidade constitucionalmente abrigada.

Seu conteúdo é complexo e integrado pelos elementos (subprincípios) da adequação da medida, da necessidade da intervenção, e da proporcionalidade em sentido estrito. O primeiro diz com a pertinência e cabimento da medida em relação ao fim visado; o segundo é relacionado com a idéia de subsidiariedade da intervenção, devendo ser adotados outros meios mais suaves, antes da aplicação de uma medida de forte conotação restritiva; por fim, o terceiro, como expressão do raciocínio ponderativo, representa a relação estabelecida entre o grau de intervenção do direito comprimido de um lado, e a medida de realização do direito que se buscou prestigiar, com o que a precedência deste último direito deve justificar a restrição operada.

O enfrentamento destes subprincípios, condição para a aferição da proporcionalidade de qualquer medida, é um caminho de fases subsidiárias, que se inicia com a adequação da medida e somente alcança a proporcionalidade em sentido estrito, depois de atendido ao conteúdo representado por cada uma das etapas que se sucedem.

Ocorre que o reconhecimento da proporcionalidade de uma restrição a um direito fundamental não afasta ainda a possibilidade de esta medida comprometer a própria subsistência do direito fundamental precedido, diante da escolha decorrida da ponderação, daí ser obrigatória a verificação no sentido de se saber se a precedência aplicada violou o conteúdo essencial do direito comprimido.

Segundo a pesquisa realizada por D'Ávila Lopes³⁴², a teoria do conteúdo essencial dos direitos fundamentais foi desenvolvida a partir dos estudos de Rudolf Smend, e revela que todo direito fundamental possui um conteúdo mínimo que o

das leis restritivas de direitos fundamentais. 2. ed. Brasília: Brasília jurídica, 2000; BONAVIDES, P. op. cit., p. 392-436; MENDES, G. op. cit. (2000), 246-276; PEREIRA, J.R.G. op. cit., p. 296-366.

³⁴² LOPES, A.M.D. op. cit. (2001), p. 173.

identifica, sem o qual restaria impraticável, não mais protegido ou com o seu exercício dificultado além do razoável.

Esta preocupação chamou a atenção do constitucionalismo comparado, tanto que previu expressamente o princípio do conteúdo essencial dos direitos fundamentais nas Constituições de Portugal³⁴³, Espanha³⁴⁴ e Alemanha.³⁴⁵

A professora do mestrado da Universidade Federal do Ceará registra, ainda, que há grande discussão teórica sobre a possibilidade de estabelecer uma fórmula única para definição deste conteúdo mínimo³⁴⁶, dando origem às teorias: subjetiva e objetiva, de um lado; e absoluta e relativa, de outro.

Reconhecendo-se as dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais, sendo que a segunda compreendida como reforço normativo da primeira, revela-se imprópria a necessidade de determinar se o núcleo do direito corresponde ao seu significado geral ou objetivo, como valor que se espraia pelo ordenamento jurídico, ou a uma posição jurídica relacionada especificamente ao seu titular, já que ambas as perspectivas são integrantes da definição do conteúdo de um direito fundamental, representando arbitrária a limitação decorrente da opção exclusiva por uma destas teorias.³⁴⁷

A teoria absoluta assegura que este mínimo é permanente, estático e sempre identificável aprioristicamente, independentemente das circunstâncias oferecidas pelo caso concreto, enquanto a teoria relativa, em outro sentido, advoga que a constatação de um núcleo do direito é dinâmica, somente aferível no caso concreto, mediante o confronto com os demais direitos e valores presentes na específica situação enfrentada, o que poderá resultar na ampliação ou restrição do direito.

³⁴³ Artigo 18, n. 3: “As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do núcleo essencial dos preceitos constitucionais”.

³⁴⁴ Artigo 53, n. 1: “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)”.

³⁴⁵ Artigo 19, n. 2: “Em nenhum caso um direito fundamental poderá ser afetado em sua essência”.

³⁴⁶ LOPES, A.M.D. op. cit., (2001) p. 175.

³⁴⁷ Neste sentido: ALEXY, R. op. cit. (2002), p. 288; CANOTILHO, J.J.G. op. cit. (2004), p. 459; FREITAS, L.F.C. de. op. cit., p. 199-201; PEREIRA, J.R.G. op. cit., p. 370-371; PRIETO SANCHIS, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003, p. 232.

As desvantagens da teoria absoluta originam-se da constatação de que a fixação desse núcleo abstrato representa também a presença de uma esfera de conteúdo flexível e sujeita a inconseqüentes restrições, ainda que não referida a qualquer situação de colisão produzida no ambiente dos direitos fundamentais.

A feição principiológica dos direitos fundamentais, combinada com a admissão da teoria externa dos seus limites, conduz à preferência pela teoria relativa, em que não se ignora o papel relevante desempenhado pela atividade de aplicação concreta dos direitos fundamentais na definição de seu conteúdo. Isto não significa o aniquilamento da função da teoria do núcleo essencial, uma vez que realça a necessidade de reforço na justificação da restrição, o que está diretamente relacionado com o grau da investida contra o conteúdo de um direito fundamental.³⁴⁸

3.4 Os direitos fundamentais e a necessidade de proteção no caso concreto

A aplicação da idéia de ponderação, auxiliada pelos princípios da proporcionalidade e do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, deixa claro que o controle de constitucional abstrato não acompanha a variabilidade das colisões estabelecidas nos casos concretos, essencial para a definição de seus contornos jurídicos.

Direitos fundamentais, ponderação e caso concreto estabelecem uma relação de implicação recíproca decorrente da necessária constatação de que não há direitos fundamentais absolutos³⁴⁹ ou que ostentem diferente hierarquia.

³⁴⁸ PEREIRA, J.R.G. op. cit., p. 376-381; PRIETO SANCHIS, L. op. cit., p. 237.

³⁴⁹ A idéia é reconhecida no STF: "[...] OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros. [...]". (MS 23452/RJ, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16/9/1999, DJU 12/5/2000, p. 20). Neste sentido na doutrina: LOPES, A.M.D. op. cit. (2001), p. 188.

Por isso, o controle de constitucionalidade abstrato não assegura todos os meios de proteção dos direitos fundamentais, justamente porque, para o legislador, não é possível demarcar os horizontes da previsibilidade dos inúmeros perigos e violações constatáveis somente na aplicação concreta desses direitos, cuja situação específica fornece elementos para a solução do problema.

Esclarece Luís Roberto Barroso:

Situação diversa se coloca, porém, quando o legislador procura arbitrar diretamente colisões entre direitos. Como se afirmou acima, uma regra que estabeleça uma preferência abstrata de um direito fundamental sobre outro não será válida por desrespeitar o direito preterido de forma permanente e violar a unidade da Constituição. O legislador, portanto, deverá limitar-se a estabelecer parâmetros gerais, diretrizes a serem consideradas pelo intérprete, sem privá-lo, todavia, do sopesamento dos elementos do caso concreto e do juízo de equidade que lhe cabe fazer. Mesmo nas hipóteses em que se admita como legítimo que o legislador formule uma solução específica para o conflito potencial de direitos fundamentais, sua validade em tese não afasta a possibilidade de que se venha a reconhecer sua inadequação em concreto.³⁵⁰

Exemplo emblemático desse ponto foi o julgamento da constitucionalidade da Medida Provisória n.º 173³⁵¹, de 18 de março de 1990, cujo objeto era a vedação de medidas liminares contra alguns atos praticados pelo Poder Público. Embora tenha sido reconhecida a compatibilidade constitucional destas restrições em abstrato, o julgamento pela Suprema Corte, na medida cautelar na Ação direta de inconstitucionalidade n.º 223-DF, abriu espaço para o reconhecimento, no caso concreto, de violação do texto maior:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE CONTRA A MEDIDA PROVISÓRIA 173, DE 18.3.90, QUE VEDA A CONCESSÃO DE 'MEDIDA LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA E EM AÇÕES ORDINÁRIAS E CAUTELARES DECORRENTES DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS NÚMEROS 151, 154, 158, 160, 162, 165, 167 E 168': INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE SUSPENSÃO CAUTELAR DA VIGÊNCIA DO DIPLOMA IMPUGNADO: RAZÕES DOS VOTOS VENCEDORES. SENTIDO DA INOVADORA ALUSÃO CONSTITUCIONAL A PLENITUDE DA GARANTIA DA JURISDIÇÃO CONTRA A AMEAÇA A DIREITO: ÊNFASE A FUNÇÃO PREVENTIVA DE JURISDIÇÃO, NA QUAL SE INSERE A FUNÇÃO CAUTELAR E, QUANDO NECESSÁRIO, O PODER DE CAUTELA

³⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: SARLET, I.W. (org). *Direitos fundamentais, informática e comunicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 69.

³⁵¹ “Não será concedida medida liminar em mandado de segurança e em ações ordinárias ou cautelares decorrentes das Medidas Provisórias números 151, 154, 158, 160, 161, 162, 164, 165, 167 e 168, de 15 de março de 1990, aplicando-se-lhes o disposto no parágrafo único do artigo 5.º da Lei 4348 de 26 de junho de 1964”.

LIMINAR. IMPLICAÇÕES DA PLENITUDE DA JURISDIÇÃO CAUTELAR, ENQUANTO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO AO PROCESSO E DE SALVAGUARDA DA PLENITUDE DAS FUNÇÕES DO PODER JUDICIÁRIO. ADMISSIBILIDADE, NÃO OBSTANTE, DE CONDIÇÕES E LIMITAÇÕES LEGAIS AO PODER CAUTELAR DO JUIZ. A TUTELA CAUTELAR E O RISCO DO CONSTRANGIMENTO PRECIPITADO A DIREITOS DA PARTE CONTRÁRIA, COM VIOLAÇÃO DA GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CONSEQUENTE NECESSIDADE DE CONTROLE DA RAZOABILIDADE DAS LEIS RESTRITIVAS AO PODER CAUTELAR. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DE VEDAÇÃO DE LIMINARES DE DETERMINADO CONTEÚDO. CRITÉRIO DE RAZOABILIDADE DAS RESTRIÇÕES, A PARTIR DO CARÁTER ESSENCIALMENTE PROVISÓRIO DE TODO PROVIMENTO CAUTELAR, LIMINAR OU NÃO. GENERALIDADE, DIVERSIDADE E IMPRECISÃO DE LIMITES DO ÂMBITO DE VEDAÇÃO DE LIMINAR DA MP 173, QUE, SE LHE PODEM VIR, A FINAL, A COMPROMETER A VALIDADE, DIFICULTAM DEMARCAR, EM TESE, NO JUÍZO DE DELIBAÇÃO SOBRE O PEDIDO DE SUA SUSPENSÃO CAUTELAR, ATÉ ONDE SÃO RAZOÁVEIS AS PROIBIÇÕES NELA IMPOSTAS, ENQUANTO CONTENÇÃO AO ABUSO DO PODER CAUTELAR, E ONDE SE INICIA, INVERSAMENTE, O ABUSO DAS LIMITAÇÕES E A CONSEQUENTE AFRONTA A PLENITUDE DA JURISDIÇÃO E AO PODER JUDICIÁRIO. INDEFERIMENTO DA SUSPENSÃO LIMINAR DA MP 173, QUE NÃO PREJUDICA, SEGUNDO O RELATOR DO ACÓRDÃO, O EXAME JUDICIAL EM CADA CASO CONCRETO DA CONSTITUCIONALIDADE, INCLUÍDA A RAZOABILIDADE, DA APLICAÇÃO DA NORMA PROIBITIVA DA LIMINAR. CONSIDERAÇÕES, EM DIVERSOS VOTOS, DOS RISCOS DA SUSPENSÃO CAUTELAR DA MEDIDA IMPUGNADA". (ADI-MC 223, Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 5/4/1990, DJU 29/6/1990, p. 6218)

Isto porque a restrição imposta pela legislação pode se mostrar inconstitucional diante de uma situação específica ocorrente, não prevista no plano abstrato, necessariamente genérico³⁵² para a matéria de restrição de direitos fundamentais, em homenagem ao princípio da igualdade. O Tribunal afirmou essa tese que, conforme defendido pelo Relator Ministro Sepúlveda Pertence, decorre da eloqüente e extrema fertilidade da simbiose institucional da evolução constitucional brasileira, que acopla o velho sistema difuso americano de controle de constitucionalidade ao novo sistema europeu de controle direto e concentrado, de forma que a solução para a aferição da constitucionalidade da medida legislativa restritiva estará no manejo do controle difuso, em cada caso concreto.

Ensina Luis Prieto Sanchis³⁵³ que a virtualidade da ponderação é mais acentuada nos casos concretos do que no plano abstrato das leis, uma vez que a declaração de inconstitucionalidade da solução de colisão estabelecida em uma lei

³⁵² Sobre o assunto v. FREITAS, L.F.C. op. cit., p. 189-192; MENDES, G. op. cit. (2000), p. 272-275.

³⁵³ PRIETO SANCHIS, Luís. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003, p. 240

em abstrato representa situação extrema, o que está a justificar que a superação do juízo de constitucionalidade da ponderação legislativa não elimina os conflitos eclodidos da aplicação concreta dos mesmos direitos fundamentais considerados previamente pelo legislador.

Para Marcelo Guerra:

[...] Com efeito, jamais se poderá dizer, em face de um conflito de valores constitucionais, apontando como causa da inconstitucionalidade a ser decidida pelo STF, que um deles deve prevalecer, em toda e qualquer situação concreta. Isto, se não chega a inviabilizar por completo, no que diz com a inconstitucionalidade material, limita drasticamente a possibilidade de um controle abstrato de constitucionalidade.³⁵⁴

O julgamento analisado reafirma que o caso concreto é um forte elemento da medida do conteúdo dos direitos fundamentais, pois, segundo a lição de Gustavo Zagrebelsky, a natureza prática do Direito significa também a sua preocupação com a idoneidade para disciplinar efetivamente a realidade, já que estas consequências concretas não são um aspecto posterior do seu funcionamento, mas elemento qualitativo do Direito.³⁵⁵ Adiciona ainda o mestre italiano que não se pode controlar a validade da norma tendo em conta exclusivamente o que ela disse, mas o que apresenta o caso concreto, haja vista que o impacto da norma – em abstrato –, com as suas condições reais de funcionamento, importa transformação do seu significado, muitas vezes, alterando seu sentido.³⁵⁶

3.5 Os recursos constitucionais e a tutela dos direitos fundamentais na Espanha e Alemanha

³⁵⁴ GUERRA, Marcelo Lima. A proporcionalidade em sentido estrito e a fórmula do peso de Robert Alexy: significâncias e algumas implicações. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 141, p. 70.

³⁵⁵ ZAGREBELKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. 6. ed. Madrid: 2005, p. 122.

³⁵⁶ ZAGREBELKY, G. op. cit., p. 122. No mesmo sentido: BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira. Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 167-168.

Diferentemente do Brasil, Espanha e Alemanha dispõem de recurso específico e endereçado diretamente para suas Cortes constitucionais, com ampla legitimidade – inclusive para o particular –, destinado à tutela dos direitos fundamentais.

Na Espanha coexistem dois mecanismos de tutela dos direitos fundamentais: o recurso de amparo ordinário, com trâmite nos juízes e Tribunais comuns; e o recurso de amparo constitucional, cuja competência é o do Tribunal constitucional espanhol. Ambos os recursos, de um ponto de vista funcional, detêm duas vertentes, uma subjetiva, decorrente da proteção conferida ao interesse veiculado no recurso, e outra objetiva, expressa pelo caráter paradigmático conferido às decisões tomadas em matéria dos direitos fundamentais.³⁵⁷

O recurso de amparo constitucional³⁵⁸ possui, em regra³⁵⁹, caráter subsidiário, justamente porque sua viabilidade está associada à ineficiência da proteção dos direitos fundamentais pelos órgãos judiciais ordinários, constituindo esta etapa pressuposto processual de admissibilidade do recurso.

Conforme já anotado, García Enterría informa que esta competência do Tribunal Constitucional decorre da natureza central dos direitos fundamentais, como elementos definidores da identidade constitucional, exigindo uma superproteção com base na atuação reforçada daquela Corte.³⁶⁰

O instituto espanhol possui ampla legitimidade, decorrente do texto da Constituição da Espanha³⁶¹, atribuindo inclusive a interposição por toda pessoa natural ou jurídica que invoque interesse legítimo envolvendo os direitos fundamentais. Seus efeitos são todos os necessários para tutelar o direito

³⁵⁷ CARRASCO DURÁN, Manuel. *Los procesos para la tutela judicial de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002, p. 43-45.

³⁵⁸ Sobre o recurso de amparo constitucional e sua crise: CARMONA CUENCA, Encarna. *La crisis Del recurso de amparo. La protección de los derechos fundamentales entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional*. Universidade de Alcalá, 2005.

³⁵⁹ Utiliza-se a expressão em regra porque é admitido o amparo constitucional como mecanismo único contra atos não-legislativos dos órgãos parlamentares, excluindo, assim, o seu caráter subsidiário. Cf. CARMONA CUENCA, E. op. cit., 44-45.

³⁶⁰ GARCÍA ENTERRÍA, E. op. cit., p. 151-152.

³⁶¹ “Artículo 161 - 1. El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer: b) Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53, 2, de esta Constitución, en los casos y formas que la ley establezca”. “Artículo 53 - 2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30”.

fundamental agredido, não se limitando a declarar a nulidade da conduta recorrida.³⁶²

A realidade espanhola também demonstra a preocupação com a multiplicação de recursos, o que geraria uma possível crise funcional do amparo constitucional³⁶³, em face do comprometimento das demais funções desempenhadas pelo Tribunal constitucional, atraindo a atenção dos constitucionalistas da Espanha. No entanto, ressalva Carmona Cuenca que o problema não é exclusivamente espanhol, sendo detectado na Suíça, Áustria, Alemanha e até mesmo no Tribunal europeu de direitos humanos.³⁶⁴

Quanto ao sistema de jurisdição constitucional germânico, observa-se a presença do recurso constitucional individual, expressamente previsto na Lei fundamental da República Federal da Alemanha³⁶⁵ e na Lei do Tribunal constitucional alemão³⁶⁶, cuja definição é trazida por Luís Afonso Heck como “o pedido de uma pessoa, natural ou jurídica, relativo a uma violação sustentada de um direito constitucional do promovente por um titular do poder público, a um tribunal constitucional para ser decidido”.³⁶⁷

Lembra Heck que o recurso constitucional confere peso decisivo na atividade do Tribunal constitucional alemão diante da sua expressiva quantidade de feitos se comparado com as demais funções exercidas por aquela Corte³⁶⁸, o que garante a sua popularidade e prestígio para com o povo alemão. A importância

³⁶² “Se ha optado, pues, por una jurisdicción constitucional que no se limite a declarar la nulidad del acto lesivo de los derechos fundamentales. Muy al contrario, en la misma Sentencia se pueden adoptar las medidas apropiadas para la conservación del derecho, considerando, sin duda, que la mera declaración de nulidad no bastaba para satisfacer la pretensión del demandante de amparo”. Cf. CARMONA CUENCA, E. op. cit., p. 62.

³⁶³ Ibidem, p. 74.

³⁶⁴ Ibidem, p. 76.

³⁶⁵ Artigo 93, alínea 1, n. 4a: “O tribunal constitucional federal decide: sobre os recursos constitucionais, que podem ser promovidos por cada um com a afirmação de estar violado pelo poder público em um dos seus direitos fundamentais ou em um dos seus direitos contidos no artigo 20, alínea 4, artigos 33, 38, 101, 103 e 104 da lei fundamental”.

³⁶⁶ §13, n. 8a, §90: “Cada um pode, com a afirmação de estar violado pelo poder público, em um dos seus direitos fundamentais ou em um dos seus direitos contidos no artigo 20, alínea 4, artigo 33, 38, 101, 103 e 104, da lei fundamental promover o recurso constitucional no tribunal constitucional federal”.

³⁶⁷ HECK, L. A. op. cit., 138.

³⁶⁸ O professor Heck traz um quadro estatístico das atividades do Tribunal constitucional alemão, no período compreendido entre 1951 e 1993, em que se observa facilmente que o recurso constitucional individual ocupa a posição de maior número de feitos, pois, enquanto representou neste período 91.813 feitos, o controle abstrato de normas materializou 122 feitos e o controle concreto realizado pelos Tribunais com a remessa para o Tribunal constitucional da questão constitucional 2.846 feitos. Cf. HECK, L. A. op. cit., p. 118.

desta função é confirmada também por quadro estatístico apresentado em estudo de Gilmar Mendes.³⁶⁹

É certo que o recurso constitucional alemão detém também dupla função, materializada na perspectiva subjetiva, com efeito cassatório do caso recorrido, bem como desempenhando um meio de proteção específico do Direito constitucional objetivo, desenvolvendo a sua interpretação.³⁷⁰ Sua legitimidade é ampla, aferida pela titularidade dos direitos fundamentais enumerados na disposição constitucional, e destina-se contra ato do poder público violador desses direitos fundamentais, desde que esgotadas as vias judiciais comuns para a correção da violação, revelando a sua natureza subsidiária.

O estudo comparado das experiências espanhola e alemã, por meio do recurso de amparo constitucional e do recurso constitucional individual, demonstra que a tutela dos direitos fundamentais através de mecanismo de ampla legitimação e proteção direta de suas violações é dado marcante nos atuais modelos de jurisdição constitucional, mesmo que sobrecarregando a sua atividade e ainda naqueles países que adotam uma Corte constitucional, estruturada fora do Poder Judiciário. Isto assegura a inserção do recurso extraordinário no Brasil como instrumento de tutela dos direitos fundamentais, das suas perspectivas subjetiva e objetiva.

3.6 Os efeitos práticos no Supremo Tribunal Federal da tutela dos direitos fundamentais pelo recurso extraordinário: efeito suspensivo em matéria criminal e violação indireta da Constituição

O reconhecimento do recurso extraordinário como instrumento de tutela dos direitos fundamentais tem suas repercussões práticas nos julgamentos realizados pelo Supremo Tribunal Federal, o que redobra a necessidade de conceber esta via recursal como virtuoso remédio para a promoção dos direitos constitucionalmente protegidos.

Alguns assuntos constitucionais, diretamente relacionados aos direitos fundamentais, têm ocupado a rotina de trabalho do Supremo Tribunal Federal,

³⁶⁹ Em análise comparativa realizada entre os anos de 1951 e 1983, o constitucionalista também revelou que o recurso constitucional foi a principal atividade exercida pelo Tribunal constitucional alemão. Cf. MENDES, G. op. cit. (1990), p. 141-143.

³⁷⁰ Nesse sentido: CARMONA CUENCA, E. op. cit., p. 36; HECK, L. A. op. cit., p. 141.

permitindo a consolidação de jurisprudência no julgamento de recursos extraordinários, em verdadeiro conflito com o conteúdo básico da teoria dos direitos fundamentais, comprometendo a incorporação da sua força jurídica, essencial no regime constitucional.

Dentre os posicionamentos jurisprudenciais da Suprema Corte, observam-se duas experiências de marcante repercussão na vitalidade do recurso extraordinário, em relação ao enfrentamento da proteção dos direitos fundamentais: a ausência de efeito recursal suspensivo em matéria criminal e a violação indireta dos dispositivos constitucionais.

Baseado na legislação infraconstitucional, precisamente no artigo 637 do Código de Processo Penal³⁷¹ e no artigo 27, parágrafo segundo, da Lei n.º 8038/90³⁷², o Supremo Tribunal Federal³⁷³ reconhece constitucionalmente válida restrição – legal e abstrata – aos direitos fundamentais da presunção de inocência e ampla defesa, justamente porque determina a execução da pena fixada nas instâncias ordinárias, ainda que ausente uma necessidade cautelar que afaste a espera do trânsito em julgado da decisão recorrida, com a superação do conhecimento do recurso extraordinário interposto.

³⁷¹ “O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença”.

³⁷² “Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo”.

³⁷³ Por suas duas turmas: “HABEAS CORPUS - CONDENAÇÃO PENAL SUJEITA A RECURSO DE ÍNDOLE EXTRAORDINÁRIA AINDA PENDENTE DE APRECIÇÃO - POSSIBILIDADE DE EFETIVAÇÃO DA PRISÃO DO CONDENADO - PEDIDO INDEFERIDO. - O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO-CULPABILIDADE DOS RÉUS, FUNDADO NO ART. 5.º, LVII, DA CARTA POLÍTICA, NÃO SE QUALIFICA COMO OBSTÁCULO JURÍDICO A IMEDIATA CONSTRIÇÃO DO STATUS LIBERTATIS DO CONDENADO. - A EXISTÊNCIA DE RECURSO ESPECIAL (STJ) OU DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO (STF), AINDA PENDENTES DE APRECIÇÃO, NÃO ASSEGURA AO CONDENADO O DIREITO DE AGUARDAR EM LIBERDADE O JULGAMENTO DE QUALQUER DESSAS MODALIDADES DE IMPUGNAÇÃO RECURSAL, PORQUE DESPOJADAS, AMBAS, DE EFICÁCIA SUSPENSIVA (LEI N. 8.038/90, ART. 27, PAR. 2.). O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE - QUE PODE SER EVENTUALMENTE RECONHECIDO EM SEDE DE APELAÇÃO CRIMINAL - NÃO SE ESTENDE, CONTUDO, AOS RECURSOS DE ÍNDOLE EXTRAORDINÁRIA, POSTO QUE NÃO DISPÕEM ESTES, NOS TERMOS DA LEI, DE EFEITO SUSPENSIVO QUE PARALISE AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS QUE DECORREM DO ACÓRDÃO VEICULADOR DA CONDENAÇÃO PENAL. PRECEDENTES”. (HC 72102/MG, 1.ª T, Rel. Min. Celso de Mello, j. 14/2/1995, DJU 20/4/1995, p. 9948); “PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO DECORRENTE DE CONDENAÇÃO AINDA PENDENTE DE RECURSO. CF, ART. 5º, LVII. I. - Não configura constrangimento ilegal o fato de o réu condenado aguardar na prisão o julgamento dos recursos que interpôs. II. - O recurso especial e o recurso extraordinário, que não têm efeito suspensivo, não impedem a execução provisória da pena de prisão. Regra contida no art. 27, § 2º, da Lei 8.038/90, que não fere o princípio da presunção de inocência. Precedentes. III. - H.C. indeferido”. (RHC 84846/RS, 2.ª T, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 19/10/2004, DJU 5/11/2004, p. 38)

Este entendimento – baseado em legislação infraconstitucional que confere apenas efeito devolutivo ao recurso extraordinário – desconsidera que o conteúdo do recurso envolve o direito fundamental de liberdade e representa estrita visão deste importante instrumento constitucional de tutela dos direitos fundamentais, reduzindo-o artificialmente à função de controle do direito objetivo.³⁷⁴

Percebendo a importância do direito fundamental de liberdade para o regime democrático, cuja restrição impõe um acentuado peso ao direito fundamental ou valor que justifique a prisão do recorrente, algumas decisões³⁷⁵ do Supremo

³⁷⁴ Conforme precedente crítica de Eugênio Pacceli, referindo-se à necessidade de prestigiar o princípio da presunção de inocência: “Quanto à primeira hipótese, conforme tivemos oportunidade de observar, preferindo interpretar a norma constitucional à luz da legislação processual, a Corte Suprema admite abertamente, sem qualquer fundamentação em necessidade – exceto um, provável, mas inconfessável, de política judiciária – a execução provisória de quem não é considerado culpado. E o que é pior: nem sequer é exigido ao exequente, como no cível, palco de questões freqüentemente patrimoniais, qualquer garantia para o caso de provimento do apelo excepcional. Mas, para isso, certamente há uma explicação. E até bem simples. É que, ao contrário da execução provisória no cível, a garantia jamais se mostraria suficiente diante da impossibilidade real da restituição da liberdade usurpada”. Cf. OLIVEIRA, Eugênio Pacceli de. O Supremo e as garantias processuais: verdades, mentiras e outras indagações. In: CRUZ, A. R. S.; SAMPAIO, J. A. L. *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: DelRey, 2001, p. 319.

³⁷⁵ “HABEAS CORPUS - CONDENAÇÃO PENAL RECORRÍVEL - SUBSISTÊNCIA, MESMO ASSIM, DA PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE NÃO-CULPABILIDADE (CF, ART. 5º, LVII) - RECONHECIMENTO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE - CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS (ARTIGO 7º, Nº 2) - ACÓRDÃO QUE ORDENA A PRISÃO DA CONDENADA, POR REPUTAR LEGÍTIMA ‘A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DO JULGADO’ E, TAMBÉM, PELO FATO DE OS RECURSOS EXCEPCIONAIS DEDUZIDOS PELA SENTENCIADA (RE E RESP) NÃO POSSUÍREM EFEITO SUSPENSIVO - DECRETABILIDADE DA PRISÃO CAUTELAR - POSSIBILIDADE, DESDE QUE SATISFEITOS OS REQUISITOS MENCIONADOS NO ART. 312 DO CPP - NECESSIDADE DA VERIFICAÇÃO CONCRETA, EM CADA CASO, DA IMPRESCINDIBILIDADE DA ADOÇÃO DESSA MEDIDA EXTRAORDINÁRIA - SITUAÇÃO EXCEPCIONAL NÃO VERIFICADA NA ESPÉCIE - CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO - PEDIDO DEFERIDO. PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE NÃO-CULPABILIDADE E CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS - COMPATIBILIDADE DA PRISÃO CAUTELAR DECORRENTE DE SENTENÇA CONDENATÓRIA RECORRÍVEL, DESDE QUE SE EVIDENCIE A IMPRESCINDIBILIDADE DESSA MEDIDA EXCEPCIONAL. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de reconhecer que a prisão decorrente de sentença condenatória meramente recorrível não transgredir o princípio constitucional da não-culpabilidade, desde que a privação da liberdade do sentenciado - satisfeitos os requisitos de cautelaridade que lhe são inerentes - encontre fundamento em situação evidenciadora da real necessidade de sua adoção. Precedentes. - A Convenção Americana sobre Direitos Humanos não assegura, de modo irrestrito, ao condenado, o direito de (sempre) recorrer em liberdade, pois o Pacto de São José da Costa Rica, em tema de proteção ao ‘status libertatis’ do réu, estabelece, em seu Artigo 7º, nº 2, que ‘Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas Constituições políticas dos Estados-Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas’, admitindo, desse modo, a possibilidade de cada sistema jurídico nacional instituir os casos em que se legitimará, ou não, a privação cautelar da liberdade de locomoção física do réu ou do condenado. Precedentes. - O Supremo Tribunal Federal - embora admitindo a convivência entre os diversos instrumentos de tutela cautelar penal postos à disposição do Poder Público, de um lado, e a presunção constitucional de não-culpabilidade (CF, art. 5º, LVII) e o Pacto de São José da Costa Rica (Artigo 7º, nº 2), de outro - tem advertido sobre a necessidade de estrita observância, pelos órgãos judiciários competentes, de determinadas exigências, em especial a

Tribunal Federal têm passado a afastar o regime legal que não reconhecia o efeito suspensivo à interposição de recurso extraordinário. Reexaminando a restrição imposta pelo legislador diante da Constituição, o Tribunal demonstrou que, perante a necessidade de tutela de certos direitos fundamentais, somente quando presente uma necessidade cautelar concreta, é cabível a compressão do direito de liberdade, repelindo uma verdadeira execução antecipada da pena, até então obrigatória nas instâncias extraordinárias, mesmo que antes da consumação do trânsito em julgado. A matéria ainda não está definida, pois se encontra pendente o julgamento do HC 84078/MG perante o Pleno do Supremo Tribunal Federal, oportunidade em que se espera, seguindo a teoria dos direitos fundamentais, que aquele Tribunal julgue com correção, reafirmando a vocação do recurso extraordinário para a tutela dos direitos fundamentais, de forma que vede a possibilidade de prisão do recorrente quando ausente a essencial necessidade, fundamentado tão-somente em previsão abstrata da legislação infraconstitucional.

Outro assunto constitucional fértil no Supremo Tribunal Federal é o atinente aos julgados que inadmitem o recurso extraordinário por possível violação indireta da Constituição, mesmo que tratando da proteção dos direitos fundamentais. Esta linha jurisprudencial, que tem inclusive exemplo sumulado³⁷⁶, parte da compreensão de que determinados direitos fundamentais exigem o enfrentamento da legislação infraconstitucional para a definição do seu conteúdo.³⁷⁷

demonstração - apoiada em decisão impregnada de fundamentação substancial - que evidencie a imprescindibilidade, em cada situação ocorrente, da adoção da medida constritiva do 'status libertatis' do indiciado/réu, sob pena de caracterização de ilegalidade ou de abuso de poder na decretação da prisão meramente processual. PRISÃO CAUTELAR - CARÁTER EXCEPCIONAL. - A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada em situações de absoluta necessidade. A prisão processual, para legitimar-se em face de nosso sistema jurídico, impõe - além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência material do crime e indício suficiente de autoria) - que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu. - A questão da decretabilidade da prisão cautelar. Possibilidade excepcional, desde que satisfeitos os requisitos mencionados no art. 312 do CPP. Necessidade da verificação concreta, em cada caso, da imprescindibilidade da adoção dessa medida extraordinária. Doutrina. Precedentes. (HC 89754/BA, 2.^a T, Rel. Min. Celso de Mello, j. 13/2/2007, DJU 27/4/2007, p. 106). No mesmo sentido: RHC 8550/SP.

³⁷⁶ "636 - Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida".

³⁷⁷ "AGRAVO DE INSTRUMENTO - ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 5º, INCISOS XXII E LIV, DA CONSTITUIÇÃO - AUSÊNCIA DE OFENSA DIRETA AO TEXTO CONSTITUCIONAL - CONTENCIOSO DE MERA LEGALIDADE - RECURSO IMPROVIDO. PREQUESTIONAMENTO

No entanto, ignora a Suprema Corte que, mesmo os direitos fundamentais de restrito âmbito de proteção normativa, possuem um conteúdo mínimo, indiferentemente da existência ou não de legislação infraconstitucional que os concretize ou proteja, coadunando-se, portanto, com o artigo 5.º, parágrafo primeiro, da Constituição Federal.³⁷⁸ A supressão da atuação do recurso extraordinário na tutela dos direitos fundamentais por, segundo o entendimento criticado, violação indireta da Constituição permite a conclusão que a superveniência de produção legislativa voltada para a concretização de um direito fundamental se traduz – absurdamente – em prejuízo para o exercício deste mesmo direito, uma vez que a lacuna legislativa não tornaria indireta a violação, abrindo a incidência direta do texto constitucional.

A compreensão do recurso extraordinário com o propósito de tutela de direitos fundamentais repele a singela mutilação dos direitos fundamentais, operada pelo Supremo Tribunal Federal nessas decisões, sobretudo porque a sua dimensão objetiva recomenda o dever de proteção dirigido ao legislador.³⁷⁹

EXPLÍCITO E OFENSA DIRETA À CONSTITUIÇÃO. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, mesmo sob a égide da Constituição de 1988, continua a exigir o prequestionamento explícito da matéria constitucional. A ofensa à Lei Fundamental da República - que se supõe direta e imediata, para efeito de acesso à via recursal extraordinária - não dispensa o requisito essencial do prequestionamento, que não se admite implícito. Precedentes. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO DIREITO DE PROPRIEDADE - HIPÓTESE DE VULNERAÇÃO OBLÍQUA AO TEXTO CONSTITUCIONAL. - A alegação de ofensa à garantia dominial impõe, para efeito de seu reconhecimento, a análise prévia da legislação comum, pertinente à regência normativa do direito de propriedade, o que poderá caracterizar, quando muito, situação de ofensa reflexa ao texto da Constituição, suficiente, por si só, para descaracterizar o próprio cabimento do apelo extremo. Precedentes. 'DUE PROCESS OF LAW E PRINCÍPIO DA LEGALIDADE'. - A garantia do devido processo legal exerce-se em conformidade com o que dispõe a lei, de tal modo que eventual desvio do ato decisório configurará, quando muito, situação tipificadora de conflito de mera legalidade, apto a desautorizar a utilização do recurso extraordinário. Precedentes. - A alegação de ofensa ao princípio da legalidade, inscrito no art. 5º, II, da Constituição da República, não autoriza, só por si, o acesso à via recursal extraordinária, pelo fato de tal alegação tornar indispensável, para efeito de sua constatação, o exame prévio do ordenamento positivo de caráter infraconstitucional, dando ensejo, em tal situação, à possibilidade de reconhecimento de hipótese de mera transgressão indireta ao texto da Carta Política. Precedentes". (AI-AgR 338090/RS, 2.ª T, Rel. Min. Celso de Mello, j. 12/3/2002, DJU 12/4/2002, p. 60); "CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. OFENSA À CONSTITUIÇÃO. I. - Somente a ofensa direta à Constituição autoriza a admissão do recurso extraordinário. No caso, o acórdão limita-se a interpretar normas infraconstitucionais. II. - R.E. inadmitido. Agravo não provido". (AI-AgR 222418/SC, 2.ª T, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 6/4/1999, DJU 28/5/1999, p. 10)

³⁷⁸ "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata".

³⁷⁹ "Segundo tal posição, se a decisão judicial recorrida aplicar uma lei sem levar em consideração os princípios constitucionais que deveriam nortear sua exegese, não caberá o extraordinário, pois não terá havido ofensa direta à Lei Maior. Tal orientação é nefasta, por impedir que o Supremo Tribunal Federal tutele o respeito à Constituição, pelos tribunais ordinários, na sua tarefa de interpretar e aplicar a legislação à luz da Lei Maior. Afastam-se do crivo do Pretório Excelso as mais relevantes

Em artigo específico sobre a violação indireta, critica José Emílio Medauar Ommati:

Se essa idéia prevalecer no direito brasileiro, será a própria Constituição que estará sendo desconsiderada e reescrita pelo STF. Ora, se existe um modelo constitucional de processo, estabelecido pelo Texto Fundamental brasileiro, e esse modelo existe, em decorrência dos princípios constitucionais, por exemplo, do devido processo legal, ampla defesa, contraditório, fundamentação das decisões judiciais, é claro que esses princípios constitucionais só ganham sentido e densidade nas situações concretas e nas normas infraconstitucionais que os densificam, tais como as normas do Código de Processo Civil que regulam o direito a prova, no momento de produção da mesma, dentre outras. Assim, o descumprimento dessas normas processuais pode, dependendo da situação, levar ao descumprimento de normas constitucionais [...].³⁸⁰

Vem ganhando força na Corte Suprema a corrente jurisprudencial³⁸¹ que prestigia os direitos fundamentais, sublinhando que estes direitos possuem um

hipóteses de aplicação da teoria da eficácia irradiante dos direitos fundamentais, que se ligam à necessidade de interpretação das cláusulas gerais do direito infraconstitucional ao lume dos valores hospedados na Constituição. Recorde-se, a propósito, que foi exatamente em casos dessa espécie que se desenvolveu a teoria da eficácia irradiante dos direitos fundamentais. É certo que o STF não deve se converter em mais uma instância de revisão das decisões judiciais, o que aprofundaria ainda mais sua crise, decorrente da sobrecarga de trabalho, e agravaria o problema da morosidade da prestação jurisdicional, que tem no cabimento indiscriminado de recursos um dos seus principais ingredientes. Entretanto, isso não justifica que o STF, por uma construção formalista, abandone o seu papel de guardião da Constituição, descurando-se de uma das principais funções da Lei Maior, que é a de pautar a interpretação de todo o ordenamento jurídico-positivo". Cf. SARMENTO, Daniel. op. cit. (2003), p. 287.

³⁸⁰ OMMATI, José Emílio Medauar. Ofensa reflexa à Constituição: ofensa direta à Constituição. NERY JR. N.; WAMBIER, T.A.A. (orgs.) *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos tribunais, v. 10, 2006, p. 190.

³⁸¹ "DEFESA - DEVIDO PROCESSO LEGAL - INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS - EXAME - LEGISLAÇÃO COMUM. A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito - o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais. PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - INTEIREZA. A ordem jurídico-constitucional assegura aos cidadãos o acesso ao Judiciário em concepção maior. Engloba a entrega da prestação jurisdicional da forma mais completa e convincente possível. Omissa o provimento judicial e, em que pese a interposição de embargos declaratórios, persistindo o vício na arte de proceder, forçoso é assentar a configuração da nulidade. Isso ocorre diante da recusa do órgão julgador em emitir entendimento explícito sobre a valia, ou não, de aresto indicado, como paradigma, para efeito de conhecimento do recurso de revista - artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho". (RE 158655/PA, 2.^a T, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 20/8/1996, DJU 2/5/1997, p. 16567); RECURSO EXTRAORDINÁRIO - PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL - NORMAS LEGAIS - CABIMENTO. A intangibilidade do preceito constitucional que assegura o devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da tese de

conteúdo mínimo, de forma que não pode ser suprimida a sua proteção pelo recurso extraordinário, diante da simples existência de legislação infraconstitucional que os discipline ou proteja.

A inserção dos direitos fundamentais como objeto de tutela do recurso extraordinário demonstra o equívoco da restrição apontada, evitando o grave problema denunciado pelo jogo de palavras de José Emílio Ommati, precisamente que “a idéia de ofensa reflexa à Constituição leva a uma ofensa direta ao Texto Constitucional”.³⁸²

Os dois exemplos relatados demonstram as graves consequências práticas no desenvolvimento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, quando adotada uma proposta de tutela dos direitos fundamentais por meio do recurso extraordinário, determinante para a fixação do próprio conteúdo desses direitos, surgidos e contornados em função da riqueza dos casos concretos, bem como da amplitude democrática da sua legitimidade.

que a ofensa à Carta Política da República suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal apreciar a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora se torne necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito: o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais. (RE 242064, 2.^a T, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 14/11/2000, DJU 24/8/2001, p. 63). Adotando o mesmo entendimento: RE 158215, RE 154159, RE, 158655, RE 198016, RE 223230 e RE 168754.

³⁸² OMMATI, J.E.M. op. cit., p. 199.

CONCLUSÃO

A abordagem científica da Constituição não pode se limitar aos aspectos formal e material, pois a sua presença na vida cotidiana de cada cidadão, como pauta normativa suprema da convivência humana, é evidente, daí ser relevante o reconhecimento de que sua aplicação supõe uma perspectiva e uma disciplina próprias conferidas pelo Direito.

Admitir a necessidade de um conjunto normativo especial para o controle da aplicação da Constituição, materializado pelo Direito processual constitucional, coaduna-se: com o nível hierárquico superior que as suas normas ocupam no ordenamento jurídico; com o desenvolvimento histórico de modelos institucionais de controle de constitucionalidade; e com a criação e a definição de funções a serem desempenhadas pelas Cortes constitucionais. Esses elementos realçam bem as específicas características que compõem a prática processual constitucional, como também sublinham – no atual momento histórico – a importância capital da efetivação do conteúdo das Constituições para a democracia.

A difusão da jurisdição constitucional apresenta-se como elemento de relevância funcional para a vitalidade da Constituição, sobretudo em um país como o Brasil, marcado por um território continental e por regiões bem distintas no plano social, econômico e cultural, decorrendo numa ampla diversidade de interpretações do seu texto, produzidas em ambientes institucionais e sociais distintos.

Nesse contexto, o recurso extraordinário revela-se como um desses pontos de abertura, voltado para canalização dessas diferenças e conseqüente endereçamento ao Supremo Tribunal Federal, segundo resulta das próprias hipóteses do artigo 102, inciso III, da Constituição Federal, cuja abrangência de tutela também envolve os direitos fundamentais, uma vez que integrantes de parcela temática da Constituição.

O conhecimento dos instrumentos processuais de tutela dos direitos fundamentais, e dos órgãos que desempenham essa missão, forma os pressupostos da idéia de uma Constituição que se destina à transformação e ao progresso dos seus cidadãos, cujo significado institucional também está a depender do trabalho do Poder Judiciário.

Elementos essenciais na estruturação das Constituições, os direitos fundamentais suscitam para os Estados, em especial para o Poder Judiciário, desafios aplicativos gerados não só pela universalização de seus titulares, mas pelo destaque jurídico que ostentam nos textos constitucionais, atestado pela proteção normativa que lhes vem sendo atribuída, seja por meio da consagração textual dos desenvolvimentos teóricos dos direitos fundamentais, seja pela virtuosa disposição de mecanismos processuais destinados a torná-los efetivos.

Por isso, o papel do Supremo Tribunal Federal, como intérprete máximo da Constituição, aliado à textura aberta das disposições constitucionais e à expansão da jurisdição constitucional, demonstra que a participação dos cidadãos na interpretação da Constituição é uma via segura na abertura de um processo de legitimação das decisões tomadas pela Suprema Corte brasileira, assim como realça a crescente preocupação com as posições jurisprudenciais expressadas em seus julgamentos.

Da mesma forma, a análise da abertura, das dimensões, das funções, e da estrutura principiológica dos direitos fundamentais, bem como dos mecanismos de superação de suas colisões, confirma que o reconhecimento de um veículo concreto de tutela dos direitos fundamentais nas atividades do Supremo Tribunal Federal, em que a compreensão judicial identifica e individualiza os perigos que afligem os direitos fundamentais, é fator de imprescindível força no balizamento das perspectivas constitucionais brasileiras, pois confere contornos próprios ao desenvolvimento dos direitos fundamentais.

Democracia, Constituição, processo constitucional, direitos fundamentais e Supremo Tribunal Federal são idéias básicas para o sistema jurídico brasileiro e que convergem para o recurso extraordinário, não só como indicativos que explicam a necessidade premente de estudos específicos sobre o assunto, mas também – e principalmente – como elementos que demonstram a importância teórica e prática na busca do entendimento e desenvolvimento deste mecanismo de materialização da jurisdição constitucional, cuja operacionalidade fortalece a feliz percepção de que o Supremo Tribunal Federal é o último intérprete da Constituição, não o único.³⁸³

³⁸³ BINENBOJM, G. op. cit., p. 248.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 3. reimpressão. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

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

ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. 6. reimp. São Paulo: Companhia das letras, 2006.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. As especificidades e desafios democráticos do processo constitucional. In: CRUZ, A. R. S.; SAMPAIO, J. A. L. *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: DelRey, 2001, p. 93-158.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional. Aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. Conceitos fundamentais sobre o controle de constitucionalidade e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel (org.). *O controle de constitucionalidade e a lei n.º 9.868/99*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2001, p. 233-268.

BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: SARLET, I.W. (org). *Direitos fundamentais, informática e comunicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 63-100.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira. Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

- BITTENCOURT, C. A Lúcio, *Controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Série arquivos da justiça. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958.
- CANOTILHO, J.J.Gomes. A “principalização” da jurisprudência através da Constituição. *Revista de processo*. São Paulo: RT, v. 98, abril/jun. 2000, p. 82/89.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.
- CARRASCO DURÁN, Manuel. *Los procesos para la tutela judicial de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002.
- CARMONA CUENCA, Encarna. *La crisis Del recurso de amparo. La protección de los derechos fundamentales entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional*. Universidade de Alcalá, 2005.
- CATTONI, Marcelo. Direito constitucional processual e Direito processual constitucional: Limites da distinção em face do modelo constitucional brasileiro do controle jurisdicional de constitucionalidade. In: CATTONI, Marcelo (org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 463-467.
- CAVALCANTI, Temístocles Brandão. *Do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.
- CLÈVE, Clemerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. Estado de Direito e direitos fundamentais. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; CRUZ, D. R. (orgs). *Estado de Direito e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 171-184.
- DANTAS, Ivo. *Constituição e Processo*. 2. ed. rev. atual. e amp. Curitiba: Juruá, 2007.

DIDIER JR. Fredie. As transformações do recurso extraordinário. In: NERY JR, Nelson; WAMBIER, Teresa A. A. (orgs.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. v. 10. São Paulo: RT, 2006, p. 105-112.

DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. *Constituição e hermenêutica constitucional*, 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

FARIAS, Edmilson Pereira de. *Colisão de direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2. ed. atual. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2000.

FERNÁNDEZ SEGADO. Francisco. A obsolescência da bipolaridade tradicional (modelo americano – modelo europeu-kelseniano) dos sistemas de justiça constitucional. In: MARTINS, Ives G. da Silva; MENDES, Gilmar F.; TAVARES, André R. (orgs.). *Lições de direito constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos*. Belo Horizonte: Saraiva, 2005, p. 366-395.

FERREIRA, Pinto. Os instrumentos processuais protetores dos direitos humanos. In: CUNHA, S.S; GRAU, E.R (orgs.) *Estudos em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 589-615.

FERRER MAC-GREGOR. Eduardo. El Derecho processual constitucional como disciplina jurídica autônoma. *Anuário de Derecho constitucional latinoamericano 2006*. Disponível em < www.juridicas.unam.mx >. Acesso em 29 maio de 2007.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos fundamentais. Limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

GARCÍA ENTERRÍA, Eduardo. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. 4. Ed. Madri: Thomson civitas, 2006.

GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Aspectos da teoria geral dos direitos fundamentais. In: GONET BRANCO, P. G.; MENDES, G. F.; COELHO, I. M. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

GRINOVER, Ada P.; GOMES FILHO, Antônio M.; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no processo penal*. 2. ed. rev. atual. 3. tiragem. São Paulo: RT, 1999.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo constitucional e direitos fundamentais. 3. ed. São Paulo: C. Bastos, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Constituição em sentido processual. In: MARTINS, Ives G. da Silva; MENDES, Gilmar F.; TAVARES, André R. (orgs.). *Lições de direito constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos*. Belo Horizonte: Saraiva, 2005, p. 89-91.

HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1995.

JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos recursos cíveis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LAMY, Marcelo. Sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. In: MARTINS, Ives G. da Silva; MENDES, Gilmar F.; TAVARES, André R. (orgs.). *Lições de direito constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos*. Belo Horizonte: Saraiva, 2005, p. 537-575.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 6. ed. São Paulo: Thomson, 2005.

LOPES, Ana Maria D'Ávila, *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2001.

LOPES, Ana Maria D'Ávila Lopes. Bases conceituais da jurisdição constitucional. *NOMOS – Revista do curso de mestrado em direito da Universidade Federal do Ceará*. Fortaleza: v. 23, jan./dez. 2004, p. 23-33.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Fundamentos constitucionais do processo*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 5. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 1998.

MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*. São Paulo: RT, 2002.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito processual constitucional*. 3. ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade. Aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MENDES, Gilmar. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 2. ed. rev. e amp. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

MENDES, G. Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões. In: GONET BRANCO, P. G.; MENDES, G. F.; COELHO, I. M. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília jurídica, 2000.

MIRANDA, J. *Manual de direito constitucional. Tomo IV. Direitos Fundamentais*, 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional. Tomo VI. Inconstitucionalidade e garantia da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Coimbra editora, 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa Moreira. *Comentários ao Código de Processo Civil. Volume V*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MÜLLER, Friederich. Dez propostas para a reforma do Judiciário na República Federativa do Brasil. *Revista Latino-Americana de estudos constitucionais*. Belo Horizonte: DelRey, v. VII, 2005, p. 13-22.

NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade. Estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra: Coimbra editora, 2007.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 6. ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 2000.

NEGRÃO Theotônio. *Código de Processo Civil e legislação processual civil em vigor*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

OLIVEIRA, Eugênio Pacceli de. O Supremo e as garantias processuais: verdades, mentiras e outras indagações. In: CRUZ, A. R. S.; SAMPAIO, J. A. L. *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: DelRey, 2001, p. 295-326.

OMMATI, José Emílio Medauar. Ofensa reflexa à Constituição: ofensa direta à Constituição. NERY JR. N.; WAMBIER, T.A.A. (orgs.) *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos tribunais, v. 10, 2006, p. 190-199.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 9. ed. Madri: Tecnos, 2005.

PINTO, Nelson Luiz Pinto. *Manual dos recursos cíveis*. 2. ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção constitucional contra omissões legislativas. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2. ed., rev. atual. e amp. São Paulo: RT, 2003.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito constitucional internacional*. 7. ed. rev., amp. e atual. São Paulo : Saraiva, 2006.

PRIETO SANCHIS, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madri: Trotta, 2003.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais (Teoria geral)*. Coimbra: Coimbra editora, 2002.

QUEIROZ, Rholden Botelho de. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Fortaleza, 2004. 135f. Dissertação (Mestrado em Direito constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará.

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

RAMOS, André de Carvalho. A expansão do Direito Internacional e a Constituição. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). *Crise e desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 291-314.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: ROTHENBURG, Walter C.; TAVARES, TAVARES, André R. (orgs.). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 198-236.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 3. ed. rev. atual. e amp. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. rev. atual. amp. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 1. ed. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2002.

SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: DelRey, 2003, p. 251-314.

SCHÄEFER, Jairo. *Classificação dos direitos fundamentais. Do sistema geracional ao sistema unitário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filragem constitucional. Construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

SILVA, José Afonso. *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*. São Paulo : RT, 1958.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. *Direito processual constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. Processo Constitucional, democracia e direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: DelRey, 2003, p. 405-422.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TAVARES, André Ramos. Perfil constitucional do recurso extraordinário. In: ROTHENBURG, Walter C. ; TAVARES, André Ramos (orgs.). *Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no brasil. Recurso extraordinário e arguição de descumprimento de preceito fundamental*. Rio de Janeiro : Forense, 2003, p. 4-60.

TAVARES, André Ramos. Elementos para uma teoria geral dos princípios. In: LEITE, George Salomão (org.). *Dos princípios constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 21-51.

TAVARES, André Ramos. Justiça constitucional e suas fundamentais funções. *Revista de informação legislativa*. Brasília: v. 171, jul./set. 2006, p. 19-47.

TAVARES, André Ramos. *Nova Lei da súmula vinculante. Estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006*. São Paulo: Método, 2007.

VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. Belo Horizonte: DelRey, 2003.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*. São Paulo: RT, 2002.

WEICHERT, Marlon Alberto. O recurso extraordinário no controle abstrato de constitucionalidade. In: ROTHENBURG, Walter C. ; TAVARES, André Ramos (orgs.). *Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no brasil. Recurso extraordinário e arguição de descumprimento de preceito fundamental*. Rio de Janeiro : Forense, 2003, p. 61-76.

ZAGREBELKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. 6. ed. Madrid: Trotta, 2005.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2001.