

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDO DO SUL
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

PEDRO ISAIAS SÔNEGO BÚRIGO

**Direito Fundamental e Direito Procedimental:
proteção de direito fundamental ante o Supremo Tribunal Federal?**

PORTO ALEGRE

2014

PEDRO ISAIAS SÔNEGO BÚRIGO

**Direito Fundamental e Direito Procedimental:
proteção de direito fundamental ante o Supremo Tribunal Federal?**

Trabalho de Dissertação do Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais apresentado ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS – como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Luís Afonso Heck

PORTO ALEGRE

2014

PEDRO ISAIAS SÔNEGO BÚRIGO

**Direito Fundamental e Direito Procedimental:
proteção de direito fundamental ante o Supremo Tribunal Federal?**

Trabalho de Dissertação do Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais apresentado ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS – como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre.

Porto Alegre. 31 de março de 2014.

Conceito atribuído: A

Prof. Dr. Luís Afonso Heck
Orientador
UFRGS

Banca Examinadora

Prof. Dr. Anízio Pires Gavião Filho

Prof. Dr. Roberto José Ludwig

Prof. Dra. Véra Maria Jacob de Fradera

AGRADECIMENTOS

A conclusão do curso de mestrado junto à faculdade de direito da Universidade do Rio Grande do Sul só se tornou possível graças às pessoas que estiveram à minha volta ao longo dos últimos dois anos. Sem o auxílio delas nada disso teria sido possível.

Ao prof. Dr. Luís Afonso Heck agradeço por ter me aceito e me orientado durante todo o curso, tendo sempre dispensado auxílio seguro e paciente.

Aos meus pais, Débora e José, agradeço por proporcionarem um lar amoroso para mim e para minha irmã, Theodora. Devo agradecer aos três pelo apoio e suporte que me deram ao longo desses dois anos.

Aos meus amigos, em especial ao Pedro, ao Bruno e ao Gabriel, agradeço pelos incentivos, tenham sido eles acadêmicos ou pessoais. É uma grande honra tê-los como amigos.

À minha namorada, Nathália, agradeço pelo apoio, por acreditar que isso seria possível, pela paciência e compreensão que teve ao longo desses dois anos. A satisfação pela finalização desta etapa da minha vida não seria a mesma se não pudesse ser compartilhada contigo.

RESUMO

A constituição vigente atribui ao STF a sua guarda precípua. Para que seja possibilitado ao tribunal o cumprimento de sua tarefa constitucional, faz-se necessária a existência de procedimentos adequados que permitam o acesso a ele. É nesse âmbito em que está colocada esta dissertação. Ela se debruça sobre os procedimentos existentes na sistemática jurídico-constitucional brasileira que possibilitam o acesso ao STF. O seu objetivo é determinar se tais procedimentos permitem seja alcançada uma proteção subjetiva adequada de direitos fundamentais, vez que a proteção total da constituição só pode ser concretizada por meio da conjugação de procedimentos destinados a sua proteção objetiva e subjetiva. Para isso, em primeiro lugar, é descrita a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, à qual a dissertação se filia, naquilo que é pertinente ao desenvolvimento do tema. Calcada nas premissas fixadas na primeira parte, e valendo-se do recurso constitucional alemão como modelo comparativo, a dissertação adentra, por conseguinte, em sua segunda parte, momento em que são descritos individualmente os procedimentos existentes na sistemática jurídico-constitucional brasileira, com enfoque especial sobre seus objetos/âmbitos de proteção e titularidade/legitimidade para propositura. Ao fim, é feita uma análise em conjunto dos procedimentos no intuito de verificar se permitem uma proteção subjetiva adequada de direitos fundamentais e, com isso, se a constituição vigente está totalmente protegida.

Palavras-chave: Direito Fundamental. Direito Procedimental. Supremo Tribunal Federal. Proteção Subjetiva. Recurso Constitucional.

Título: Direito Fundamental e Direito Procedimental: proteção de direito fundamental ante o Supremo Tribunal Federal

ABSTRACT

The current constitution gives to the Supreme Federal Court its essential guard. To allow the court to fulfill its constitutional duty it is necessary the existence of adequate procedures that allow the access to the court. It is in this context that this dissertation is placed. It leans over the existing procedures in the brazilian constitutional systematic that allow access to the court. Its objective is to determine whether such procedures enable to achieve adequate subjective protection of constitutional rights since the full protection of the constitution can only be reached through the combination of procedures that aim its objective and subjective protection. For this, firstly, it is described the theory of constitutional rights of Robert Alexy, with which the dissertation agrees, in what it is relevant to the development of the subject approached. Grounded in assumptions set out in the first part, and having the german constitutional appeal as a comparative model, the dissertation enters, therefore, in its second part, when it is described each one of the existing procedures in brazilian constitutional systematic with special focus on their objects/areas of protection and entitlement/legitimacy for their use. At the end, it is done a combined analysis of all the procedures in order to determine whether adequate subjective protection of constitutional rights is allowed by them and thus if the current constitution is fully protected.

Keywords: Constitutional Right. Procedural Right. Supreme Federal Court. Subjective protection. Constitutional Appeal.

Title: Constitutional Right and Procedural Right: protection of constitutional right before the Supreme Federal Court.

ABREVIATURAS

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CPP – Código de Processo Penal

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

HC – Habeas Corpus

HD – Habeas Data

MI – Mandado de Injunção

MS – Mandado de Segurança

Mv – Mensagem de Veto

RE – Recurso Extraordinário

ss. – e seguintes

STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| Introdução | 11 |
| 1. Direitos fundamentais..... | 13 |
| 1.1. Breve histórico..... | 13 |
| 1.1.1. Considerações preliminares | 13 |
| 1.1.2. As declarações de direitos do homem do século XVIII..... | 14 |
| 1.2. O conceito de direito fundamental..... | 17 |
| 1.3. O conceito de normas de direitos fundamentais..... | 19 |
| 1.3.1. O conceito semântico de norma | 20 |
| 1.3.2. A norma de direito fundamental..... | 22 |
| 1.3.3. Normas de direito fundamental na Constituição brasileira | 25 |
| 1.4. A diferença estrutural das normas de direitos fundamentais: o modelo de regras e princípios..... | 27 |
| 1.4.1. Conflito entre regras e colisão entre princípios | 29 |
| 1.4.2. Aplicação de regras e princípios: subsunção e ponderação | 31 |
| 1.4.3. Princípio da proporcionalidade e ponderação | 32 |
| 1.4.4. O modelo de regras e princípios..... | 34 |
| 1.5. A dupla dimensão dos direitos fundamentais: como direitos subjetivos e como normas objetivas | 35 |
| 1.5.1. O conceito de direito subjetivo | 36 |
| 1.5.1.1. Direitos a ações negativas | 38 |
| 1.5.1.2. Direitos a ações positivas..... | 39 |
| 1.5.1.2.1. Direitos a prestações em sentido restrito (direitos fundamentais sociais) | 39 |
| 1.5.2. A tese da subjetivação | 41 |
| 1.6. Proteção de direito fundamental: direito procedimental (procedimento em sentido estrito) | 43 |
| 2. Direito procedimental ante o Supremo Tribunal Federal | 47 |
| 2.1. Considerações iniciais..... | 47 |
| 2.1.1. O recurso constitucional alemão como modelo | 52 |
| 2.1.1.1. Função e significado | 52 |

| | |
|--|----|
| 2.1.1.2. Pressupostos de admissibilidade..... | 54 |
| 2.1.1.3. Procedimento e decisão | 57 |
| 2.2. Habeas corpus | 58 |
| 2.2.1. Âmbito de proteção | 58 |
| 2.2.2. Titularidade..... | 61 |
| 2.2.3. No Supremo Tribunal Federal | 62 |
| 2.2.4. Insuficiências..... | 64 |
| 2.3. Habeas data | 65 |
| 2.3.1. Âmbito de proteção | 65 |
| 2.3.2. Titularidade..... | 67 |
| 2.3.3. No Supremo Tribunal Federal | 67 |
| 2.3.4. Insuficiências..... | 68 |
| 2.4. Mandado de segurança..... | 68 |
| 2.4.1. Âmbito de proteção | 68 |
| 2.4.2. Titularidade..... | 72 |
| 2.4.3. No Supremo Tribunal Federal | 72 |
| 2.4.4. Insuficiências..... | 74 |
| 2.5. Mandado de injunção | 74 |
| 2.5.1. Âmbito de proteção | 74 |
| 2.5.2. Titularidade..... | 77 |
| 2.5.3. No Supremo Tribunal Federal | 78 |
| 2.5.4. Insuficiências..... | 78 |
| 2.6. Recurso extraordinário | 79 |
| 2.6.1. Objeto..... | 79 |
| 2.6.2. Pressupostos de admissibilidade | 83 |
| 2.6.3. Efeitos da decisão | 86 |
| 2.6.4. Insuficiências..... | 87 |
| 2.7. Ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade..... | 88 |
| 2.7.1. Objeto | 88 |
| 2.7.2. Admissibilidade, procedimento e decisão | 91 |
| 2.7.3. Legitimidade para propositura | 94 |
| 2.7.4. Insuficiências | 96 |
| 2.8. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão..... | 97 |

| | |
|--|-----|
| 2.8.1. Objeto..... | 97 |
| 2.8.2. Admissibilidade, procedimento e decisão..... | 99 |
| 2.8.3. Legitimidade para propositura | 101 |
| 2.8.4. Insuficiências..... | 101 |
| 2.9. Ação de descumprimento de preceito fundamental..... | 101 |
| 2.9.1. Objeto..... | 101 |
| 2.9.2. Admissibilidade, procedimento e decisão..... | 106 |
| 2.9.3. Legitimidade para propositura | 109 |
| 2.9.4. Insuficiências..... | 111 |
| 2.10. Visão em conjunto dos procedimentos..... | 111 |
| Conclusão | 120 |
| Bibliografia..... | 121 |

Introdução

A constituição federal atribui, por meio de seu artigo 102, ao STF a sua guarda precípua. A expressão “*guarda da constituição*” está tradicionalmente associada à jurisdição constitucional, cujo desenvolvimento e impulso inicial ocorreram por meio de Hans Kelsen.

A jurisdição constitucional foi concebida no intuito de ser meio hábil para proteção da juridicidade da constituição. Isso foi entendido num primeiro momento limitadamente à possibilidade de nulificação de atos normativos infraconstitucionais considerados abstratamente que, submetidos a uma checagem jurídico-normativa tendo por paradigma a constituição, violavam-na e, portanto, não podiam retirar dela seu fundamento de validade. Esse controle abstrato, normalmente atribuído a um tribunal constitucional nas democracias contemporâneas, tem uma natureza objetiva. Com isso se quer dizer que o objeto desse controle é a proteção das normas constitucionais, a fim de que elas não sejam revogadas por normas de escalão inferior.

Todavia, uma vez que uma constituição recepciona direitos humanos como direitos fundamentais, e esse é o caso da constituição brasileira e da lei fundamental alemã, por exemplo, a expressão “*guarda da constituição*” deve ser entendida de forma a abarcar também a proteção dos direitos fundamentais.

Em razão da natureza de princípio dos direitos fundamentais, a simples existência de procedimentos para a proteção objetiva da constituição, embora indispensável, é incapaz de protegê-los adequadamente, pois é demasiada estreita para alcançar a totalidade das implicações que decorrem dessa natureza. Conforme se verá, direitos fundamentais, diferentemente das normas de procedimento e organização presentes na constituição, geram direitos subjetivos públicos aos indivíduos, entendidos como direitos, cujos destinatários são os indivíduos, a que correspondem, por meio de uma relação obrigacional, deveres estatais, que podem ter por objeto tanto a exigência de uma abstenção quanto de um fazer. É nesse exato sentido que a constituição brasileira dispõe que *as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*.

Todavia, da natureza de princípios dos direitos fundamentais decorrem também em outras coisas além de que fundamentam direitos subjetivos públicos. A mais importante delas é que as normas de direitos fundamentais existem num plano

de dever ser ideal, e não de dever ser real. O caminho daquele para este plano implica em colisões na dimensão do peso, pelo que o exatamente devido em um dado caso só aparece depois de ponderadas as circunstâncias fáticas e jurídicas que restringem o direito que antes existia apenas *prima facie*.

Com efeito, direitos fundamentais também exigem a existência de procedimentos para sua proteção adequada. Nesse sentido, os procedimentos devem ser criados de maneira a possibilitar que o seu resultado possa ser conforme direitos fundamentais. É dizer, um procedimento adequado para proteção de direito fundamental deve possibilitar a passagem do plano do dever ser ideal para o real. É nesse ponto que direitos fundamentais e jurisdição constitucional se encontram.

Em razão da sua posição, um tribunal incumbido de guardar a constituição, como é o caso do STF, deve estar também acessível para que direitos fundamentais possam ser por ele protegidos adequadamente. A justificativa para isso é que a tarefa de proteção da constituição exige dele também que desenvolva e esclareça o conteúdo exato dos direitos fundamentais; exige que o tribunal traga os direitos fundamentais para o âmbito do definitivamente devido. Para isso, o tribunal precisa estar acessível aos indivíduos quando esses tiverem um direito fundamental seu violado pelo poder público, compreendido todo o âmbito da divisão dos poderes: executivo, legislativo e judiciário.

É nessa perspectiva que a presente dissertação está colocada. Serão analisados de maneira sistemática os procedimentos jurídico-constitucionais presentes no ordenamento brasileiro pelos quais o STF pode ser acessado para, então, verificar se tais procedimentos, considerados isolada ou conjuntamente, possibilitam uma proteção subjetiva adequada dos direitos fundamentais em sua totalidade.

Para cumprir o seu objetivo, primeiro descreve-se a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, seu referencial teórico, naquilo que é pertinente à sua tarefa. No segundo momento, são descritos os procedimentos de acesso ao STF disponíveis, já apresentando suas insuficiências para a proteção adequada de direitos fundamentais, caso existam. Depois disso, faz-se uma análise conjunta dos procedimentos.

Ao final, se o trabalho for frutuoso, será possível colher uma conclusão interessante, de extrema relevância prática. É nessa perspectiva que a realização desta dissertação está justificada.

1. Direitos fundamentais

1.1. Breve histórico

1.1.1. Considerações preliminares

Esta dissertação não objetiva descrever em pormenores todos os âmbitos e implicações conexos à teoria dos direitos fundamentais, senão somente aqueles que guardam relação estreita com o seu objeto. Entretanto, uma breve olhada na história dos direitos fundamentais é essencial para situá-los em sua tradição¹.

A história dos direitos fundamentais² é primeiro a história dos direitos do homem³. Nesse sentido, não sem alguma divergência⁴, diz-se que já na antiguidade

¹ Para o conceito de tradição vale a lição de Gadamer: “Na realidade, a tradição sempre é um momento da liberdade e da própria história. Também a tradição mais autêntica e a tradição melhor estabelecida não se realizam naturalmente em virtude de capacidade de inércia que permite ao que está aí de persistir, mas necessita ser afirmada, assumida e cultivada. A tradição é essencialmente conservação e como tal sempre está atuante nas mudanças históricas. Mas a conservação é um ato da razão, e se caracteriza por não atrair a atenção sobre si. Essa é a razão por que as inovações, os planejamentos aparecem como as únicas ações e realizações da razão. Mas isso não passa de aparência. Inclusive quando a vida sofre suas transformações mais tumultuadas, como em tempos revolucionários, em meio à suposta mudança de todas as coisas, do antigo conserva-se muito mais do que se poderia crer, integrando-se com o novo numa nova forma de validade. Em todo caso, a conservação representa uma conduta tão livre como a destruição e a inovação. Tanto a crítica da Aufklärung à tradição, quanto a sua reabilitação romântica, ficam muito aquém de ser verdadeiro ser histórico.” (GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método. Vol. I. 9ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2008. p. 373-374). A articulação feita por Gadamer entre “razão”, “liberdade” e “tradição” parece aparecer também em Popper: “Por fim, desse modo, o racionalismo liga-se ao reconhecimento da necessidade de instituições sociais para proteger a liberdade de crítica, a liberdade de pensamento, e assim a liberdade dos homens. E estabelece algo como uma obrigação moral para apoio a essas instituições. Eis porque o racionalismo se une estreitamente à exigência política da mecânica social prática, mecânica gradual, naturalmente, no sentido humanitário, com a exigência de racionalização da sociedade, de planejamento da liberdade e de seu controle pela razão; não pela ‘ciência’, não por um autoridade platônica, pseudo-racional, mas por aquela razão socrática consciente de suas limitações e que, portanto, respeita os outros e não aspira a coagi-los – nem mesmo à felicidade.” (POPPER, Karl. A sociedade aberta e seus inimigos. Tomo II. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 1987. p. 246).

² “Direitos fundamentais são, portanto, direitos do homem transformados em direito constitucional positivo. O conceito do direito fundamental, é, com isso, sem dúvida, ainda não determinado em todos sentidos, contudo, no ponto central.” (ALEXY, Robert. Sobre o desenvolvimento dos direitos do homem e fundamentais na Alemanha. In: Constitucionalismo Discursivo. 2ª ed. revista. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 96). Para a impossibilidade de encontrar uma unidade acerca das origens dos direitos humanos, a lição de Stern, em tradução livre: “Apreciando-se estas diversificadas forças propulsoras filosófico-culturais, moral-éticas e religiosas, reconhece-se que, como também em muitos outros grandes fenômenos estatais atuais, para os direitos do homem e direitos fundamentais, uma origem histórico-espiritual comum não se deixa encontrar” (STERN, Klaus. Die Idee der Menschen- und Grundrechte. In: Handbuch der Grundrechte. I. Entwicklung und Grundlagen. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 2004. p. 10).

³ Segundo Alexy, direitos do homem são definidos por cinco características: a) universalidade; b) fundamentabilidade; c) abstratividade; d) moralidade; e) prioridade. (ALEXY, Robert. Sobre o desenvolvimento... p. 94-95).

algumas ideias continuam o embrião daquilo que modernamente viríamos a chamar de direitos fundamentais. São referências comuns, para sustentar essa posição, a filosofia clássica e o pensamento cristão⁵.

Ainda preliminarmente às declarações de direitos do século XVIII, por meio das quais os direitos dos homens foram estabelecidos modernamente como direitos fundamentais⁶, pode-se citar, como exemplos de declarações de direitos cujos enunciados continuam o germe daquilo que hoje denominamos direitos fundamentais: o veto do tribuno da plebe contra ações injustas dos patrícios e a lei de Valério Públicola, em Roma; na Idade Média, pactos forais e as cartas de franquia, como as de León e Castela, de 1188, de Aragão, de 1265, de Viscaia, 1526, dentre os quais o mais famoso é a Magna Carta inglesa, de 1215⁷.

1.1.2. As declarações de direitos do homem do século XVIII

Sob forte influência das doutrinas contratualistas e do iluminismo filosófico⁸, iniciou-se, ao final do século XVIII, um processo de promulgação de declarações de

⁴ “A maioria dos autores sustenta que os direitos fundamentais têm uma longa história. Há quem vislumbre suas primeiras manifestações no direito da Babilônia desenvolvido por volta do ano 2000 a.C., quem os reconheça no direito da Grécia Antiga e da Roma Republicana e quem diga que se trata de uma ideia enraizada na teologia cristã, expressa no direito da Europa medieval. Estas opiniões carecem de fundamento histórico.” DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria geral dos direitos fundamentais. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 22.

⁵ Stern afirma que, apesar de não poder ser encontrado na antiguidade greco-romana um conceito de direitos fundamentais, algumas considerações importantes para o seu desenvolvimento já naquela época podiam ser identificadas, valendo o mesmo para o direito natural cristão. (STERN, Klaus. Die Idee... p. 6-7). Na doutrina nacional, dentre outros: SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 9ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 44. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 136. Nesse sentido, ainda: “Raízes da história das ideias deixam remontar-se às suas origens até na antiguidade. Pense-se somente na fórmula figural de Deus no Gênesis 1.27, na fórmula de igualdade, do novo testamento, de Paulo na carta aos Gálatas 3.28 e na ideia de igualdade cosmopolita da escola estoica.” (ALEXY, Robert. Sobre o desenvolvimento... p. 96).

⁶ “Seu primeiro desenvolvimento pleno, a ideia dos direitos do homem e fundamentais experimentou na revolução americana e na francesa. Em 12 de junho de 1776 produziu-se com o Virginia Bill of Rights a primeira positivação ampla dos direitos do homem. Em 26 de agosto de 1789 seguiu a declaração dos direitos do homem e do cidadão francesa.” (ALEXY, Robert. Sobre o desenvolvimento... p. 97). No mesmo sentido: SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 36ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 153; DIMOULIS, Dimitri. Teoria geral... p. 24. Segundo Stern, foi decisivo para esse avanço o esclarecimento do conceito de direitos humanos e a inscrição em forma jurídica (STERN, Klaus. Die Idee... p. 11).

⁷ José Afonso da Silva ainda faz referência a uma série de cartas promulgadas nas Colônias inglesas na América. (SILVA, José Afonso da. Curso... p. 153).

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia... p. 45; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso... p. 136.

direitos fundamentais do homem. Comum a todas elas era o evidente objetivo de limitação e legitimação do poder estatal⁹.

A primeira dessas declarações de direitos fundamentais do homem foi a Declaração de Virgínia de 1776¹⁰. Nela foram consagrados direitos, dentre outros, de liberdade, como a religiosa e a de imprensa, de igualdade, de propriedade, de autonomia, de proteção contra a perseguição penal¹¹.

Na sequência, em 1787, foi aprovada na Convenção de Filadélfia, a Constituição dos EUA, a qual, porém, não continha, em um primeiro momento, uma declaração de direitos fundamentais do homem. Entretanto, como dependia, para entrar em vigor, da ratificação de, no mínimo, nove dentre os treze estados integrantes da federação, fez-se necessário, ante a recusa de alguns estados, que se introduzisse uma série de direitos fundamentais. Isso aconteceu em 1791, quando foram feitas as dez primeiras emendas à Constituição dos EUA, de elaboração de Thomas Jefferson e James Madison, por meio das quais foram garantidos direitos fundamentais, tal qual exigiam alguns estados da federação¹².

Cumprir mencionar, ainda, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, redigida na França, em 1789¹³. Entre ela e as declarações americanas existem semelhanças quanto ao conteúdo dos direitos elencados: direitos de

⁹ É nesse sentido a lição de Stern, em tradução livre: “Eles trouxeram a aplicação clara jurídica e a defesa das ideias e ideais da luta dos homens por seus direitos fundamentais. Entretanto, o histórico de idas e vindas do conflito entre a liberdade e a igualdade dos homens e governo não deve ser esquecida” (STERN, Klaus. *Die Idee...* p. 10). Além disso, o pensamento de Thomas Jefferson, autor da Declaração de Independência dos EUA, não deixa espaço para dúvidas: “Consideramos estas verdades como evidentes de per si, que todos os homens foram criados iguais, foram dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis; que, entre estes, estão a vida, a liberdade e a busca da felicidade; que, a fim de assegurar esses direitos, instituem-se entre os homens os governos, que derivam seus justos poderes do consentimento dos governados; que, sempre que qualquer forma de governo se torne destrutiva de tais fins, cabe ao povo alterá-la ou aboli-la e instituir novo governo, baseando-o em tais princípios e organizando-lhe os poderes pela forma que lhe pareça mais conveniente para lhe realizar a segurança e a felicidade” (SILVA, José Afonso da. *Curso...* p. 156-157). Nesse mesmo sentido, a lição de Maurer: “O patrimônio de ideias que se expressa nas declarações de direitos fundamentais americanas, contudo, não é novo. Ele refere-se às ideias jurídico-naturais e jurídico-rationais do iluminismo europeu do século 17 e 18. Novo é, porém, que os direitos fundamentais, disso resultante, pela primeira vez, foram formulados precisos e juridicamente e direitos na disputa política” (MAURER, Hartmut. *Idéia e realidade dos direitos fundamentais*. In: *Contributos para o direito do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2007. p. 16).

¹⁰ MAURER, Hartmut. *Idéia e realidade...* p. 15.

¹¹ SILVA, José Afonso da. *Curso...* p. 156; DIMOULIS, Dimitri. *Teoria geral...* p. 24.

¹² SILVA, José Afonso da. *Curso...* p. 157-158; DIMOULIS, Dimitri. *Teoria geral...* p. 24.

¹³ Sobre o preâmbulo da Declaração: “Digno de atenção é já o preâmbulo. Na consideração, assim se diz lá, que o desconhecimento, o desconhecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as causas exclusivas da desgraça pública e da perversidade do governo, a assembléia nacional, como representante do povo francês, decidiu expor, em uma declaração solene, os direitos do homem naturais, inalienáveis e santificados” (MAURER, Hartmut. *Idéia e realidade...* p. 17).

liberdade, igualdade, propriedade, proteção contra a persecução penal¹⁴. Entretanto, enquanto as declarações americanas estavam mais preocupadas com a situação local, a declaração francesa possuía clara vocação universal¹⁵.

Essa exposição histórica, ainda que sintética, demonstra que os direitos fundamentais surgem com um objetivo muito claro, qual seja, limitar o poder estatal e legitimar a sua atuação frente aos indivíduos. Nesse sentido, portanto, pode-se inferir que os direitos fundamentais foram imaginados, pelo menos neste primeiro momento histórico¹⁶, como um bloco de proteção em favor dos indivíduos frente ao

¹⁴ MAURER, Hartmut. Idéia e realidade... p. 17; DIMOULIS, Dimitri. Teoria geral... p. 25.

¹⁵ SILVA, José Afonso da. Curso... p. 159.

¹⁶ O desenvolvimento da ideia de direitos fundamentais não cessou, entretanto, com a formulação daqueles direitos garantidores de liberdade geral e autonomia individual. De um ponto de vista histórico, costuma-se falar em três “gerações” ou “dimensões” de direitos fundamentais (MENDES, Gilmar Ferreira. Curso... p. 137. SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia... p. 52). Paulo Bonavides, por sua vez, fala, ainda, em direitos fundamentais de quarta e quinta gerações: “São direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo” (BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 28ª ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 590); “Elevou-se, assim, a paz ao grau de direito fundamental da quinta geração ou dimensão (as gerações antecedentes compreendem direitos individuais, direitos sociais, direitos ao desenvolvimento, direito à democracia)” (BONAVIDES, Paulo. Curso... p. 612). A adequação do uso dos termos “geração” e “dimensão” é questionada por Stern. Para o autor, o uso termo “geração” pode ser enganoso (irreführend), na medida em que pode dar a impressão de uma sucessão de gerações. Já o uso do termo “dimensão”, por sua vez, possui a desvantagem de já ser empregado na dogmática jurídica para caracterizar o lado jurídico-subjetivo e jurídico-objetivo dos direitos fundamentais (für die Charakterisierung der subjektiv- und objektivrechtlichen Seite). Por essa razão Stern procura se afastar do uso desses termos na medida do possível, preferindo falar em direitos fundamentais clássicos, direitos fundamentais sociais e direitos de “terceira geração”, aparentemente fazendo o uso proposital das aspas (STERN, Klaus. Die Idee... p. 32-41). Desse modo, acompanhando a lição de Stern, direitos fundamentais clássicos são os direitos de liberdade como direitos de defesa: “Analisando-se as declarações de direitos do final do século XVIII e do início do século XIX, assim estão nelas todos os grandes direitos, que asseguram assim garantias judiciais à esfera de liberdade individual, à igualdade diante da lei e à participação política. Eles são os assim chamados direitos humanos e direitos fundamentais clássicos” (STERN, Klaus. Die Idee... p. 32). Sobre os assim chamados direitos fundamentais sociais, por sua vez: “As necessidades básicas humanas, como emprego, moradia, educação, serviços de assistência estão certamente suficientemente circunscritos com a solidariedade, porém não há nenhum símbolo aproximado, como há para as liberdades fundamentais. Mais se fala, assim, de direitos fundamentais sociais, direitos do trabalho ou os direitos de parceria, ou - especialmente no plano internacional - em direitos econômicos, sociais e culturais” (STERN, Klaus. Die Idee... p. 33). Por fim, sobre os assim chamados “direitos de terceira geração”: “Nos anos setenta do século passado, a idéia de direitos humanos foi - apoiada na ‘fraternité’ declaração francesa de direitos humanos - um novo impulso, de modo que foram falados em direitos à paz, a um meio ambiente saudável, ao compartilhamento da herança comum da humanidade e ao desenvolvimento. Esses direitos são comumente agrupados como direitos humanos de ‘terceira geração’”(STERN, Klaus. Die Idee... p. 39). É interessante, por fim, fazer menção à crítica feita por Guy Haarscher à inflação de direitos fundamentais, por suas possíveis consequências: “Mas a banalização ‘suave’ dos direitos do homem, a aparência de não lhe tocar (pelo contrário, parecendo ‘concretizá-los’), pode tomar outras formas. Assim, assistimos, frequentemente, em particular nos Estados Unidos, a uma inflação de reivindicações invocando a dos *human rights*: qualquer grupo particular, qualquer interesse corporativo, reclama insistentemente vantagens para os seus protegidos, uma fatia do bolo econômico, uma quota de empregos garantidos.” (HAARSCHER, Guy. Filosofia dos direitos do homem. Lisboa: Instituto Piaget, s.a. p. 53-54).

estado, possibilitando a existência de um espaço de atuação livre e autônoma; concretizando, portanto, a ideia de dignidade humana¹⁷.

1.2. O conceito de direito fundamental

Se se parte da noção de que os direitos fundamentais são direitos dos homens positivados em um determinado ordenamento jurídico¹⁸, então o conceito de direito fundamental equivale ao conceito de direito do homem acrescentado da validade que somente uma positivação jurídico-formal é capaz de prover¹⁹.

Fixada esta premissa, tem-se que o conceito de direito fundamental, tal qual o de direito do homem, abarca cinco características essenciais, às que ainda se soma a validade jurídico-positiva, quais sejam: a universalidade, a moralidade, a fundamentabilidade, a preferenciabilidade e a abstratividade²⁰.

Por (a) *universalidade* se entende que os direitos fundamentais possuem uma pretensão de extensão a todos; por (b) *moralidade* se entende a sua justificação racional; por (c) *fundamentabilidade* se entende a união entre a possibilidade e a necessidade da proteção de determinado interesse, *tão* fundamental, pelo direito; por (d) *preferenciabilidade* se entende a prioridade que os direitos fundamentais possuem, em razão de sua correção moral, a todo o direito positivo; por (e) *abstratividade* se entende a falta de clareza sobre o conteúdo *prima facie* do direito, o que exigirá, fatalmente, ponderações²¹.

As cinco características essenciais dos direitos fundamentais, que estão associadas ao conceito de direito do homem, correspondem, em grande medida, a

¹⁷ Em tradução livre, “rompe completamente a realização dos direitos humanos e fundamentais as estruturas de um regime que trata seus cidadãos como objetos de meio, mas não como objetos de respeito, indivíduos moralmente autônomos, cujo bem-estar e proteção da liberdade são igualmente a obrigação suprema de um governo legítimo e de uma forma de dominação política domesticada” (STERN, Klaus. *Die Idee...* p. 47).

¹⁸ Ver nota de rodapé nº 2.

¹⁹ “O problema dos direitos do homem, como meros direitos morais, é a sua imposição. No âmbito intra-estatal existe o passo decisivo para a imposição dos direitos do homem em sua positivação como direitos fundamentais, o que, em regra, ocorre com a sua admissão no catálogo de direitos fundamentais da constituição. Com isso, eles ganham, ao lado de sua validade moral, uma positiva jurídica” (ALEXY, Robert, *Sobre o desenvolvimento...* p. 95-96).

²⁰ ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais no estado constitucional democrático*. In: *Constitucionalismo Discursivo*. 2ª ed. revista. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 45.

²¹ ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais no estado...* p. 45-49. Na doutrina nacional, José Afonso da Silva, em seu Curso, não chega a formular um conceito de direito fundamental, reconhecendo apenas algumas características dos direitos fundamentais: a) historicidade, b) inalienabilidade; c) imprescritibilidade; d) irrenunciabilidade. (SILVA, José Afonso da. *Curso...* p. 177-183). Seguem o mesmo caminho Mendes e Branco, em seu Curso (MENDES, Gilmar. *Curso...* p. 142-155).

uma dimensão ideal dos direitos fundamentais²². Entretanto, o conceito de direito fundamental se separa do conceito de direito do homem justamente por sua característica institucional: a sua recepção por um ordenamento jurídico-positivo. Ou seja, apesar de o conceito de direito fundamental trazer consigo aquelas cinco características do conceito de direito do homem, aquilo que o torna um conceito autônomo é a sua característica institucional: o abarcamento pelo jurídico. É por isso que, por exemplo, para saber quais são os direitos fundamentais vigentes hoje no Brasil é preciso olhar para o ordenamento jurídico brasileiro de hoje. Uma abordagem assim dogmática possui uma grande vantagem prática: não precisar fundamentar materialmente os direitos fundamentais²³.

Isso, contudo, não cria nenhum obstáculo à consideração de que os direitos fundamentais vigentes hoje no Brasil abarcam as características ideais derivadas do conceito de direito do homem.

O art. 5º, da Constituição de 1988, por exemplo, ao estabelecer que “*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*”

²² Em sua resposta à Matthias Jestaedt (JETAEDT, Matthias. The doctrine of balancing – its strengths and weaknesses. In: Institutionalized reason. New York: Oxford, 2012. p. 152 e ss.), Alexy afirma: “my argument against Jestaedt’s contingency or positivity thesis and on behalf of the necessity thesis contains two parts. The first part concerns the nature of constitutional rights, the second, their application. Constitutional rights are, indeed, positive law, that is to say, positive law at the level of constitution. This does not suffice, however, to explain their nature. Positivity is but one side of constitutional rights, namely, their real or factual side. Over and above this, they also possess an ideal dimension” (Em tradução livre: “meu argumento contra a tese da positividade e contingência de Jestaedt e a favor da tese da necessidade contém duas partes. A primeira parte diz respeito à natureza dos direitos fundamentais, a segunda, à sua aplicação. Direitos fundamentais são, realmente, direito positivo, isto é, direito positivo no nível constitucional. Isso não é suficiente, contudo, para explicar a sua natureza. A positividade é apenas um lado dos direitos fundamentais, nomeadamente, seu lado factual ou real. Sobre e acima disso, eles também possuem uma dimensão ideal”.) (ALEXY, Robert. Comments and responses. In: Institutionalized reason. New York: Oxford, 2012. p. 333).

²³ Segundo Alexy, “um conceito material de um direito fundamental tem de incluir critérios que vão acima e além do fato que um direito é mencionado, elencado ou garantido numa constituição” (ALEXY, Robert. Teoria do discurso e direitos fundamentais. In: Direito natural, direito positivo, direito discursivo. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2010. p. 124). Uma conceituação assim é problemática porque pode ser muito ou pouco inclusiva. Para Alexy, entretanto, a conexão entre direitos fundamentais e direitos humanos serve, pelo menos, para fundamentar uma dimensão crítica: “O fundamento de direitos fundamentais, é, no fundo, um fundamento de direitos humanos. Desse modo, uma dimensão crítica é trazida no conceito de direitos fundamentais. Se direitos humanos, como direitos que devem ser constitucionalmente protegidos, podem ser alicerçados e se uma constituição não contém esses direitos, então o fundamento torna-se uma crítica” (ALEXY, Robert. Teoria do discurso e... p. 125).

expressa, de uma só vez, as características da universalidade, da fundamentabilidade e da abstratividade²⁴.

Como o objetivo desta dissertação é analisar, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, se os meios processuais disponíveis para a proteção dos direitos fundamentais perante o STF são adequados, será preferida uma classificação de norma de direito fundamental cujo ponto de partida é o critério formal, é dizer, as disposições constitucionais²⁵.

1.3. O conceito de normas de direitos fundamentais

Alexy é preciso ao afirmar que *“entre o conceito de norma de direito fundamental e o conceito de direito fundamental há estreitas conexões. Sempre que alguém tem um direito fundamental, há uma norma que garante esse direito. Se a recíproca é verdadeira, isso já é duvidoso”*²⁶. A justificativa para tal posição é de ordem prática. Restringir o conceito de normas de direitos fundamentais somente às normas que outorgam direitos fundamentais traria consigo a consequência de que normas de direitos fundamentais que não criam direito subjetivo algum não são normas de direito fundamental. Essa restrição não é adequada: *“é, recomendável, por isso, tratar o conceito de norma de direito fundamental como um conceito que pode ser mais amplo que o conceito de direito fundamental”*²⁷.

Esse tratamento evita, pois, uma compreensão incompleta do conceito de norma de direito fundamental, uma vez que ficam abarcadas inclusive normas de direito fundamental que não criam direito subjetivo.

Antes de adentrar propriamente no conceito de norma de direito fundamental, e seguindo a ordem da lição de Alexy, cumpre adotar um conceito de norma adequado à matéria. O conceito semântico de norma, então, se apresenta.

²⁴ A característica da moralidade pode ser encontrada, por exemplo, no art. 1º, uma vez que estado democrático de direito e dignidade da pessoa humana servem para justificar uma visão racional de mundo. A característica da preferenciabilidade está intimamente relacionada ao status constitucional das disposições de direitos fundamentais, à jurisdição constitucional e às cláusulas pétreas.

²⁵ A dissertação vai, no que segue, trabalhar alguns pontos da teoria dos direitos fundamentais de Alexy, na medida em que são importantes para o seu desenvolvimento. Para a teoria como um todo, ver, dentre outros: LUDWIG, Roberto José. Norma de direito fundamental associada. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2014; GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. Colisão de Direitos Fundamentais, Argumentação e Ponderação. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. Para críticas à teoria dos direitos fundamentais de Alexy e sua resposta a elas, ver: KLATT, Matthias (org.). Institutionalized reason. New York: Oxford, 2012.

²⁶ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 50.

²⁷ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 51.

1.3.1. O conceito semântico de norma

A abordagem que Alexy faz sobre o problema da conceituação de norma começa com a enumeração de algumas teorias sobre o conceito de norma. Dentre essas teorias, vale aqui mencionar a de Kelsen:

“com o termo ‘norma’, se quer significar algo que deve ser ou acontecer, especialmente que um homem se deve conduzir de determinada maneira. É este o sentido que possuem determinados atos humanos que intencionalmente se dirigem à conduta de outrem. Dizemos que se dirigem intencionalmente à conduta de outrem não só quando, em conformidade com o seu sentido, prescrevem (comandam) essa conduta, mas também quando a permitem e, especialmente, quando conferem o poder de realizá-la, isto é, quando a outrem é atribuído um determinado poder, especialmente o poder de ele próprio estabelecer normas”²⁸.

Para Alexy, nenhum desses conceitos de norma por ele apresentados serve adequadamente aos objetivos de uma teoria estrutural²⁹ dos direitos fundamentais, razão pela qual utilizará o conceito semântico de norma, o qual, além de compatível com as teorias da validade, como a de Kelsen, acima apresentada, é um modelo sólido o bastante para enfrentar os problemas que esta abordagem traz, e, simultaneamente, suficientemente frágil para compatibilizar-se com o maior número de decisões neste âmbito³⁰.

²⁸ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991. p. 4-5. Outro conceito de norma inclusivo do conceito de validade encontramos em Hart: “Once we abandon the view that the foundation of a legal system consist in a habit of obedience to a legally unlimited sovereign and substitute for this conception of an ultimate rule of recognition which provides a system of rules with its criteria of validity, a range of fascinating and important questions confront us” (Em tradução livre: “uma vez que abandonamos a vista de que a fundação de um sistema legal consiste em um hábito de obediência a uma soberania legalmente ilimitada e substituímos essa concepção por uma regra última de reconhecimento que provê um sistema de regras com seu critério de validade, uma amplitude de questões fascinantes e importantes nos confrontam”). (HART, H. L. A. The concept of law. 2ª ed. New York: Oxford, 1994. p. 110). A norma fundamental de Kelsen é formulada de maneira muito semelhante: “Portanto, caracteriza esta interpretação como uma interpretação possível, não como necessária, e descreve a validade objetiva do Direito como uma validade apenas relativa ou condicionada: condicionada pela pressuposição da norma fundamental”. (KELSEN, Hans. Teoria pura... p. 236). Kelsen viria a reformular a sua tese sobre a norma fundamental, afirmando que não se trata de uma norma pressuposta, mas, sim, de uma norma ficta (HECK, Luís Afonso. Posfácio. In: Direito natural, direito positivo, direito discursivo. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010. Nota de rodapé 12, p. 231.). Alexy, partindo da afirmação de Kelsen de que “todo e qualquer conteúdo pode ser direito”, apoiado, ainda, na necessidade de uma norma fundamental para adentrar no jurídico, formula uma norma fundamental que inclui a pretensão de correção no direito (ALEXY, Robert. Conceito e validade do direito. 2ª tiragem. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 149 e ss.).

²⁹ “Nesse sentido, a teoria estrutural aqui pretendida pertence à grande tradição analítica da jurisprudência dos conceitos.” (ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 49).

³⁰ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 52.

Pois bem, segundo Alexy, o ponto de partida do modelo semântico de norma consiste na diferenciação entre *norma* e *enunciado normativo*³¹. Para explicar em que consiste esta diferença entre *normas* e *enunciados normativos*, Alexy recorre a um enunciado normativo. Segundo o art. 16, § 2º, 1, da lei fundamental, “nenhum alemão pode ser extraditado”³². O conceito semântico de norma afirma que entre o *enunciado* de que nenhum alemão pode ser extraditado e a *norma* que proíbe a extradição de alemães existe uma diferença. Nesse sentido, “uma norma é, portanto, o significado de um enunciado normativo”³³.

A constatação dessa diferença é conveniente porque permite a percepção de que uma mesma norma pode ser expressa por diversos enunciados normativos³⁴. Pode-se trazer o exemplo dado por Alexy para o nosso ordenamento jurídico. Na Constituição brasileira, em seu art. 5º, alínea LI, tem-se o seguinte enunciado normativo:

(1) Nenhum brasileiro será extraditado, (...).

A norma expressa por este enunciado normativo é a que proíbe a extradição de um brasileiro. Ela também pode ser expressa pelo seguinte enunciado:

(1') É proibida a extradição de brasileiros.

Ou:

(1'') Brasileiros não podem ser extraditados.

Vê-se que os enunciados (1') e (1'') contém um operador deôntico – *proibido* e *não podem* –, enquanto o enunciado normativo de nossa Constituição (1) contém um operador apofântico – *será*³⁵. Comum a todos os três enunciados é o fato de expressarem uma norma que proíbe a extradição de brasileiros.

Ainda que o conceito semântico de norma diferencie a *norma* de seu *enunciado normativo*, preserva, por outro lado, a ideia de que um *enunciado*

³¹ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 53. No original, Alexy faz uso dos termos em alemão “Norm” e “Normsatz”. Apesar da diferença terminológica, na doutrina de Kelsen também encontramos uma diferenciação parecida, entre norma jurídica (Rechtsnorm) e proposição jurídica (Rechtssatz). Kelsen, todavia, faz uso dessa terminologia para distinguir as proposições que são postas pelas autoridades produtoras do direito – normativas, portanto – e as proposições elaboradas pelos cientistas do direito – descritivas, portanto (KELSEN, Hans. Teoria pura... p. 78 e ss.). Alguns autores, entretanto, fazem uso das expressões “Rechtsnorm” e “Rechtssatz” como sinônimos, dentre eles Larenz (LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. 5ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. p. 350).

³² ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 53.

³³ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 54.

³⁴ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 54.

³⁵ Sobre linguagem lógica, em especial a jurídica, ver, dentre outros, VILANOVA, Lourival. Lógica Jurídica. São Paulo: Bushatsky, 1976, especialmente p. 77 e ss.

normativo expressa uma *norma*, algo que *deve-ser*, portanto, em oposição ao que expressa um *enunciado afirmativo*, uma *afirmação* e, portanto, um *ser*³⁶.

1.3.2. A norma de direito fundamental

Assentado um conceito de norma, a questão que agora se coloca é: o que são normas de direitos fundamentais? Segue-se aqui a mesma resposta dada por Alexy, segundo o qual essa pergunta pode ser formulada de maneira abstrata ou concreta³⁷. Da mesma forma com que Alexy estava preocupado em dar uma resposta à formulação concreta da pergunta, também esta dissertação está. É por isso que a resposta dada por Alexy para a questão de o que são as normas de direitos fundamentais na lei fundamental pode ser transposta para responder a questão de o que são as normas de direitos fundamentais na Constituição brasileira.

A resposta a essa pergunta, segundo Alexy, *“pode basear-se em aspectos materiais, estruturais e/ou formais”*³⁸. Os critérios materiais ou estruturais possuem inconvenientes graves³⁹ e, por isso, não podem prover uma resposta adequada à pergunta, razão pela qual deve ser preferida uma resposta com base no critério formal⁴⁰.

O critério formal para definição do que são normas de direitos fundamentais leva em conta a forma de positivação⁴¹. Isso significa que a resposta para a pergunta sobre quais são as normas de direitos fundamentais de um determinado ordenamento jurídico deve ser dada com base neste ordenamento jurídico. Segundo Alexy, uma vez identificados os enunciados que expressam estas normas, pode-se afirmar que *“normas de direitos fundamentais são as normas diretamente expressas por essas disposições”*⁴².

³⁶ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 58.

³⁷ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 65.

³⁸ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 66.

³⁹ Alexy apresenta, por um lado, a definição de direitos fundamentais de Carl Schmitt como uma combinação dos critérios substanciais e estruturais, que falharia por vincular de antemão a definição de direitos fundamentais a uma determinada concepção de Estado (ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 66-67). Por outro lado, uma definição de direitos fundamentais baseada somente em critérios estruturais é uma que considere direito fundamental somente aquelas disposições que criam direito subjetivo (ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 67).

⁴⁰ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 68.

⁴¹ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 68.

⁴² ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 68-69.

Indaga-se, contudo, se a definição de normas de direitos fundamentais como aquelas diretamente expressas pelas disposições fundamentais de um determinado ordenamento jurídico não é muito estreita⁴³.

Para responder a essa pergunta, Alexy recorre ao enunciado do art. 5º, § 3º, 1, da lei fundamental, segundo o qual “(...) a ciência, a pesquisa e o ensino são livres”⁴⁴. Para Alexy, este enunciado é tanto semântica quanto estruturalmente aberto: a abertura semântica reside na indeterminação daquilo que deve ser entendido por “ciência”, “pesquisa” e “ensino”, ao passo que a abertura estrutural reside na indeterminação de saber se por meio da mera enunciação da liberdade científica, de pesquisa e de ensino se exige uma ação ou abstenção estatal ou se cria um direito subjetivo para o cientista⁴⁵.

É em razão desses dois tipos de aberturas que não fica claro o que é exatamente permitido, proibido ou devido no âmbito daquele enunciado. A clarificação daquilo que a norma expressa pelo enunciado realmente determina somente ocorre diante da necessidade de aplicação da norma a casos concretos.

Faz referência, então, Alexy, a um julgamento do tribunal constitucional federal em que o tribunal, com base no art. 5º, § 3º, 1, da lei fundamental, clarificou o conteúdo daquela disposição ao afirmar que “o Estado deve possibilitar e promover o exercício da liberdade científica e a sua transmissão às gerações futuras por meio da disponibilização de meios pessoais, financeiros e organizacionais”⁴⁶.

Não há dúvidas de que o enunciado do tribunal expressa uma norma que clarifica e precisa o conteúdo abstrato do enunciado positivado no texto da lei fundamental. É por isso que, segundo Alexy, “esse tipo de relação entre as normas mencionadas e o texto constitucional deve ser denominado ‘relação de refinamento [precisão]’”⁴⁷.

As normas como aquela expressa pelo tribunal constitucional federal não estão previstas diretamente no texto constitucional, contudo, podem a ele ser associadas, pelo que podem ser chamadas de “normas atribuídas [associadas]”⁴⁸.

⁴³ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 69.

⁴⁴ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 69.

⁴⁵ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 70-71.

⁴⁶ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 71.

⁴⁷ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 72. No original, Alexy usa a palavra alemã “Präzisierungrelation”, mais bem traduzida para o português por “relação de precisão”, conforme indicação do prof. Dr. Luís Afonso Heck.

⁴⁸ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 73. No original, Alexy faz uso da expressão “zugeordnete Grundrechtsnorm”. O tradutor da obra para o português entendeu conveniente traduzir a expressão

Dessa forma, podemos afirmar, seguindo a lição de Alexy, que:

“As normas de direito fundamental podem, portanto, ser divididas em dois grupos: as normas de direito fundamental estabelecidas diretamente pelo texto constitucional e as normas de direito fundamental atribuídas [associadas]”⁴⁹.

Com isso, entretanto, coloca-se a questão de saber quais normas devem ser associadas às normas diretamente expressas pelo texto constitucional. Se toda e qualquer norma que entrar nesta discussão puder ser associada a uma norma de direito fundamental diretamente estabelecida pelo texto constitucional, então se cria um grave problema. Se assim fosse, com base no art. 196⁵⁰, da Constituição brasileira, o enunciado de que todo brasileiro tem direito a um leito privativo em um hospital de alta complexidade expressaria uma norma de direito fundamental⁵¹.

Para resolver este problema, Alexy afirma que *“uma atribuição [associação] correta ocorre quando a norma atribuída pode ser classificada como válida”*⁵², o que ocorrerá *“se, para tal atribuição [associação] a uma norma diretamente estabelecida pelo texto constitucional, for possível uma correta fundamentação referida a direito fundamentais”*⁵³.

Ou seja, com base neste critério, somente será classificada como norma de direito fundamental associada aquela norma que puder ser fundamentada juridicamente de maneira correta com referência a uma norma de direito fundamental diretamente estabelecida pelo texto constitucional.

Este critério, da fundamentação jurídica correta, deve, por fim, ser estendido também às normas de direito fundamental diretamente estabelecidas pelo texto constitucional, conforme a lição de Alexy:

por “norma de direito fundamental atribuída” (Ibidem. p.12). Este trabalho, porém, traduzirá a expressão por “norma de direito fundamental associada”, por entendê-la mais precisa, conforme indicação do prof. Dr. Luís Afonso Heck. Uma análise mais detida sobre o tema das normas associadas, ver: LUDWIG, Roberto José. Norma de direito fundamental associada. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2014.

⁴⁹ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 73.

⁵⁰ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

⁵¹ Alexy formula o exemplo tendo a lei fundamental como referência: “Nesse caso, até mesmo um enunciado externado por uma pessoa qualquer, de maneira não muito séria, como ‘com base no art. 13 da Constituição [lei fundamental] alemã, deve a Administração disponibilizar a cada estudante um apartamento de dois cômodos perto da universidade’, expressaria uma norma de direito fundamental”. (ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 73).

⁵² ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 74.

⁵³ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 74.

“Uma tal definição geral sustenta que normas de direitos fundamentais são todas as normas para as quais existe a possibilidade de uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais. Para as normas diretamente estabelecidas normalmente é suficiente uma referência ao texto constitucional. Uma fundamentação mais profunda, que demonstre porque aquilo que a Constituição diz é válido, normalmente tem, para a práxis da fundamentação referida a direitos fundamentais, um interesse apenas teórico. Isso demonstra que a generalização da definição baseada em uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais não elimina, de forma nenhuma, a diferença entre normas de direitos fundamentais estabelecidas direta e indiretamente. No caso de uma norma diretamente estabelecida, uma fundamentação correta é sempre diferente da fundamentação no caso de uma norma indiretamente estabelecida”⁵⁴.

Normas de direitos fundamentais são, portanto, aquelas (1) ou diretamente estabelecidas pelo texto constitucional, (2) ou que ao texto constitucional possam ser associadas, com base numa fundamentação jurídica correta referida a uma norma de direito fundamental diretamente estabelecida pelo texto constitucional. O critério da fundamentação jurídica correta pode ser estendido também às normas diretamente estabelecidas pelo texto constitucional, ainda que a fundamentação, nesse caso, seja diferente daquela necessária para as normas associadas.

1.3.3. Normas de direito fundamental na Constituição brasileira

Pois bem, uma vez adotado o critério formal para identificar quais são os direitos fundamentais de um determinado jurídico, a identificação de quais são os direitos fundamentais vigentes no Brasil depende de uma olhada na Constituição brasileira⁵⁵.

Em seu Título II, a Constituição brasileira trata “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. O Título II, por sua vez, está dividido em cinco capítulos: (I) “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”; (II) “Dos Direitos Sociais”; (III) “Da Nacionalidade”; (IV) “Dos Direitos Políticos”; e, (V) “Dos Partidos Políticos”. O Título II abrange os artigos 5º ao 17º da Constituição.

Todavia, a própria Constituição não limitou os direitos fundamentais a essas disposições. O § 2º, do artigo 5º, dispõe que “*os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela*

⁵⁴ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 76.

⁵⁵ Ingo Sarlet, por outro lado, postula uma classificação material dos direitos fundamentais da Constituição brasileira (SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia... p. 103-129).

adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Além disso, artigos como o 196⁵⁶ (seção “Da Saúde”) e 205⁵⁷ (Seção “Da Educação”) da Constituição também enunciam normas de direitos fundamentais, haja vista evidente conexão com o artigo 6^o⁵⁸ da Constituição.

O STF, por sua vez, no julgamento da ADI 939⁵⁹, ao reconhecer que o art. 150, III, b⁶⁰ da Constituição expressa uma norma de direito fundamental, referendou o entendimento de que disposições constitucionais periféricas⁶¹ ao Título II expressam, quando a ele puderem ser associadas, normas de direitos fundamentais.

É nessa perspectiva que José Afonso da Silva aglutina os direitos fundamentais previstos na Constituição brasileira em cinco grupos: (1) direitos individuais (art. 5^o); (2) direitos à nacionalidade (art. 12); (3) direitos políticos (art. 14 a 17); (4) direitos sociais (arts. 6^o e 193 e ss.); (5) direitos coletivos (art. 5^o); (6) direitos solidários (arts. 3^o e 225)⁶².

Essa classificação é defeituosa porque, embora seja inclusiva de disposições constitucionais periféricas, deixa de fora artigos formalmente previstos sob o Título II (artigos 7^o ao 13^o).

Uma classificação adequada dos direitos fundamentais vigentes no Brasil, portanto, afirma que normas de direitos fundamentais são aquelas dispostas nos arts. 5^o ao 17^o, da Constituição brasileira, consideradas ainda disposições de direitos fundamentais periféricas, como, por exemplo, os arts. 150, III, b, 196 e 205, da Constituição brasileira, além de outras normas de direitos fundamentais que a essas disposições puderem ser corretamente associadas⁶³.

⁵⁶ Ver nota de rodapé 56.

⁵⁷ Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

⁵⁸ Art. 6^o São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

⁵⁹ STF. ADI 939/DF. Rel. Min. Sydney Sanches. Tribunal Pleno. D.J. 18/03/94.

⁶⁰ Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

III - cobrar tributos:

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;

⁶¹ Conforme ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 68, adotando a terminologia de Friedrich Klein.

⁶² SILVA, José Afonso da. Curso... p. 186.

⁶³ Valem para essa definição de norma de direito fundamental as quatro vantagens enumeradas por Alexy para o caso da lei fundamental: “Levando-se em consideração que, no âmbito dos conceitos aqui desenvolvidos, inúmeras diferenciações são possíveis, então, é possível afirmar que essas definições têm quatro vantagens: (1) elas se apoiam da forma mais estreita possível na lei

1.4. A diferença estrutural das normas de direitos fundamentais: o modelo de regras e princípios

É pouco provável que haja, na teoria dos direitos fundamentais, algo tão controvertido quanto a formulação *alexynana* de que regras e princípios são normas qualitativamente diferentes⁶⁴. Isso porque, dentre os mais variados critérios tradicionais para diferenciar regras e princípios, aquele que encontra maior aceitação é o critério da generalidade, por meio do qual se sustenta que princípios e normas são somente quantitativamente diferentes, é dizer, o decisivo para a distinção é o nível de generalidade do enunciado normativo⁶⁵.

A importância que Alexy dá para essa distinção não pode ser subestimada se se pretende compreender adequadamente a sua teoria dos direitos fundamentais:

“Para alcançar esse objetivo, é possível utilizar diversas diferenciações teórico-estruturais. Para a teoria dos direitos fundamentais, a mais importante delas é a distinção entre regras e princípios. Essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico. Essa distinção constitui um elemento fundamental não somente da dogmática dos direitos de liberdade e de igualdade, mas também dos direitos a proteção, a organização e procedimento e a prestações em sentido estrito. Com sua ajuda, problemas como os efeitos dos direitos fundamentais perante terceiros e a repartição de competências entre tribunal constitucional e parlamento pode ser mais bem esclarecidos. A distinção entre regras e princípios constitui, além disso, a estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, com isso, um ponto de partida para a resposta à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais. Nesse sentido, a distinção entre regras e princípio é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais”⁶⁶.

fundamental; (2) sem que, com isso, excluam considerações de caráter mais geral; (3) por meio delas não escolhem de antemão teses substanciais e estruturais; e (4) elas abrangem, em grande medida, as disposições às quais se costuma atribuir, no debate sobre o tema, um caráter de direito fundamental” (ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 69).

⁶⁴ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 90.

⁶⁵ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 87.

⁶⁶ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 85. Uma crítica dura à teoria dos princípios de Alexy é a de Ralf Poscher (POSCHER, Ralf. The principles theory: how many theories and what is their merit?. In: Institutionalized reason. New York: Oxford, 2012. p. 218). Ao responder à crítica, Alexy, afirma que, em referência a uma teoria dos princípios: “It is, however, the basis and framework of every reasonable doctrine of constitutional rights” (Em tradução livre: “é, contudo, a base e moldura de toda doutrina racional dos direitos fundamentais.”) (ALEXY, Robert. Comments... p. 345).

Pois bem, a diferenciação entre regras e princípios proposta por Alexy tem por ponto de partida o pensamento de Ronald Dworkin⁶⁷, em cuja teoria já estavam esboçadas algumas asserções sobre regras e princípios, como, por exemplo, que a diferença entre regras e princípios é lógica⁶⁸; que regras, diferentemente de princípios, são aplicadas de “modo tudo ou nada”⁶⁹; que princípios possuem uma dimensão de peso que as regras não têm⁷⁰.

Apesar de a teoria de Dworkin ter servido de impulso para a teoria dos princípios de Alexy, o presente trabalho não se aprofundará nela, não só porque a teoria de Alexy é pensada para um sistema de direito semelhante ao brasileiro, de direito continental⁷¹, mas, principalmente, por ser mais completa e desenvolvida.

Nas palavras de Alexy:

“O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

⁶⁷ Em um artigo de 1979, Alexy trabalha a distinção entre regras e princípios proposta por Dworkin e suas implicações. (ALEXY, Robert. Sobre o conceito do princípio de direito. In: Direito, razão, discurso. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010. p. 137).

⁶⁸ “The difference between legal principles and legal rules is a logical distinction. Both sets of standards point to particular decisions about legal obligation in particular circumstances, but they differ in the character of the direction they give.” (Em tradução livre: “A diferença entre princípios legais e regras legais é uma distinção lógica. Ambos estabelecem pontos padrões para decisões em particular sobre obrigações legais em circunstâncias particulares, mas eles se diferem quanto ao caráter da direção que dão”.) (DWORKIN, Ronald. Taking rights seriously. Cambridge: Harvard press, 1978. p. 24.)

⁶⁹ “Rules are applicable in an all-or-nothing fashion. If the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to the decision.” (Em tradução livre: “regras são aplicáveis de modo tudo-ou-nada. Se os fatos que as regras estipulam estão dados, então ou a regra é válida, e nesse caso a resposta dada deve ser aceita, ou não é, e nesse caso ela não contribui em nada para a decisão”.) (DWORKIN, Ronald. Taking rights... p. 24.)

⁷⁰ “Principles have a dimension that rules do not – the dimension of weight or importance. When principles intersect (the policy of protecting automobile consumers intersecting with principles of freedom of contract, for example), one who must resolve the conflict has to take into account the relative weight of each.” (Em tradução livre: “princípios tem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão de peso ou importância. Quando princípios se interseccionam (a política de proteção dos consumidores de automóveis com princípios de liberdade contratual, por exemplo), aquele que deve resolver o conflito tem que levar em consideração o peso relativo de cada um”.) (DWORKIN, Ronald. Taking rights... p 26).

⁷¹ “A família romano-germânica tem atrás de si uma longa história. Liga-se ao direito da antiga Roma, mas uma evolução mais que milenar afastou, de modo considerável, não só as regras substantivas e de processo, mas a própria concepção que se tem do direito e da regra do direito, de que era admitida no tempo de Augusto ou Justiniano. Os direitos da família romano-germânica são os continuadores do direito romano, cuja evolução concluíram; não são de modo algum a cópia deles, tanto mais que muitos de seus elementos derivam de fontes diversas do direito romano” (DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. São Paulo: Martins Fontes, 1986. p. 25).

Já as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que elas exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e na uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio⁷².

Dessa forma de diferenciação de normas entre regras e princípios decorrem diversas implicações. Uma análise mais profunda sobre cada uma delas não é o objetivo desta dissertação. Entretanto, sobre alguma delas é importante lançar um olhar.

1.4.1. Conflito entre regras e colisão entre princípios

Do caráter definitivo das regras, decorre a consequência de que um conflito entre regras só poderá ser resolvido ou com a inclusão de uma exceção ou com a declaração de invalidade de uma das regras. Isso porque não é possível que, para uma dada situação, a mesma conduta seja válida e inválida ao mesmo tempo. Com isso, já se percebe que conflitos entre regras acontecem no plano da validade⁷³. O problema de saber qual regra deve ser aplicada ao caso, se não for possível o estabelecimento de uma exceção, “*pode ser solucionado por meio de regras como lex posterior derogat legi priori e lex specialis derogat legi generali*”⁷⁴.

O fundamental, segundo Alexy, é que, no caso de conflito entre regras, a decisão é uma decisão sobre validade⁷⁵.

As colisões entre princípios, por outro lado, devem ser resolvidas de maneira diversa. Segundo Alexy, “*se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder*”⁷⁶. O “ceder” de um princípio não significa que a ele deva ser inserida uma cláusula de exceção ou que ele deva ser declarado inválido, mas, simplesmente, que, diante de certas condições, ele precede

⁷² ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 90-91.

⁷³ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 92.

⁷⁴ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 93.

⁷⁵ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 93. Kelsen, ao tratar do conflito entre normas, parece estar sob esse paradigma: “não é, portanto, inteiramente descabido dizer que duas normas jurídicas se ‘contradizem’ uma à outra. E, por isso mesmo, somente uma delas pode ser tida como objetivamente válida”. (KELSEN, Hans. Teoria pura... p. 220).

⁷⁶ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 93.

ante outro princípio. Isso, ao fim e ao cabo, demonstra que princípios, nos casos concretos, têm pesos diferentes⁷⁷.

Em suma:

“Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso”⁷⁸.

A resolução das colisões entre princípios obedece, segundo Alexy, a lei da colisão, expressa da seguinte forma

(1) $(P_1 \mathbf{P} P_2)C$

em que P_1 e P_2 são princípios que, se considerados isoladamente, levariam a juízos concretos de dever ser contraditórios (como autorizar e proibir determinada conduta ao mesmo tempo); e \mathbf{P} expressa a precedência de P_1 sobre P_2 , nas condições C do caso concreto⁷⁹.

À condição de precedência C , Alexy atribui um duplo papel⁸⁰. Isso porque, além de ser decisiva para a solução do caso posto em análise, C serve como tipo para uma regra, que se deixa formular da seguinte forma:

“(K) Se o princípio P_1 tem precedência em face do princípio P_2 sob as condições C : $(P_1 \mathbf{P} P_2)C$, e se do princípio P_1 , sob as condições C , decorre a consequência jurídica R , então, vale uma regra que tem C como suporte fático e R como consequência jurídica: $C \rightarrow R$ ”⁸¹.

Essa formulação deixa claro, ainda, que a regra R , resultado de $(P_1 \mathbf{P} P_2)C$, é uma norma de direito fundamental atribuída com caráter de regra⁸², uma vez que, se corretamente fundamentada, sempre que colidirem os princípios P_1 e P_2 , sob as condições C , P_1 terá precedência sobre P_2 .

⁷⁷ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 93-94. Para a solução de casos de colisões de princípios, Alexy teorizou a fórmula peso. (ALEXY, Robert. A fórmula peso. In: Constitucionalismo discursivo. 2ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008. p. 131 e ss.).

⁷⁸ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 94.

⁷⁹ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 94-99.

⁸⁰ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 98.

⁸¹ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 99.

⁸² ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 102.

1.4.2. Aplicação de regras e princípios: subsunção e ponderação

Não há, no livro “teoria dos direitos fundamentais”, referência direta ao modo de aplicação de regras e princípios. Nem por isso, entretanto, faltam indícios de que uma das consequências da distinção estrutural entre regras e princípios conduziria a métodos diversos de aplicação.

O principal desses indícios é o diferente caráter *prima facie* apresentado por regras e por princípios⁸³. Por serem mandamentos de otimização, princípios não contêm um mandamento definitivo, justamente por poderem ser afastados por princípios antagônicos⁸⁴. O que um princípio determina exatamente só aparece depois de submetido à lei da colisão. Por isso, segundo Alexy: “os princípios, portanto, não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades jurídicas”⁸⁵. As regras, por outro lado, “exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam, elas têm uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas”⁸⁶.

Todavia, a diferença entre o caráter *prima facie* de ambos pode ser suavizada. Como sempre podem existir boas razões para a introdução de uma exceção, o caráter definitivo de uma regra pode ser perdido⁸⁷. De outro lado, o caráter *prima facie* de um princípio pode ser fortalecido por meio da introdução de uma carga argumentativa a seu favor⁸⁸. Isso, contudo, não modifica isto: que regras e princípios possuem um caráter *prima facie* diferente, especialmente em razão dos “princípios formais”⁸⁹, que dispõem, basicamente, sobre procedimento e competência para criação de normas.

É por essa razão que, noutra lugar, Alexy afirma:

“O procedimento para a solução de colisões de princípios é a ponderação. Princípios e ponderações são dois lados do mesmo objeto. Um é o tipo teórico-normativo, o outro, metodológico. Quem efetua ponderações no direito pressupõe que as normas, entre as quais é ponderado, têm a estrutura de princípios e quem classifica normas como princípios deve chegar a ponderações. O litígio sobre a teoria dos princípios é, com isso, essencialmente, um litígio sobre a ponderação.

⁸³ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 103-106.

⁸⁴ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 104.

⁸⁵ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 104.

⁸⁶ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 104.

⁸⁷ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 104.

⁸⁸ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 105.

⁸⁹ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 105.

Completamente de outra forma são as coisas nas regras. Regras são normas que, sempre, só ou podem ser cumpridas ou não-cumpridas. Se uma norma vale, é ordenado fazer rigorosamente aquilo que ela pede, não mais e não menos. Regras contêm, com isso, fixações no espaço do fática e juridicamente possível. Elas são, por conseguinte, mandamentos definitivos. A forma de aplicação de regras não é a ponderação, mas a subsunção⁹⁰.

Dessa forma, a subsunção, de um lado, estaria associada à aplicação de determinações definitivas no âmbito do jurídico e faticamente possível, enquanto que, por outro lado, a ponderação estaria associada à aplicação de juízos carentes de definições no âmbito do jurídico e faticamente possível.

Todavia, aplicar normas é um processo mais complexo do que um *esquema regra-subsunção/princípio-ponderação* pode demonstrar. Aqui cabem, sobre isso, apenas algumas breves observações. A primeira é que entre a subsunção e a ponderação existem muitas semelhanças: ambas estabelecem premissas das quais o resultado pode ser inferido, nenhuma das duas contribui diretamente para a justificação das premissas adotadas, ambas, por isso, são estruturas formais. A relação entre as premissas e o resultado, é, contudo a grande diferença: enquanto a subsunção opera segundo as regras da lógica, a ponderação, por sua vez, opera segundo graus de interferência, importância de pesos abstratos e graus de confiabilidade⁹¹. A complexidade do processo fica ainda mais evidente se considerada a seguinte afirmação de Alexy: “*cada instância de ponderação começa com pelo menos duas subsunções*”⁹².

1.4.3. Princípio da proporcionalidade e ponderação

Dada a conexão entre a teoria dos princípios e a teoria dos direitos fundamentais, faz-se necessário discorrer sobre o princípio da proporcionalidade⁹³ e ponderação.

⁹⁰ ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito social. In: *Constitucionalismo discursivo*. 2ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008. p. 64.

⁹¹ ALEXY, Robert. On balancing and Subsumption. *Ratio Juris*. Vol. 16. Nº 4, 2003. p. 448.

⁹² Na resposta à crítica formulada por Frederick Schauer (SCHAUER, Frederick. *Balancing, subsumption, and the constraining role of legal text*. In: *Institutionalized reason*. New York: Oxford, 2012, p. 307.), Alexy afirma que: “each instance of balancing begins with at least two subsumptions” (Em tradução livre: “cada instância de ponderação inicia com pelo menos duas subsunções”). (ALEXY, Robert. *Comments...* p. 356).

⁹³ Virgílio Afonso da Silva, tradutor da teoria dos direitos fundamentais para o português, optou pela tradução “máxima” da proporcionalidade (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos...* p. 10). Aqui, entretanto, será preferida pela tradução “princípio” da proporcionalidade, conforme Luís Afonso Heck

Para Alexy, é a própria natureza dos princípios que implica o princípio da proporcionalidade⁹⁴; ou seja, o princípio da proporcionalidade é uma decorrência lógica da natureza dos princípios⁹⁵.

O princípio da proporcionalidade é composto por três princípios parciais, que expressam a ideia da otimização: o princípio da idoneidade, o princípio da necessidade e o princípio da proporcionalidade em sentido restrito⁹⁶. Os princípios da idoneidade e da necessidade referem-se à otimização das possibilidades no âmbito do fático. Nesse sentido, o princípio da idoneidade “*exclui o emprego de meios que prejudiquem a realização de, pelo menos, um princípio, sem, pelo menos, fomentar um dos princípios ou objetivos, cuja realização eles devem servir*”⁹⁷. O princípio da necessidade, por sua vez, estatui que “*se existe um meio menos intensivamente interveniente e igualmente bem idôneo, então uma posição pode ser melhorada, sem que nasçam custos para a outra*”⁹⁸.

Diferentemente dos dois princípios parciais acima, o princípio parcial da proporcionalidade em sentido restrito implica “*a otimização relativamente às possibilidades jurídicas*”⁹⁹. Alexy afirma que esse princípio parcial equivale a uma regra que se pode denominar “lei da ponderação”, que diz:

“Quanto mais alto é o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro”¹⁰⁰.

Alexy ainda divide a lei de ponderação em três passos:

“Em um primeiro passo deve ser comprovado o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio. A isso deve seguir, em um segundo passo, a comprovação da importância do cumprimento do princípio em sentido contrário. Em um terceiro passo deve, finalmente, ser comprovado, se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não-cumprimento do outro”¹⁰¹.

(ALEXY, Robert. Direito fundamentais, ponderação e racionalidade. In: Constitucionalismo discursivo. 2ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008. p. 110).

⁹⁴ Apoiado na jurisprudência do tribunal constitucional federal, Heck afirma que: “Porque enraizado no Princípio do Estado de Direito, o preceito da proporcionalidade é dele derivado. Em consequência, configura-se como preceito constitucional” (HECK, Luís Afonso. O tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995. p.176).

⁹⁵ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 117.

⁹⁶ ALEXY, Robert. Direito fundamentais, ponderação... p. 110.

⁹⁷ ALEXY, Robert. Direito fundamentais, ponderação... p. 110.

⁹⁸ ALEXY, Robert. Direito fundamentais, ponderação... p. 110.

⁹⁹ ALEXY, Robert. Direito fundamentais, ponderação... p. 111.

¹⁰⁰ ALEXY, Robert. Direito fundamentais, ponderação... p. 111.

¹⁰¹ ALEXY, Robert. Direito fundamentais, ponderação... p. 111.

Essas considerações sobre as normas de direitos fundamentais, a diferença estrutural entre regras e princípios e suas implicações e consequências, conduzem à adoção de um modelo de direitos fundamentais que considere uma ligação entre um nível de regras e um nível de princípios. É essa a proposta de Alexy¹⁰².

1.4.4. O modelo de regras e princípios

Uma vez estabelecido que normas de direitos fundamentais podem ser consideradas, ora como regras, ora como princípios, faz-se necessário um modelo de teoria de direitos fundamentais que contenha um nível de regras e um nível de princípios.

No nível dos princípios, estão todos os princípios relevantes para a questão dos direitos fundamentais, tendo em mente que “*um princípio é relevante para uma decisão de direito fundamental quando ele pode ser utilizado corretamente a favor ou contra uma decisão nesse âmbito*”¹⁰³. Toda a sorte de princípios pode ser relevante para uma decisão sobre direitos fundamentais, sejam eles princípios que confirmam direitos subjetivos *prima facie*, sejam eles princípios que estabeleçam interesses coletivos¹⁰⁴. Além deles, estão nesse nível os chamados princípios formais ou procedimentais¹⁰⁵.

Nesse nível, portanto, cabem tipos de princípios muito diferentes. Todos eles, porém, possuem a característica da indeterminação em comum. Alexy denomina esse nível de “*mundo do dever-ser ideal*”¹⁰⁶. É na transposição desse *mundo do dever-ser ideal* para o *mundo do dever-ser real* que acontecem as colisões entre princípios¹⁰⁷.

No nível das regras, por sua vez, estão disposições de direitos fundamentais que expressam “*uma tentativa de estabelecer determinações em face das*

¹⁰² “Quando duas formas puras e antagônicas não são aceitáveis, deve-se considerar a possibilidade de uma forma mista ou combinada, ou seja, de um modelo combinado. Um tal modelo é o modelo de regras e princípios, que surge da ligação entre um nível de princípios e um nível de regras.” (ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 135).

¹⁰³ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 136.

¹⁰⁴ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 136.

¹⁰⁵ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 138.

¹⁰⁶ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 139.

¹⁰⁷ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 139.

*exigências de princípios contrapostos*¹⁰⁸. As disposições de direitos fundamentais deste nível possuem, por isso, um caráter duplo, na medida em que, por um lado, positivam princípios e, por outro, determinam algo ante as exigências dos princípios contrapostos¹⁰⁹.

Para Alexy, em razão da ideia de vinculação à Constituição, o nível das regras detém uma primazia ante o nível dos princípios¹¹⁰. Isso, contudo, não é assim rígido. Esta regra de precedência fica mais adequada com a introdução de uma cláusula de exceção que diz que o nível das regras detém uma primazia ante o nível dos princípios *“a não ser que as razões para outras determinações que não aquelas definidas no nível das regras sejam tão fortes que também o princípio da vinculação ao teor literal da Constituição possa ser afastado”*¹¹¹.

Este caráter duplo das disposições de direitos fundamentais não é extensível, pelo menos não de início, às normas de direitos fundamentais. Todavia, apesar de as normas de direitos fundamentais serem ou regras ou princípios, elas podem ser construídas abarcando ambos os níveis. Isso ocorre *“quando na formulação da norma constitucional é incluída uma cláusula restritiva com a estrutura de princípios, que, por isso, está sujeita a sopesamentos [ponderações]”*¹¹².

Com esses esclarecimentos, se pretendeu demonstrar, ainda que brevemente, o quão complexa é a estrutura de uma disposição de direito fundamental e de uma norma de direito fundamental, colocando-se, em conexão com o objeto desta dissertação, a questão de até que ponto, se não é somente na apreciação de casos concretos, determinantes das possibilidades fáticas e jurídicas, o conteúdo dos direitos fundamentais pode ser precisado.

1.5. A dupla dimensão dos direitos fundamentais: como direitos subjetivos e como normas objetivas

Diz-se que os direitos fundamentais possuem um duplo caráter¹¹³, ou uma dupla dimensão¹¹⁴. Se por um lado são normas objetivas, por outro, em alguns

¹⁰⁸ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 139.

¹⁰⁹ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 139.

¹¹⁰ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 140.

¹¹¹ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 141.

¹¹² ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 141.

¹¹³ HESSE, Konrad. Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998. p. 228.

casos, concedem direitos subjetivos. Para Alexy, a questão diretiva neste litígio é: “em qual proporção normas de direitos fundamentais concedem direitos subjetivos e não apenas uma proteção meramente objetiva?”¹¹⁵.

1.5.1. O conceito de direito subjetivo

Sobre a conceituação de direito subjetivo podem ser aduzidas muitas coisas, a despeito da longevidade da discussão¹¹⁶. Segundo Alexy, atualmente, é possível distinguir três tipos de questões em conexão com o conceito de direito subjetivo: questões normativas, questões empíricas e questões analíticas¹¹⁷. Nesta dissertação, contudo, esta discussão não tem lugar.

Para Alexy, “um direito subjetivo a algo é uma relação de três variáveis entre o titular, o destinatário e o objeto do direito”¹¹⁸, que pode ser enunciado da seguinte forma

(1) *a* tem, em face de *b*, um direito a *G*¹¹⁹

em que *a* é o titular do direito, *b* é o destinatário do direito e *G* é o objeto do direito.

Diferentemente de Kelsen, portanto – para quem o conceito de direito subjetivo é o somatório de dois fatores: *i*) um direito reflexo, decorrente da existência de um dever, *ii*) e uma proteção jurídica, cuja manifestação é a possibilidade de ajuizamento de uma ação pelo indivíduo cujo direito, associado ao dever, foi violado¹²⁰ –, Alexy retira do conceito de direito subjetivo a atribuição da possibilidade de defesa do direito violado.

Persevera, contudo, na ideia de que o direito subjetivo é equivalente a uma obrigação relacional:

“Rigorosamente, então, quando o titular, perante o destinatário, tem um direito a uma determinada atuação, é o destinatário, perante o titular,

¹¹⁴ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais como direitos subjetivos e como normas objetivas. In: Direito, razão, discurso. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010. p. 200.

¹¹⁵ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais como direitos subjetivos... p. 200.

¹¹⁶ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 180.

¹¹⁷ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 180.

¹¹⁸ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais como direitos subjetivos... p. 202-203.

¹¹⁹ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 194.

¹²⁰ KELSEN, Hans. Teoria pura... p. 148-149.

obrigado a fazer essa atuação. Tais deveres relacionais e direitos subjetivos de conteúdo igual são dois lados da mesma matéria¹²¹.

Pode-se afirmar, então, que direitos fundamentais concedem direitos subjetivos quando o titular do direito possui um direito ante um destinatário, que, por sua vez, está obrigado a esta atuação¹²².

Direitos diferentes aparecem, entretanto, a depender do objeto do direito G, o qual exigirá, conforme for, uma abstenção ou um fazer do destinatário¹²³. Isso fica claro por meio da análise empreendida por Alexy do art. 2º, § 1º, 1, da lei fundamental, que diz “*todos têm direito à vida*”¹²⁴. A partir da jurisprudência do tribunal constitucional federal, Alexy identifica a estrutura de dois direitos que se diferenciam somente pelos seus objetos

(1) a tem, em face do Estado, um direito a que este não o mate.

(2) a tem, em face do Estado, um direito a que este proteja sua vida contra intervenções ilegais por parte de terceiros¹²⁵.

Essa diferença entre os objetos dos direitos leva à distinção entre direitos a uma ação negativa, comumente chamados de “direitos de defesa”, e a uma ação positiva, que abrange os “direitos a prestações”¹²⁶. Os chamados “direitos de defesa” serão apresentados em seus três grupos. Já dos chamados direitos a uma ação positiva, porque englobam uma pluralidade de posições, serão apresentados somente os direitos a prestações em sentido restrito (direitos fundamentais sociais) e os direitos a organização e procedimento.

É essa relação obrigacional triádica em que indivíduo aparece como destinatário de uma abstenção ou de uma ação de um órgão ou poder estatal que se denomina de direito subjetivo público. A questão que será vista mais adiante¹²⁷ é a se, e em que medida, direitos fundamentais concedem direitos subjetivos públicos aos indivíduos.

¹²¹ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais como direitos subjetivos... p. 203.

¹²² A atuação pode ser uma ação ou abstenção, conforme o objeto da relação triádica (ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 195-196).

¹²³ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 195.

¹²⁴ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 194.

¹²⁵ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 195.

¹²⁶ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 195-196.

¹²⁷ Ver infra 1.5.2.

1.5.1.1. Direitos a ações negativas

Alexy divide os direitos a ações negativas, também chamados de “direitos de defesa”, em três grupos: direitos ao não-embaraço de ações; direitos à não-afetação de características e situações; direitos à não-eliminação de posições jurídicas¹²⁸.

Ao grupo de direitos ao não-embaraço de ações *“pertencem somente os direitos a que o Estado não embarace qualquer tipo de ações dos titulares do direito, ou seja, não as impeça ou dificulte, por qualquer que seja o meio”*¹²⁹, que podem ser esquematizados segundo a seguinte fórmula geral

(3) *a* tem, em face do Estado, um direito a que este não o embarace na realização da ação *h*¹³⁰.

Ao grupo de direitos à não-afetação de características e situações, por sua vez, pertencem os direitos *“a que o Estado não afete determinadas características e situações do titular do direito”*¹³¹, que podem ser esquematizados segundo a seguinte fórmula geral

(4) *a* tem, em face do Estado, um direito a que este não afete a característica *A* (a situação *B*) de *a*¹³².

Por fim, ao grupo de direitos à não-eliminação de posições jurídicas pertencem os direitos *“a que o Estado não elimine determinadas posições jurídicas do titular do direito”*¹³³, ou seja, é um direito a que o Estado não retire de vigência determinadas normas¹³⁴, que podem ser esquematizados segundo a seguinte fórmula geral

(5) *a* tem, em face do Estado, um direito a que este não elimine a posição jurídica *RP* de *a*¹³⁵.

Direitos negativos, ou “direitos de defesa”, são, portanto, direitos que exigem ou um não-embaraço de ações; ou uma não-afetação de características e situações; ou uma não-eliminação de posições jurídicas. Outra coisa são os direitos a ações positivas.

¹²⁸ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 196.

¹²⁹ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 198.

¹³⁰ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 198.

¹³¹ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 199.

¹³² ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 199.

¹³³ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 199.

¹³⁴ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 201.

¹³⁵ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 201.

1.5.1.2. Direitos a ações positivas

Para Alexy, direitos a ações positivas podem ser divididos em dois grupos: direitos a uma ação fática e direitos a uma ação normativa¹³⁶.

O critério decisivo para a diferenciação entre direitos a positivas fáticas e ações positivas normativas é “a irrelevância da forma jurídica na realização da ação para a satisfação do direito”¹³⁷. Com isso, Alexy quer dizer que o importante para a diferenciação é que depois de uma ação positiva fática se modifica um estado de fato, e que depois de uma ação positiva normativa se modifica um estado normativo.

Ambos os direitos podem ser esquematizados de forma básica

(6) *a* tem, em face do Estado, um direito a que este realize a ação positiva fática *hf*.

(7) *a* tem, em face do Estado, um direito a que este realize a ação positiva normativa *hn*.

A conceituação de direitos subjetivos como direitos a algo frente ao Estado deixa-se, por conseguinte, segundo Alexy, classificar-se em cinco categorias: direitos ao não-embaraço de ações; direitos à não-afetação de características e situações; direitos à não-eliminação de posições jurídicas; direitos a ações positivas fáticas; direitos a ações positivas normativas.

1.5.1.2.1. Direitos a prestações em sentido restrito (direitos fundamentais sociais)

Por direitos fundamentais sociais, Alexy entende os “direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse dos meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares”¹³⁸.

Direitos desse tipo são aqueles usualmente expressos quando se fala em direito à saúde, ao trabalho, à moradia e à educação¹³⁹, dentre outros.

¹³⁶ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 201.

¹³⁷ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 202.

¹³⁸ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 499.

¹³⁹ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 499.

Se a questão acerca dos direitos fundamentais sociais é polêmica na Alemanha, cuja lei fundamental não formula direitos fundamentais sociais de maneira expressa, salvo raras exceções¹⁴⁰, no Brasil, diante da riqueza de disposições de direitos fundamentais desse tipo, a controvérsia é potencializada¹⁴¹.

Apesar dessa diferença entre as constituições, o esquema teórico desenvolvido por Alexy acerca desse tema pode ser universalizado para abarcar a realidade constitucional brasileira.

Assim como acontece em todos os âmbitos específicos da teoria dos direitos fundamentais proposta por Alexy, também aqui o caminho a ser trilhado deve levar em conta a ponderação dos princípios colidentes, sustentados pela qualidade da argumentação que se aduz a favor ou contra cada um deles¹⁴². Por detrás dessa estrutura, está também a noção fundamental de que questões sobre a realização de direitos fundamentais não devem estar sujeitas somente à consideração das maiorias parlamentares¹⁴³.

Pois bem, o modelo de Alexy sustenta que, nos casos de colisão envolvendo questões sobre direitos fundamentais sociais, a ponderação se dá entre, de um lado, o princípio da liberdade fática¹⁴⁴ e, de outro lado, *“os princípios formais da competência decisória do legislador democraticamente legitimado e o princípio da separação dos poderes, além de princípios materiais, que dizem respeito sobretudo à liberdade jurídica de terceiros, mas também a outros direitos fundamentais sociais e a interesses coletivos”*¹⁴⁵.

Ainda que este modelo proposto por Alexy não responda exatamente quais direitos fundamentais sociais definitivos cada indivíduo possui, ele responde que

¹⁴⁰ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 500. Hesse também faz menção a essa ausência de direitos fundamentais sociais na lei fundamental alemã: “A lei fundamental restringe suas garantias jurídico-fundamentais no essencial aos direitos do homem clássicos, ao lado dos quais se colocam algumas garantias e regulações de princípios especiais (por exemplo, artigo 5º, alínea 3, artigo 6º, 7). Em comparação com isso, ela renuncia aos “direitos fundamentais sociais”, como eles estão contidos em várias constituições estaduais” (HESSE. Elementos de direito... p. 170).

¹⁴¹ Em entrevista dada em recente visita ao Brasil, Alexy assim respondeu ao ser perguntado sobre a criação de direitos a partir dos protestos de junho passado: “Acho que já existem direitos suficientes no Brasil, o importante é colocá-los em prática. Para isso, tais protestos são necessários. Os direitos dos homens são ideais, mas elas sozinhas não podem se tornar realidade. Somente quando pessoas defendem ideias é que elas podem se tornar concretas. Isso mostra que não basta alegar boas razões para direito, é preciso lutar por elas” (ALEXY, Robert. Entrevista ao Jornal da Universidade – UFRGS. Ano XVII, nº 166, dez. 2013. p. 10).

¹⁴² ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 511-512.

¹⁴³ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 511-512.

¹⁴⁴ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 512.

¹⁴⁵ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 512.

cada indivíduo pode possuir alguns e o que é relevante para se chegar a essa definitividade¹⁴⁶. Ele descreve o seu modelo assim:

“Uma posição no âmbito dos direitos a prestações tem que ser vista como definitivamente garantida se (1) o princípio da liberdade fática a exigir de forma premente e se (2) o princípio da separação de poderes e o princípio democrático (que inclui a competência orçamentária do parlamento) bem como (3) os princípios materiais colidentes (especialmente aqueles que dizem respeito à liberdade jurídica de outrem) forem afetados em uma medida relativamente pequena pela garantia constitucional da posição prestacional e pelas decisões do tribunal constitucional que a levarem em consideração. Essas condições são necessariamente satisfeitas no caso dos direitos fundamentais sociais mínimos, ou seja, por exemplo, pelos direitos a um mínimo existencial, a uma moradia simples, à educação fundamental e média, à educação profissionalizante e a um patamar mínimo de assistência médica”¹⁴⁷.

Desta forma, fica claro que a chave para o modelo de direitos fundamentais proposto por Alexy é a teoria dos princípios¹⁴⁸. Vem implicada nisso a noção de que o indivíduo terá um direito subjetivo público exigível quando, consideradas as circunstâncias fáticas e jurídicas, pesar mais o princípio da liberdade fática do que os princípios formais e materiais colidentes¹⁴⁹.

1.5.2. A tese da subjetivação

Diz-se, ainda, que direitos fundamentais nem sempre concedem direitos aos seus titulares. A ideia de direitos fundamentais como normas objetivas está nesta conexão:

¹⁴⁶ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 512.

¹⁴⁷ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 512.

¹⁴⁸ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 517.

¹⁴⁹ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 517. Sobre se direitos fundamentais sociais são capazes de sustentar direitos subjetivos, Abramovich e Courtis concordam com Alexy, ainda que haja um desacordo sobre as diferenças estruturais entre tais direitos e os direitos fundamentais de defesa (ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. Direitos sociais são exigíveis. Porto Alegre: Dom Quixote editora, 2011. p. 59 e ss.). Hesse, por outro lado, entende que direitos fundamentais sociais não são capaz de gerar direitos subjetivos: “Ao fim e ao cabo, direitos fundamentais sociais mal se diferenciam, por isso, de determinações de objetivos estatais, isto é, normais constitucionais que determinam obrigatoriamente tarefas e direção da atuação estatal, presente e futura. Os estabelecimentos de objetivos fixados jurídico-constitucionalmente obtém, com isso, primazia sobre estabelecimentos de objetivos políticos; nisso, a liberdade conformadora do legislador é restringida. Por si só, determinações de objetivos estatais não são capazes de produzir nada: elas dependem disto, ser acolhidas pelo legislador e, segundo os problemas e possibilidades da época, transformadas em direito vigente diretamente e realizadas” (HESSE. Elementos de direito... p. 170-171).

“Pelo contrário, uma norma obriga um sujeito de direito só *objetivamente* nesta medida, na qual ela fundamenta deveres que não existem perante outros sujeitos de direito. Aqui, devem ser consideradas somente normas de direitos fundamentais. De normas de direitos fundamentais deve ser dito, que elas obrigam o estado só objetivamente quando os deveres, por elas fundados, não existem perante alguns titulares de direitos fundamentais, portanto, quando elas não concedem direitos subjetivos em forma de direitos subjetivos.

O conceito da dimensão objetiva dos direitos fundamentais pode ser definido pelo de essa não conter nenhuma norma que concede um direito fundamental em forma de um direito subjetivo”¹⁵⁰.

Uma rigorosa separação entre a dimensão subjetiva e a dimensão objetiva dos direitos fundamentais não se sustenta, todavia. Em razão do nível dos princípios, os direitos fundamentais possuem, ao mesmo tempo, uma dimensão subjetiva e uma dimensão objetiva¹⁵¹. Hesse expressa tal ideia de forma precisa:

“Como elementos da ordem objetiva, determinante de *status*, limitadora de *status*, e asseguradora de *status*, que inserem o particular na coletividade, os direitos fundamentais constituem bases da ordem jurídica da coletividade. Nisso existe, para as camadas de significado individuais dos direitos fundamentais como direitos subjetivos, uma relação de complemento e fortalecimento recíproco; esta exclui separar o significado dos direitos fundamentais como princípios objetivos, do seu significado primitivo e fundamental, como direitos do homem e do cidadão”¹⁵².

A concordância entre os pontos de vistas não poderia estar mais clara. Alexy, porém, se aprofunda na explicação porque percebe que esta relação entre as dimensões se dá em razão da natureza de princípios dos direitos fundamentais.

É com essa relação entre as dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais que Alexy formula sua “*tese da subjetivação*”, que diz:

“Minha tese para a *relação entre a dimensão subjetiva e a objetiva dos direitos fundamentais* diz que existe uma presunção em favor da dimensão subjetiva. Quem, afirma que uma norma de direito fundamental tem um caráter meramente objetiva suporta, para isso, a carga argumentativa. Essa tese pode ser denominada ‘*tese da subjetivação*’. Ela diz que cada dever jurídico-fundamental vinculativo do estado, tenha esse um caráter definitivo ou um meramente *prima facie*, fundamentalmente, correspondem direitos fundamentais em forma de direito subjetivos”¹⁵³.

Dois argumentos fundamentais sustentam esta posição. O primeiro argumento é chamado por Alexy de *argumento do individualismo dos direitos*

¹⁵⁰ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais como direitos subjetivos... p. 203.

¹⁵¹ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais como direitos subjetivos... p. 207.

¹⁵² HESSE, Konrad. Elementos de direito... p. 239.

¹⁵³ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais como direitos subjetivos... p. 210.

fundamentais. Este argumento está relacionado com a noção de que direitos fundamentais foram criados para a proteção do indivíduo¹⁵⁴. É um argumento associado à finalidade dos direitos fundamentais, portanto¹⁵⁵. O segundo argumento é chamado por Alexy de *argumento da otimização dos direitos fundamentais*. Este argumento considera que, em razão de seu caráter de princípio, os direitos fundamentais são mais bem realizados com a consideração de que estatuem direitos subjetivos, ainda que somente *prima facie*¹⁵⁶.

1.6. Proteção de direito fundamental: direito procedimental (procedimento em sentido estrito)¹⁵⁷

Sobra ainda um aspecto da teoria dos direitos fundamentais que merece ser tratado por esta dissertação: se direitos fundamentais fundamentam um direito procedimental. Esse aspecto pode ser complementado com a questão de em que medida direitos fundamentais podem ser realizados sem um direito procedimental. O significado de uma estrutura procedimental que proteja direitos fundamentais não pode ser subestimado ou ignorado¹⁵⁸.

Em razão da hierarquia constitucional dos direitos fundamentais, certamente é por meio da jurisdição constitucional¹⁵⁹ que direitos fundamentais podem ser mais bem protegidos. Ainda que a jurisdição constitucional tenha sido primeiro pensada

¹⁵⁴ Ver supra 1.1.

¹⁵⁵ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais como direitos subjetivos... p. 211.

¹⁵⁶ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais como direitos subjetivos... p. 211.

¹⁵⁷ Alexy fala em direitos a organização e procedimento. Porém, depois de discorrer sobre a questão terminológica, ele afirma que pode ser admitido o uso do termo “direitos procedimentais” em um sentido amplo (ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 474).

¹⁵⁸ Nesse sentido: “Deve ser indicado, finalmente, um aspecto, destacado progressivamente, da realização de direitos fundamentais no desenvolvimento recente: sua realização e asseguramento por organizações e procedimentos” (HESSE, Konrad. Elementos de direito... p. 287).

¹⁵⁹ Para jurisdição constitucional, ver: KELSEN, Hans. Jurisdição constitucional. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Ao discorrer sobre o significado da jurisdição constitucional, Kelsen afirma: “uma constituição em que falte a garantia da anulabilidade dos atos inconstitucionais não é plenamente obrigatória, no sentido técnico.” (KELSEN, Hans. Jurisdição... p.179). Ele aqui se referia à possibilidade de nulificar atos que, do ponto de vista da constituição, eram irregulares (para nulificabilidade, ver: HECK, Luís Afonso. Jurisdição constitucional: teoria da nulidade versus teoria da nulificabilidade das leis. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008). Entretanto, nem por isso, pode se afirmar que não via ali Kelsen um instrumento de proteção também subjetiva: “Se virmos a essência da constituição não na onipotência da maioria, mas no compromisso constante entre os grupos representados no parlamento pela maioria e pela minoria, e por conseguinte na paz social, a justiça constitucional aparecerá como um meio particularmente adequado à realização dessa ideia” (KELSEN, Hans. Jurisdição... p. 182). Alexy possui uma estratégia interessante para conciliar jurisdição constitucional e democracia: a tese da representação argumentativa (ALEXY, Robert. Ponderação, jurisdição constitucional e representação. In: Constitucionalismo discursivo. 2ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008. p.162 e ss.).

para uma proteção objetiva da constituição, para garantir a sua regularidade jurídica¹⁶⁰, não houve impedimento para seu desenvolvimento no sentido de proteger também direitos fundamentais subjetivamente¹⁶¹. Fala em favor disso a já demonstrada mitigação da separação entre direitos fundamentais como direitos subjetivos ou meras normas objetivas¹⁶².

Pois bem, segundo Alexy, fundamentalmente:

“As normas de organização e procedimento devem ser criadas de forma a que o resultado seja, com suficiente probabilidade e em suficiente medida, conforme aos direitos fundamentais”¹⁶³.

¹⁶⁰ Ver nota de rodapé supra.

¹⁶¹ O argumento é reforçado pela noção material de constituição, em contraposição à noção formal de constituição: “A Constituição não é, então, unicamente uma regra de procedimento, mas também uma regra de fundo; por conseguinte, uma lei pode ser, então, inconstitucional, seja por causa de uma irregularidade de procedimento em sua elaboração, seja em decorrência da contrariedade de seu conteúdo aos princípios ou diretivas formulados na Constituição, quando excede os limites estabelecidos por esta” (KELSEN, Hans. *Jurisdição...* p. 132). Tendo em mente a concepção material da constituição, Ruy Barbosa afirmou que “Ora, uma coisa são *garantias constitucionales*, outra coisa os *direitos*, de que essas garantias traduzem, em parte, a condição de segurança política ou judicial. Os *direitos* são aspectos manifestações da personalidade humana em sua existência subjectiva, ou nas situações de relação com a sociedade, ou os indivíduos, que a compõem. As *garantias constitucionales stricto sensu* são solemnidades tutelares, de que a lei circunda alguns desses direitos contra os abusos do poder” (BARBOSA, Ruy. *A constituição e os actos inconstitucionales do congresso e do executivo ante a justiça federal*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Atlantida editora, s.a. p. 190-191). No mesmo sentido, Bonavides: “De nada valeriam os direitos ou as declarações de direitos se não houvesse pois as garantias constitucionais para fazer reais e efetivos esses direitos” (BONAVIDES, Paulo. *Curso...* p. 548). Logo a seguir, Bonavides expressa com exatidão: “Na primeira acepção as garantias são concebidas para manter a eficiência e a permanência da ordem constitucional contra fatores desestabilizantes, sendo em geral a reforma da constituição, nesses caso, um mecanismo poderoso de segurança e conservação do estado de direito, o mesmo se dizendo também do estado de sítio e de outros remédios excepcionais, fadadas a manter de pé, em ocasiões de crise e instabilidade, as bases dos regimes e sistema das instituições. Na segunda acepção já não se trata de obter uma garantia para constituição e o direito objetivo na sua totalidade, mas de estabelecer uma proteção direta e imediata ao direitos fundamentais, por meio de remédios jurisdicionais próprios e eficazes, providos pela ordem constitucional mesma” (BONAVIDES, Paulo. *Curso...* p. 549). A relação entre proteção de direitos fundamentais e via processual adequada também aparece em HECK: “Cabe, aqui, uma distinção entre a validade teórica e a validade prática dos direitos fundamentais. O questionamento jurídico da validade efetuar-se-ia, dado o caso, por controle normativo. A validade prática, por sua vez, depende de uma via processual apropriada para, no caso de sua violação, poder fazê-los valer. Na República Federal da Alemanha tem-se, para tanto, o recurso constitucional. Do exposto pode-se deduzir, e isso vale para o geral, que a discussão em torno da valência de direitos fundamentais (não vem ao caso, agora, a terminologia) somente toma um sentido prático e concreto quando está enfocada sobre a validade prática, o que pressupõe a existência daquela via processual apropriada, pois, a validade teórica, como a priori filosófico, já está, de há muito, consolidada e, como questão jurídica, tem possibilidade práticas quase nulas. Em outras palavras, o tráfego concreto de direitos fundamentais depende essencialmente de um horizonte processual apropriado” (HECK, Luís Afonso. *O tribunal constitucional federal...* p. 177, nota de rodapé nº 35).

¹⁶² Ver supra 1.5. HESSE afirma que o controle que assegura a eficácia dos direitos fundamentais “serve não só à proteção jurídica individual, portanto, à realização dos direitos individuais como direitos de defesa subjetivos, mas, não menos, também, à sua proteção como partes integrantes da ordem objetiva da coletividade, que deve ser realizada por tribunais independentes vigiarem a observância dos direitos fundamentais” (HESSE, Konrad. *Elementos...* p. 269).

¹⁶³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos...* p. 473.

Essa formulação une um *dever de criação de normas* a um resultado *conforme aos direitos fundamentais*, o que implica o seguinte:

“O direito a procedimentos como direito a proteção jurídica efetiva, nesse caso, tem como destinatário os tribunais. De outra parte, os direitos a procedimentos que têm como objeto a criação de normas procedimentais, por serem direitos ao estabelecimento de normas, têm como destinatário o legislador”¹⁶⁴.

É por isso que direitos procedimentais possuem status positivo e, por conseguinte, devem ser classificados como direitos a ações estatais positivas, ou seja, direitos que exigem um fazer estatal¹⁶⁵. Alexy deixa, com isso, distinguir, no que diz respeito ao objeto dos direitos procedimentais, quatro grupos: (1) competências de direito privado; (2) procedimentos judiciais e administrativos (procedimento em sentido estrito); (3) organização em sentido estrito; e (4) formação da vontade estatal¹⁶⁶. Aqui será analisado somente (2).

O ponto de partida para a compreensão do que são direitos a procedimentos judiciais e administrativos é que eles “*são direitos essenciais a uma proteção jurídica efetiva*”, sendo a “*condição efetiva de uma proteção jurídica efetiva que o resultado do procedimento proteja os direitos materiais dos titulares de direitos fundamentais envolvidos*”¹⁶⁷.

Dessa forma, sobressai que estão entrelaçados um aspecto procedimental e um aspecto material neste âmbito¹⁶⁸.

Inserido nesta perspectiva de que nos direitos a procedimentos estão unidos aspectos procedimentais e aspectos materiais, Alexy coloca a questão de se um modelo de direitos a procedimentos em que se supõe que a correção do resultado está atrelada somente ao aspecto procedimental é adequado¹⁶⁹. A resposta de Alexy é negativa.

Isso porque os direitos fundamentais em alguns pontos são “*não-procedimentais*”¹⁷⁰. Por “*não-procedimentais*”, Alexy quer dizer, basicamente, que

¹⁶⁴ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 474.

¹⁶⁵ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 477 e ss.

¹⁶⁶ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 483.

¹⁶⁷ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 488.

¹⁶⁸ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 488.

¹⁶⁹ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 488.

¹⁷⁰ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 489.

não necessariamente o resultado de um procedimento garante a conformidade do resultado com os direitos fundamentais. Isso fica claro neste trecho:

“Isso é perceptível com toda nitidez a partir de sua relação com o procedimento legislativo democrático. Nem tudo aquilo que pode ser resultado de discussões e votações no parlamento é possível na perspectiva dos direitos fundamentais. É certo que os direitos fundamentais, de um lado, garantem direta e indiretamente a participação no processo democrático. Nessa medida, eles são procedimentais. Mas, de outro lado, na medida em que estabelecem limites materiais a esse processo, eles são não procedimentais”¹⁷¹.

Assim, pode-se afirmar que direitos a procedimentos realizam seu objetivo de “proteção jurídica efetiva” se, e somente se, por meio de um procedimento for possível assegurar um resultado material adequado do ponto de vista dos direitos fundamentais.

Essa comprovação possui para esta dissertação um caráter duplo: ao mesmo tempo em que encerra a exposição dos temas que lhe são relevantes no âmbito da teoria dos direitos fundamentais, dá impulso para que siga para outros, na medida em que coloca a questão de se há, no ordenamento jurídico brasileiro, algum meio procedimental hábil para uma proteção jurídico-constitucional realmente efetiva e, portanto, adequada dos direitos fundamentais.

¹⁷¹ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 489.

2. Direito procedimental ante o Supremo Tribunal Federal

2.1. Considerações iniciais

Na primeira parte dessa dissertação, foram descritas diversos aspectos acerca dos direitos fundamentais. Todas elas são importantes para a segunda parte. Para as considerações introdutórias a ela, todavia, as mais importantes são as ideias que direitos fundamentais precisam ser protegidos por procedimentos adequados e que direitos fundamentais exigem a criação de procedimentos para isso¹⁷².

É por isso que serão apresentados a seguir diversos procedimentos existentes no ordenamento jurídico brasileiro que, de alguma forma, possibilitam, ou deveriam possibilitar, a proteção adequada de direitos fundamentais. Estão inclusos nesses procedimentos também aqueles que se destinam precipuamente à proteção objetiva da constituição. Será assim porque, conforme já mencionado¹⁷³, por meio da proteção objetiva da constituição também posições subjetivas de direito fundamental são protegidas, haja vista a sua hierarquia constitucional.

Esse entendimento é consentâneo com a doutrina pátria sobre o tema, pelo que, com base nela, serão escolhidos os procedimentos a serem analisados:

“Ao lado dessa expressa garantia geral [referência à garantia geral de acesso ao Poder Judiciário, expressa no art. 5º, XXXV, da CRFB¹⁷⁴], o texto constitucional consagra as garantias especiais do *habeas corpus*, do mandado de segurança, do *habeas data* e do mandado de injunção, como instrumentos destinados à defesa da liberdade de ir e vir (*habeas corpus*), das liberdades públicas em geral em face do Poder Público (mandado de segurança), dos direitos de caráter positivo em face de eventual lesão decorrente de omissão legislativa (mandado de injunção) e dos direitos de autodeterminação sobre dados (*habeas data*).

Por isso, no capítulo que trata da proteção judicial efetiva, há de se contemplar, ainda que de forma resumida, também essas garantias especiais.

A ordem constitucional contempla outras garantias judiciais que podem ter reflexos sobre posições subjetivas, como a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade, a ação de inconstitucionalidade por omissão, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, a ação popular e a ação civil pública.

Embora destinados à defesa da ordem constitucional objetiva ou de determinados preceitos constitucionais, ou, ainda, da legalidade e da moralidade, do patrimônio público, esses instrumentos podem levar a decisões judiciais com repercussão sobre situações subjetivas. A

¹⁷² Ver supra 1.6. e ss. e, em especial, nota de rodapé nº 157.

¹⁷³ Ver supra 1.5., 1.6. e, em especial, nota de rodapé nº 158.

¹⁷⁴ CRFB. Art. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

declaração de inconstitucionalidade em um processo objetivo refletirá, invariavelmente, sobre a posição de tantos quantos tenham sido afetados pela norma¹⁷⁵.

Será acrescido aos procedimentos ali descritos o recurso extraordinário. A análise desse expediente é de suma importância para esta dissertação, haja vista seu claro status jurídico-constitucional de via universal de acesso ao STF. De outro modo, a dissertação não analisará a ação popular e a ação civil pública¹⁷⁶. Duas razões falam a favor disso. A primeira razão (i) é que não se prestam à proteção subjetiva de direito fundamental, tampouco à proteção objetiva da constituição, senão à proteção de bens jurídicos diversos daqueles, ainda que importantes, tais como o patrimônio público, a moralidade administrativa, o meio ambiente e o patrimônio histórico cultural, no caso da ação popular¹⁷⁷, e o patrimônio público e cultural, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, no caso da ação civil pública¹⁷⁸. A segunda razão (ii) é que esta dissertação está interessada nos meios de acesso ao STF, cujo rol de competências não abarca o julgamento dessas ações, do que decorre que a única maneira de o STF ser provocado a manifestar-se nelas é pela via do RE, objeto de análise desta dissertação.

É dizer, o interesse desta dissertação está adstrito à análise de procedimentos pelos quais é possível que o STF manifeste-se com repercussão sobre direitos fundamentais. Mais especificamente, nesta segunda parte da dissertação, serão analisados os procedimentos existentes de acesso ao STF para saber se há, no ordenamento jurídico nacional, um sistema procedimental para proteção adequada de direitos fundamentais ante o poder público, compreendidos

¹⁷⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade 4ª ed. rev. e ampl. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 219-220.

¹⁷⁶ Tampouco será analisada a reclamação ao STF. A razão é bastante singela. Conforme dispõe o art. 102, "I", da CRFB, cabe ao STF *julgar reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões*, ou seja, o expediente tem por objeto a proteção do STF, pelo que não se presta à proteção da constituição, tampouco à proteção subjetiva de direitos fundamentais. Para mais informações sobre a reclamação, ver, dentre outros: MEIRELLES, Hely. Mandado... p. 825-875. Para um posicionamento no sentido de que o meio ambiente é um direito fundamental, ver: GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. Direito fundamental ao meio ambiente. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005.

¹⁷⁷ CRFB. Art. 5º. LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

¹⁷⁸ CRFB. Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

os poderes executivo, legislativo e judiciário¹⁷⁹, em sua feição subjetiva. É esse o recorte metodológico desta dissertação.

Essa abordagem é justificada pela posição do STF na ordem jurídico-constitucional brasileira, na medida em que ao tribunal está atribuída a guarda precípua da constituição¹⁸⁰. O significado da posição de um tribunal de cúpula no desempenho da tarefa de proteção dos direitos fundamentais é fartamente descrito na doutrina alemã, conforme segue abaixo.

Se a compreensão adequada da ideia de direitos fundamentais abarca sua função contramajoritária¹⁸¹, já Kelsen percebia a importância da jurisdição constitucional – e, portanto, de um tribunal de cúpula, uma vez que pensava num sistema com concentração de competência para o exame e para a rejeição de ato incompatível com a constituição num tribunal superior único – para a concretização da ideia de direitos fundamentais:

“Se virmos a essência da democracia não na onipotência da maioria, mas no compromisso constante entre os grupos representados no Parlamento pela maioria e pela minoria, e por conseguinte na paz social, a justiça constitucional aparecerá como um meio particularmente adequado à realização dessa ideia”¹⁸².

Mais precisamente, a importância do acesso ao tribunal constitucional federal alemão para a realização dos direitos fundamentais é afirmada por Hesse:

“...; e a Constituição escrita ganha na vida da coletividade um significado muito superior do que em uma ordem sem jurisdição constitucional – o papel que a Constituição, nomeadamente em seus direitos fundamentais,

¹⁷⁹ HECK, Luís Afonso. O recurso constitucional na sistemática jurisdicional-constitucional alemã. In: Revista Informação Legislativa, a. 31, n. 124. Brasília, 1994. p. 118.

¹⁸⁰ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...)

¹⁸¹ “Por conseguinte, para aquele que quer institucionalizar os direitos do homem no mundo como ele é, somente o modo de ver realista é correto. Segundo ele, a relação entre direitos fundamentais e democracia é caracterizada por duas visões em sentido contrário e, como isso, na realidade, por uma contradição. A primeira diz: (1) direitos fundamentais são democráticos; a segunda: direitos fundamentais são não-democráticos. Direitos fundamentais são democráticos porque eles, como garantia dos direitos de liberdade e igualdade, asseguram o desenvolvimento e existência de pessoas que, no fundo, são capazes de manter o processo democrático com vida e porque eles, com a garantia da liberdade de opinião, imprensa, radiodifusão, reunião e associação, assim como com o direitos eleitoral e outras liberdades políticas asseguram as condições funcionais do processo democrático. Não-democráticos são os direitos fundamentais, pelo contrário, porque eles desconfiam do processo democrático. Com a vinculação, também do dador de leis, eles subtraem da maioria parlamentarmente legitimada poderes de decisão. Em muitos estados, este jogo deve ser observado: a oposição perde primeiro no processo democrático e obtém, então, diante do tribunal constitucional” (ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado... p. 53).

¹⁸² KELSEN, Hans. Jurisdição... p. 182.

desempenha na vida da República Federal assenta-se, não em último lugar, nisto, que a questão da observância das vinculações jurídico-constitucionais sempre pode ser feita acessível à decisão do Tribunal Constitucional Federal”¹⁸³.

Ainda nesse mesmo sentido, a lição de Maurer:

“Seria, certamente, uma tarefa atrativa perseguir a *história da república federal da Alemanha no espelho da jurisprudência do tribunal constitucional federal*. Iria mostrar-se que quase todas as manobras de agulha politicamente importantes encontraram uma repercussão na jurisprudência do tribunal constitucional federal. Iria mostrar-se, ademais, que o tribunal constitucional federal, pelo desenvolvimento dos direitos fundamentais, determinou essencialmente e determina a relação-cidadão-estado, mas também as relações dos cidadãos uns com os outros e, com isso, o âmbito social (direitos fundamentais como decisões de valores e normas de princípio, efeito de proteção dos direitos fundamentais, realização e asseguramento dos direitos fundamentais por organização e procedimento, direito de personalidade geral, artigo 2 I, da lei fundamental, como garantia da liberdade de atuação geral, efeito perante terceiros mediata)”¹⁸⁴.

Além disso, pode ser aduzida outra boa razão em favor da investigação a ser feita. Boa parte da teoria dos direitos fundamentais de Alexy, por exemplo, foi construída com apoio na jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão¹⁸⁵. Não há nenhuma razão para que esse método não possa ser também utilizado para a construção de uma dogmática dos direitos fundamentais da constituição brasileira. Isso, certamente, não só auxiliaria na compreensão daquilo que é definitivamente devido no âmbito dos direitos fundamentais, como também incrementaria o diálogo entre doutrina e STF.

¹⁸³ HESSE, Konrad. Elementos... p. 419-420.

¹⁸⁴ MAURER, Hartmut. Jurisdição constitucional. Em: Contributos para o direito do estado. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007. p. 221-222. Alexy compartilha da opinião: “O significado atual dos direitos fundamentais é devido sobretudo à jurisprudência desse tribunal [constitucional federal]” (ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais p. 27).

¹⁸⁵ “Aquele que toma como objeto da dimensão empírica a cognição do direito positivo válido tem que pressupor conceitos amplos e polifacetados de direito e de validade. A dimensão empírica não se esgota com a descrição do direito nas leis, pois inclui a descrição e prognóstico da práxis jurisprudencial, ou seja, não direito legislado, mas também direito jurisprudencial. Além disso, também a efetividade do direito é objeto da dimensão empírica, ao menos na medida em que tal efetividade for condição para a validade do direito, legislado ou jurisprudencial. O objeto da dimensão empírica engloba, portanto, mais que o conceito de direito e de validade do positivismo jurídico. Os motivos para tanto, no âmbito dos direitos fundamentais, são facilmente perceptíveis. Devido à abertura de suas normas, a simples cognição do direito legislado não oferece muita coisa. Mesmo aqueles que defendem um conceito positivista de direito e de validade – seja como jurista, ao escrever comentários aos direitos fundamentais, seja como advogado, ao assessorar um cliente em questões de direitos fundamentais, seja como juiz constitucional, ao fundamentar uma decisão – não podem renunciar à cognição e ao manuseio da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal” (ALEXY, Robert. Teoria dos direitos... p. 34-35).

Uma última razão pode ser aduzida favoravelmente à análise dos procedimentos para proteção de direito fundamental ante o STF e a sua adequação para alcançar, com eficiência, o seu objetivo: a crescente tendência à atribuição de efeito vinculante a suas decisões, por exemplo, por meio de súmulas vinculantes¹⁸⁶, bem como por meio de *lege ferenda*, a exemplo da disposição contida no anteprojeto do novo CPC:

Art. 847. Os tribunais velarão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência, observando-se o seguinte:
 (...)

 IV – a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores deve nortear as decisões de todos os tribunais e juízo singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia;
 (...) ¹⁸⁷

Confirmada esta tendência de cada vez mais atribuir força vinculante aos julgados do STF, certamente, com mais frequência, o tribunal será chamado a manifestar-se sobre direitos fundamentais, que somente poderão ser desenvolvidos e protegidos de modo eficiente se houver um meio procedimentalmente adequado de acesso para cada indivíduo fazer valer seu direito fundamental violado.

Em razão de direitos fundamentais possuírem uma natureza de princípio e, por isso, serem mandamentos de otimização¹⁸⁸, um procedimento adequado que objetive a sua proteção precisa não apenas permitir que a cada indivíduo seja possibilitado, com a afirmação de ter sido violado em um direito fundamental, o acesso ao STF, como, também, ter uma abertura de apreciação suficientemente ampla para que o tribunal analise as questões de fato de cada caso, e não somente as questões puramente jurídicas. Deve ser assim porque a natureza de princípio dos direitos fundamentais implica o princípio da proporcionalidade e, portanto, a lei da ponderação. O princípio da proporcionalidade, por sua vez, composto por três princípios parciais, o da idoneidade, o da necessidade e o da proporcionalidade em

¹⁸⁶ CRFB. 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. (Sobre isso, dentre outros, ver: MENDES, Gilmar Ferreira. Curso... p.966 e ss.).

¹⁸⁷ Disponível em <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf> acessado em 04/01/2014.

¹⁸⁸ Ver supra 1.4. Também: “A tese central deste livro é a de que direitos fundamentais, independentemente de sua formulação mais ou menos precisa, têm natureza de princípios e são mandamentos de otimização” (ALEXY, Robert. Teoria dos direitos (posfácio)... p. 575).

sentido restrito, exige, no momento de apreciação dos princípios parciais da idoneidade e da necessidade, considerações relativamente às possibilidades fáticas, do que já se extrai a importância de que o procedimento para proteção de direitos fundamentais seja aberto à análise de fatos. Todavia, também o princípio parcial da proporcionalidade em sentido restrito, momento em que as possibilidades jurídicas devem ser otimizadas, e campo específico da ponderação, está relacionado com questões empíricas. Isso porque a ponderação tem por variável, além das intensidades de intervenção dos princípios e de seus pesos abstratos, o grau de segurança das suposições sobre a realização dos princípios colidentes¹⁸⁹.

Assim, por meio dessas observações iniciais, já o que esta dissertação busca nos procedimentos a serem analisados fica mais claro.

Para esse objetivo – análise de procedimentos que, de alguma forma, protejam direitos fundamentais ante o STF –, o direito comparado apresenta um exemplo exitoso. É o caso do recurso constitucional alemão. Esse procedimento propicia a proteção adequada de direitos fundamentais na Alemanha, e, não por acaso, é chamado por Maurer de “*conclusão que coroa*”¹⁹⁰ o sistema jurídico de proteção na Alemanha. O recurso constitucional alemão servirá, portanto, como modelo¹⁹¹ para esta dissertação.

2.1.1. O recurso constitucional alemão como modelo

2.1.1.1. Função e significado

O recurso constitucional está previsto no art. 93 I, número 4a, da lei fundamental de Bonn¹⁹². Inicialmente, a lei fundamental não contemplava a figura

¹⁸⁹ Para mais sobre isso, ALEXY, Robert. A fórmula peso... p. 131, em especial p. 144 e ss.

¹⁹⁰ “Com o recurso constitucional o sistema de proteção jurídica obtém, na Alemanha, sua conclusão que coroa” (MAURER, Hartmut. A revisão jurídico constitucional das leis pelo tribunal constitucional federal. Em: Contributos para o direito do estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2007. p. 298).

¹⁹¹ Por modelo não se deve entender aqui uma cópia, mas a utilização da experiência alemã no âmbito dos direitos fundamentais no que toca à questão da estrutura procedimental para aperfeiçoamento do direito brasileiro.

¹⁹² MAURER, Hartmut. Jurisdição constitucional. p. 264; HESSE, Konrad. Elementos... p. 271; HECK, Luís Afonso. Os direitos fundamentais na lei fundamental de Bonn. In: Revista Informação Legislativa, a. 28, n. 109. Brasília, 1991. p. 335; HECK, Luís Afonso. O recurso... p. 123. A lei fundamental e a lei sobre o tribunal constitucional federal estão traduzidas no que é pertinente à jurisdição constitucional em: HECK, Luís Afonso. Jurisdição constitucional e legislação pertinente no direito comparado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 67-117; 135-141.

processual do recurso constitucional¹⁹³; sua existência no ordenamento jurídico alemão estava fixada nos §§ 90 e 91, da lei sobre o tribunal constitucional federal, cuja base de validade decorre do art. 93, alínea II, da lei fundamental¹⁹⁴. Foi somente por meio da décima nona lei modificadora da lei fundamental, de 29 janeiro de 1969, que o recurso constitucional ganhou status constitucional propriamente dito¹⁹⁵.

Nas palavras de Maurer, o recurso constitucional destina-se à seguinte função jurídico-constitucional:

“Segundo o artigo 93 I, número 4a, da lei fundamental, pode cada um, com a afirmação de estar violado pelo poder público em seus direitos fundamentais ou direitos iguais aos direitos fundamentais, promover recurso constitucional no tribunal constitucional federal”¹⁹⁶.

Desde já, se percebe, portanto, *i)* que o recurso constitucional é um procedimento que tem por objetivo primordial a proteção do indivíduo violado em um de seus direitos fundamentais pelo poder público, e; *ii)* que o recurso constitucional é um procedimento que tem por destinatário o tribunal constitucional federal alemão. É a conjunção dessas duas qualidades que torna o recurso constitucional um procedimento tão importante para esta dissertação.

Apesar de possuir um objetivo claro de proteção de posições individuais, é recorrente na doutrina o entendimento de que o recurso constitucional possui uma função dupla¹⁹⁷. Se ele serve, por um lado, para a proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos, por outro lado, no cumprimento daquela tarefa, acaba também protegendo e aperfeiçoando o direito constitucional objetivo¹⁹⁸. Entretanto, a ideia de que o recurso constitucional é a “*conclusão que coroa*” o sistema jurídico de proteção é decorrente da sua função primordial de proteção individual:

“No primeiro plano está a proteção do direito individual. O recurso constitucional forma a conclusão e o ponto culminante do sistema de proteção jurídica garantido legal-fundamentalmente: cada cidadão pode

¹⁹³ MAURER, Hartmut. Jurisdição constitucional... p. 264; HECK, Luís Afonso. O recurso... p. 117.

¹⁹⁴ HECK, Luís Afonso. O recurso... p. 117.

¹⁹⁵ MAURER, Hartmut. Jurisdição constitucional... p. 264; HECK, Luís Afonso. O recurso... p. 117.

¹⁹⁶ MAURER, Hartmut. Jurisdição constitucional... p. 264.

¹⁹⁷ MAURER, Hartmut. Jurisdição constitucional... p. 265; HECK, Luís Afonso. O recurso... p. 117;

HESSE, Konrad. Elementos... p. 269.

¹⁹⁸ HECK, Luís Afonso. O recurso... p. 117 e ss.

dirigir-se ao tribunal extremo se ele acha estar violado por uma medida estatal em seus direitos fundamentais”¹⁹⁹.

Isso, de forma alguma, diminui a importância da sua feição objetiva. Não raro, questões constitucionais fundamentais que não podem ser esclarecidas por outros meios, como, por exemplo, pelo procedimento de litígio entre órgãos ou pelo controle normativo objetivo, o são por meio do recurso constitucional²⁰⁰.

Essa dupla função do recurso constitucional é um desdobramento do já mencionado duplo caráter dos direitos fundamentais²⁰¹, que tanto são normas que concedem direitos subjetivos aos indivíduos, como também são normas de proteção objetiva do ordenamento jurídico-constitucional. A análise do expediente vai tornando mais claro que o aspecto material dos direitos fundamentais exige e justifica o aspecto procedimental, e que esse, por sua vez, concretiza-os também materialmente.

2.1.1.2. Pressupostos de admissibilidade

Quanto à capacidade de recurso, o recurso constitucional pode ser promovido por “cada um”²⁰². Por objetivar a defesa de direitos fundamentais, a expressão “cada um” faz referência a toda pessoa capaz de direitos fundamentais: pessoas naturais, estrangeiros, pessoas jurídicas e associações carentes de personalidade jurídica²⁰³. Essa é, sem dúvida, uma característica importante do recurso constitucional. Ela possibilita que “cada um”, com base na afirmação de ter sido violado em um direito fundamental seu pelo poder público, possa acessar o tribunal constitucional federal. Essa abertura de acesso ao tribunal constitucional federal para cada indivíduo capaz de direito fundamental é crucial para a proteção subjetiva adequada dos direitos fundamentais, na medida em que é ao interessado na proteção judicial²⁰⁴ que se atribui diretamente a possibilidade do manejo do expediente. A capacidade ampla para o recurso constitucional também é interessante sob outro aspecto: possibilitar a

¹⁹⁹ MAURER, Hartmut. Jurisdição constitucional... p. 265. Também: “o recurso constitucional apresenta-se, assim, como o coroamento da ideia do Estado de Direito” (HECK, Luís Afonso. O recurso... p. 116).

²⁰⁰ MAURER, Hartmut. Jurisdição constitucional... p. 265.

²⁰¹ Ver supra 1.5. e 1.6.

²⁰² MAURER, Jurisdição constitucional... p. 266.

²⁰³ HECK, Luís Afonso. O recurso... p. 125 e ss; HECK, Luís Afonso. Os direitos... p. 344.

²⁰⁴ O interesse na proteção jurídica é também um pressuposto de admissibilidade do recurso constitucional, para isso ver: MAURER, Hartmut. Jurisdição constitucional... p. 269.

concretização de um sentimento constitucional. Essa legitimação amplíssima para o recurso, sem dúvida alguma, colabora para que todos se sintam também defensores da constituição, possibilitando o aparecimento em todos de uma vontade para a constituição²⁰⁵, tornando-a, assim, uma constituição normativa²⁰⁶.

O objeto do recurso, por sua vez, também é bastante amplo:

“O recurso constitucional pode, em si, ser promovido contra todas as medidas do poder estatal alemão, contra leis, regulamentos jurídicos e estatutos, atos de governo e atos administrativos, outras medidas do executivo, por exemplo, convênios administrativos ou atos de indulto, ademais, contra decisões judiciais de todos os tipos e graus (com exceção das decisões do próprio tribunal constitucional federal)”²⁰⁷.

Entretanto, considerada a necessidade, para admissão do recurso constitucional, do esgotamento das vias jurídicas, nos termos do § 90, alínea II, frase I, da lei sobre o tribunal constitucional federal e do art. 94, alínea II, frase II, da lei fundamental²⁰⁸, pressuposto que denota o princípio da subsidiariedade que o rege, então temos que os objetos do recurso constitucional são reduzidos, via de regra, a decisões judiciais de última instância e a leis²⁰⁹. Ou seja, como, em regra, a impugnação de, por exemplo, um ato administrativo supostamente violador de um direito fundamental deve ser primeiro manejada ante ao tribunal ordinário competente, o recurso constitucional deverá ser interposto contra a decisão em

²⁰⁵ “Assenta-se [a vontade para constituição] também na consciência de que, ao contrario do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana. Essa ordem adquire e mantém sua vigência através de atos de vontade. Essa vontade tem consequência porque a vida do Estado, tal como a vida humana, não está abandonada à ação surda de forças aparentemente inelutáveis. Ao contrário, todos nós estamos permanentemente convocados a dar conformação à vida do Estado, assumindo e resolvendo as tarefas por ele colocadas. Não perceber esse aspecto da vida do Estado representaria um perigoso empobrecimento de nosso pensamento” (HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991. p. 19-20).

²⁰⁶ Segundo a classificação ontológica das constituições de Loewenstein: “Para que una constitución sea viva, no es suficiente que sea válida em sentido jurídico. Para ser real y efectiva, la constitución tendrá que ser observada lealmente por todos los interesados y tendrá que estar integrada en la sociedad estatal y ésta em ella. La constitución y la comunidad habrán tenido que pasar por una simbiosis. Solamente em este caso cabe hablar de una constitución normativa: sus normas dominan el proceso político o, a la inversa, el proceso del poder se adapta a las normas de la constitución y se somete a ellas. Para usar una expresión de la vida diaria; la constitución es como un traje que sienta bien y que se lleva realmente” (LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la constitución. 4ª reimpressão. Barcelona: Editora Ariel S.A., 1986. p. 217).

²⁰⁷ MAURER, Hartmut. Jurisdição constitucional... p. 267.

²⁰⁸ MAURER, Hartmut. Jurisdição constitucional... p. 269; HECK, Luís Afonso. O recurso... p. 124 e ss.; HESSE, Konrad. Elementos... p. 272.

²⁰⁹ MAURER, Hartmut. Jurisdição constitucional... p. 267.

última instância que mantenha a integridade do ato administrativo impugnado²¹⁰. Contudo, o esgotamento da via judiciária deixa de ser um pressuposto *i)* se o recurso constitucional possui importância geral ou *ii)* se ao promovente implicar um prejuízo grave e inevitável caso remetido primeiro à via judicial, quando poderá o tribunal constitucional federal decidir antes do esgotamento da via judiciária (§ 90, alínea II, frase II, da lei sobre o tribunal constitucional federal)²¹¹.

Já no âmbito do fundamento do recurso, o promovente deve argumentar que o ato do poder público impugnado viola um direito fundamental ou um direito igual aos direitos fundamentais (art. 93 I, número 4a ou arts. 33, 38, 101, 103, 104, todos da lei fundamental) seu²¹². A mera possibilidade de violação dos direitos fundamentais basta²¹³.

Todavia, segundo a jurisprudência do tribunal constitucional federal, o promovente do recurso constitucional, como pressuposto à sua admissão, deve estar afetado “pessoalmente” (mesmo), “presentemente” (atual) e “diretamente” (imediatamente) pelo ato do poder público violador de direitos fundamentais²¹⁴. Nesse sentido, estar “*pessoalmente*” afetado significa que é o promovente, e não terceiro, o prejudicado pela medida violadora de direito fundamental; estar “*presentemente*” afetado significa que o prejuízo ao direito fundamental já existe, e não somente é esperado; estar “*diretamente*” afetado, por fim, significa que o próprio ato leva ao prejuízo, sem a necessidade de outro meio estatal de execução²¹⁵.

Além disso, para a admissão do recurso constitucional, deve ele *i)* ou possuir significado fundamental jurídico-constitucional (§ 93a, alínea II, letra a da lei sobre o tribunal constitucional federal); *ii)* ou indicar a realização dos direitos mencionados no § 90, alínea I, da lei sobre o tribunal constitucional federal (§ 93a, alínea II, letra b, primeira parte da frase, da mesma lei); *iii)* ou indicar um especial prejuízo grave (§ 93a, alínea II, letra b, segunda parte da frase, da lei do tribunal constitucional federal)²¹⁶.

²¹⁰ Na Alemanha, como no Brasil, a todos os juízes está atribuída a competência para proteção dos direitos fundamentais, por isso a necessidade de esgotamento das vias ordinárias é pressuposto ao manejo do recurso constitucional.

²¹¹ MAURER, Hartmut. *Jurisdição constitucional*... p. 269; HECK, Luís Afonso. *O recurso*... p. 125.

²¹² MAURER, Hartmut. *Jurisdição constitucional*... p. 267; HECK, Luís Afonso. *O recurso*... p. 123.

²¹³ MAURER, Hartmut. *Jurisdição constitucional*... p. 267.

²¹⁴ MAURER, Hartmut. *Jurisdição constitucional*... p. 267 e ss.; HECK, Luís Afonso. *O recurso*... p. 123 e ss.; HESSE, Konrad. *Elementos*... p. 273 e ss.

²¹⁵ MAURER, Hartmut. *Jurisdição constitucional*... p. 267 e ss.

²¹⁶ HECK, Luís Afonso. *O recurso*... p. 126 e ss.

2.1.1.3. Procedimento e decisão

O recurso constitucional tem como parte somente o promovente. Contudo, o tribunal constitucional federal deve conferir ao órgão constitucional ou à autoridade da qual emana o ato impugnado, bem como às partes do procedimento inicial, a oportunidade de manifestarem-se no procedimento, no intuito de assegurar algo como o contraditório²¹⁷.

A competência para o processamento do recurso constitucional está regulada nos § 93b e § 93, da lei sobre o tribunal constitucional federal²¹⁸. Via de regra, a competência para admissão do recurso constitucional é das Câmaras do tribunal, estando prevista, entretanto, a competência subsidiária dos Senados do tribunal. Todavia, uma decisão que declara a incompatibilidade de uma lei com a lei fundamental ou com outro direito federal, ou a sua nulidade, com efeito vinculante, está reservada ao Senado²¹⁹.

A decisão do tribunal constitucional federal varia conforme o objeto do recurso. Se um recurso constitucional direcionado contra um preceito jurídico é julgado procedente, então, via de regra, o tribunal constitucional federal declara a lei inconstitucional e nula²²⁰. Tal declaração extrapola os limites subjetivos da lide e irradia seus efeitos contra todos²²¹. De outra forma é se um recurso constitucional direcionado contra uma sentença é julgado procedente, pelo que, então, devem ser distinguidas três alternativas, conforme a lição de Maurer:

- “- a sentença judicial, que foi objetada com o recurso constitucional, infringe, como tal, direitos fundamentais, por exemplo, artigo 103, I, da lei fundamental: o tribunal constitucional federal tem de anular a sentença e, dado caso, remeter a matéria ao tribunal competente (§95 II, da lei do tribunal constitucional federal);
- a sentença judicial baseia-se em uma lei anticonstitucional, por exemplo, em uma lei de imposto anticonstitucional: o tribunal constitucional federal tem de anular a sentença e não só comprovar nos fundamentos a anticonstitucionalidade e nulidade da lei que está na base da sentença, mas também declarar no dispositivo. A declaração de nulidade é independentizada processualmente e obtém o efeito de uma decisão de controle normativo com vinculatividade universal (§95 III 2, da lei do tribunal constitucional federal);

²¹⁷ MAURER, Hartmut. Jurisdição constitucional... p. 269.

²¹⁸ HECK, Luís Afonso. O recurso... p. 128.

²¹⁹ HESSE, Konrad. Elementos... p. 273; HECK, Luís Afonso. O recurso... p. 128.

²²⁰ Para maior detalhamento das técnicas de decisão, ver: HECK, Luís Afonso. O recurso... p. 129 e

SS.

²²¹ MAURER, Hartmut. Jurisdição constitucional... p. 270.

- a sentença judicial baseia-se em uma lei que, sem dúvida, é de acordo com a constituição, mas no caso concreto foi interpretada anticonstitucionalmente: o tribunal constitucional federal tem de anular a sentença e remeter a matéria para decisão renovada ao tribunal competente²²².

Vale mencionar, finalmente, *i*) que o procedimento é gratuito; entretanto, uma taxa pode ser imposta pelo tribunal constitucional federal se a interposição do recurso, ou o pedido de medida cautelar, configurar um abuso²²³, e; *ii*) que a decisão quanto à admissão não pode ser impugnada e o indeferimento de sua admissão não precisa ser fundamentado²²⁴.

Uma vez descrito o recurso constitucional em seus traços fundamentais, pode-se, com esse modelo em mente, adentrar na análise dos procedimentos existentes no quadro jurídico-constitucional brasileiro por meio dos quais o acesso ao STF é possível, com o intuito de perquirir se algum deles possibilita uma proteção adequada dos direitos fundamentais.

2.2. Habeas corpus

2.2.1. Âmbito de proteção

O habeas corpus é um procedimento para proteção da liberdade de locomoção; da liberdade de ir, vir e permanecer, portanto²²⁵. Ele está previsto na constituição da seguinte forma:

Art. 5º. LXVIII. Conceder-se-á "habeas-corpus" sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

Diz-se que o HC possui natureza de “*ação constitucional penal*”²²⁶, o que, de certa forma, é corroborado pelo fato de estar regulamentado

²²² MAURER, Hartmut. Jurisdição constitucional... p. 270.

²²³ HECK, Luís Afonso. O recurso... p. 133.

²²⁴ HECK, Luís Afonso. O recurso... p. 128.

²²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais... p. 251; SILVA, José Afonso da. Curso... p. 447; BONAVIDES, Paulo. Curso... p. 563.

²²⁶ SILVA, José Afonso da. Curso... p. 447. Sobre a natureza de ação do HC, trecho da lição de Pontes de Miranda: “O pedido de *habeas corpus* é pedido de prestação jurisdicional em ação, cuja classificação mostraremos mais tarde. A ação é preponderantemente mandamental. Nasceu assim o instituto. Os dados históricos no-lo provarão. Não se diga (a errônea seria imperdoável) que se trata de recuso. A pretensão não é recursal. Não no foi, nem no é. É ação contra quem viola ou ameaça

infraconstitucionalmente pelo Código de Processo Penal, nos arts. 647-667²²⁷. Com efeito, é de se registrar que o procedimento apareceu na tradição jurídica brasileira primeiro sem nível constitucional, mas no Código de Processo Criminal de 1832²²⁸.

Apesar de usualmente o ato violento ou coator de liberdade emanar do poder público, não está excluída a possibilidade de o procedimento servir como proteção contra atos de particular²²⁹, o que, de certa forma, relativiza essa classificação do HC como “*ação constitucional penal*”.

A jurisprudência do STF assentou-se no sentido de que não é possível reexaminar matéria fático-probatória por meio de HC, haja vista sua natureza de ação sumaríssima, o que exige prova pré-constituída, obstando, por isso, a dilação probatória²³⁰.

Segundo Mendes, a expressão “liberdade de locomoção” deve ser “*entendida de forma ampla, afetando toda e qualquer medida de autoridade que possa em tese acarretar constrangimento para a liberdade de ir e vir*”²³¹.

violar a liberdade de ir, ficar e vir. Talvez contra autoridade policial. Talvez contra juiz ou tribunal. Talvez contra autoridade do Poder Legislativo” (MIRANDA, Pontes de. História e prática do habeas corpus. Tomo I. Campinas: Bookseller editora, 1999. p. 39).

²²⁷ CPP. Art. 647. Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar. Art. 648. A coação considerar-se-á ilegal: I - quando não houver justa causa; II - quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei; III - quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo; IV - quando houver cessado o motivo que autorizou a coação; V - quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza; VI - quando o processo for manifestamente nulo; VII - quando extinta a punibilidade.

²²⁸ “No Brasil, não ingressou na Constituição do Império, formalmente, mas Pontes de Miranda é da opinião que estava implicitamente previsto. Formalmente, foi instituído no Código de Processo Criminal de 1832 (art. 340). Constitucionalizou-se por meio do §22, do art. 72 da Constituição de 1891, em termos amplos, que deu margem à doutrina brasileira do habeas corpus, que o concebia como remédio tutelar dos direitos subjetivos de qualquer natureza, conforme a seguinte lição de Ruy Barbosa: (...)” (SILVA, José Afonso da. Curso... p. 447). Sobre a doutrina brasileira do HC: “Ao lado da frustrada tentativa de utilização das ações possessórias, surgiu lentamente a solução que, após demorada luta, atendeu aos reclamos dos interessados: foi a ampliação do campo de incidência do *habeas corpus*, de modo a torná-lo um meio de proteção do indivíduo na eterna batalha contra atos ilegais do Poder Público. Criou-se a chamada doutrina brasileira do *habeas corpus*, pela qual aquele *writ* era adequado também à garantia de direitos individuais violados pela Administração, ainda que não se tratasse dos direitos de liberdade de locomoção etc.” (BARBI, Celso Agrícola. Do mandado de segurança. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 31). No mesmo sentido, a lição de Mendes: “Esse desenvolvimento foi cognominado de ‘doutrina brasileira do *habeas corpus*” (MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais... p. 250).

²²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais... p. 251.

²³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais... p. 251. “Assim não se tem aceitado a viabilidade do writ, por exemplo, para examinar questão relativa à incidência de causa excludente de culpabilidade, para a análise da comprovação de indícios de autoria e materialidade do crime, para se aferir a importância ou não da prova para o caso concreto, para examinar a tipicidade da conduta do paciente (excetuados os casos de atipicidade manifesta, em especial nas hipóteses de aplicação do princípio da insignificância) ou para verificar se a decisão dos jurados é ou não manifestamente contrária à prova dos autos” (Ibidem).

²³¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais... p. 252.

Assim, via de regra, a jurisprudência tem se posicionado no sentido de que o HC é cabível somente para situações que ofendam de forma direta o direito de locomoção. Como exemplos desse entendimento restritivo, mencionam-se as súmulas 693²³² e 695²³³, ambas do STF. No mesmo sentido, Mendes afirma que não se considera admissível “*o habeas corpus quando impetrado para superar situações de ilegalidade contra direitos que têm na liberdade de locomoção condição de seu exercício, como o de ir e vir ou de permanecer em determinado local, eventualmente em um templo religioso, ou outro local*”²³⁴. Contudo, nem sempre a expressão “liberdade de locomoção” é compreendida restritivamente. No julgamento do HC 90.617/PE²³⁵, a 2ª Turma do STF entendeu cabível o procedimento e deferiu a ordem para suspender os efeitos da decisão do STJ que havia afastado desembargador estadual do cargo, com o argumento de que a instrução criminal estava em excesso de prazo²³⁶. Na mesma toada, ampliando os limites da compreensão tradicional sobre o cabimento de HC, o STF tem admitido o expediente para cassar decisão que autoriza quebra de sigilo fiscal e bancário em procedimento

²³² Súmula 693. STF. Não cabe habeas corpus contra decisão condenatória a pena de multa, ou relativo a processo em curso por infração penal a que a pena pecuniária seja a única cominada.

²³³ Súmula 695. STF. Não cabe habeas corpus quando já extinta a pena privativa de liberdade.

²³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais... p. 253. Por outro lado, Pontes de Miranda entendia cabível HC para proteção de outros direitos fundamentais, desde que o direito de locomoção se afigurasse como “*direito-condição*” ao seu exercício: “Outra coisa não se poderia compreender, dada a largueza explícita do texto. A sua intenção foi acudir “sempre” a todos que sofressem, ou se sentissem ameaçados de constrangimentos indevidos em sua liberdade de ir, mover-se, parar, vir e ficar. Mas não se limitou a ampará-la em certos casos: prometeu-o “sempre” que tais casos se dessem. Procurou valer por igual a todas as espécies de coação, ou de violência, por ilegalidade, ou abuso de poder, uma vez que delas tema ou sofra a liberdade de locomoção. Direitos que estão consubstanciados com a pessoa que os possui, e para cujo exercício se faz mister o ir, ficar e vir, direitos, enfim, que são corolários ou privilégios constitutivos da personalidade, como a liberdade de reunião, de associação, de voto, e outros congêneres, todos dependentes, como são, do direito de ir, ficar e vir, ou de mover-se, para cá ou para lá, *ultra et citra*, uma vez violados ou ameaçados de o serem, porque se violou ou ameaçou aquele *direito-condição*, não podem ser privados do recurso célere e eficaz que o texto da Constituição equiparou a direito e que a fraseologia do constituinte, em consideração ao nome originário e histórico do remetido processual, chamou de habeas corpus. E Ulpiano já dizia, profundamente, referindo-se ao interdito de *homine libero exhibendo: Nemi prohibendus est libertati favere*” (MIRANDA, Pontes de. História... p. 231).

²³⁵ STF. HC nº 90.617/PE. Segunda Turma. Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 07/03/2008. Ementa: Habeas Corpus. (...) 8. Com relação à alegação de excesso de prazo (item “iii” acima), o STF tem deferido a ordem de habeas corpus somente em hipóteses excepcionais, nas quais a mora processual seja decorrência exclusiva de diligências suscitadas pela atuação da acusação, ou ainda, em razão da ineficiência administrativa do próprio aparato judicial. (...) 10. Paciente afastado do cargo de Desembargador do TJ/PE desde o recebimento da denúncia - 19.3.2003 (por mais de 4 anos e 6 meses ao momento da sessão de julgamento pela 2ª Turma em 30.10.2007), sem que a instrução criminal tenha sido concluída. Configurada excessiva mora da instrução criminal denominada como “excesso de prazo gritante”.

²³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais... p. 253-254.

penal, sob o argumento de que a quebra dos sigilos pode causar constrangimento à liberdade do investigado²³⁷.

Por essas razões, Mendes constata que:

“Em linhas gerais, a jurisprudência atual do tribunal estabelece consideráveis ressalvas ao cabimento do habeas corpus para essas situações que fogem à sistemática de constrangimento ilegal ou abuso de poder que violem de modo mais direito a liberdade de locomoção dos cidadãos (CF, art. 5º, XV). Tal premissa, contudo, não inviabiliza por completo um processo de ampliação gradual que essa garantia judicial do processo possa vir a desempenhar em nosso sistema constitucional, não somente em momentos de crise institucional, mas, sobretudo, para conferir maior força normativa ao texto constitucional”²³⁸.

Pois bem, com base no que aqui foi exposto, pode-se afirmar que o HC é um procedimento que, via de regra, está em conexão com o direito de locomoção, entendido restritivamente; admitindo a jurisprudência do STF, contudo, um aumento do seu âmbito de proteção, a depender da situação concreta.

2.2.2. Titularidade

Da maneira como está formulada a disposição constitucional, o titular do direito de HC é toda pessoa natural que sofre ou esteja ameaçada de sofrer embaraço em sua liberdade de locomoção²³⁹.

Quanto à capacidade processual, ante o teor do art. 654, do CPP²⁴⁰, qualquer pessoa, independentemente de ser advogada, pode impetrar um HC, seja em seu favor, seja em favor de terceiro. Dessa forma, não necessariamente o titular do direito (paciente) é o impetrante do procedimento.

Ressalte-se, além disso, que o HC pode ser deferido de ofício pela autoridade judiciária, conforme dispõe o § 2º, do art. 654, do CPP²⁴¹, situação em que a ordem é concedida sem que haja sido formulado pedido.

²³⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais... p. 255.

²³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais... p. 255-256.

²³⁹ MENDES, Gilmar. Direitos fundamentais... p. 261.

²⁴⁰ CPP. Art. 654. O habeas corpus poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público.

²⁴¹ CPP. Art. 654. § 2º. Os juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de habeas corpus, quando no curso de processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal.

2.2.3. No Supremo Tribunal Federal

As competências do STF estão dispostas no art. 102, da constituição. No que toca ao HC, cabe ao tribunal:

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

I - processar e julgar, originariamente:

(...)

d) o "habeas-corpus", sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o "habeas-data" contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;

(...)

i) o habeas corpus, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância;

(...)

II - julgar, em recurso ordinário:

a) o "habeas-corpus", o mandado de segurança, o "habeas-data" e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;

(...)

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 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.

Dessa forma, o STF pode ser provocado a manifestar-se sobre um HC: *i)* ou em competência originária; *ii)* ou por meio de recurso ordinário; *iii)* ou por meio de recurso extraordinário. Nas hipóteses "*i*" e "*ii*", é a qualidade do paciente ou do coator o que define o modo de acesso, pelo que, pelo menos em tese, o recurso extraordinário deveria ser o meio mais usual para provocar o STF a manifestar-se em HC, haja vista a evidente restrição das pessoas e órgãos que ensejariam o acesso por meio das hipóteses "*i*" e "*ii*".

Entretanto, como também decisões judiciais podem ser objeto de HC, comumente o são, em substituição ao recurso ordinário cabível. Dessa forma, muitos HC chegam ao STF para cassar decisões judiciais dos tribunais superiores, inclusive decisões em HC.

Foi para tentar amenizar um pouco essa situação que o STF editou a súmula 691²⁴², aplicável a HC contra liminares denegatórias em HC. Entretanto, o entendimento exposto na súmula vem sendo relativizado em certos casos²⁴³, criando certa instabilidade.

Situação de instabilidade semelhante ocorre em relação aos casos de HC impetrados substitutivamente a recursos ordinários. Em vez de o impetrante de HC face um tribunal superior, quando este julga em última instância, interpor recurso ordinário para desafiar decisão denegatória (102, II, “a”, CRFB), é comum que impetre novo HC para desafiá-la, desta vez no STF. O tribunal recentemente passou a entender que não é cabível HC substitutivo de recurso ordinário; entretanto, como a ordem em HC pode ser concedida de ofício, tal erro na via processual não impede a concessão da ordem, se for o caso²⁴⁴.

Por fim, ainda se pode acessar o STF por meio de RE em HC. Entretanto, deixa-se de tecer considerações acerca desse expediente porque ele será analisado autonomamente na sequência desta dissertação. Além disso, ante a possibilidade de manejo de HC sucessivos, como se demonstrou acima, carece de maior relevância o uso de RE para provocar o STF a manifestar-se em HC.

²⁴² Súmula 691. STF. Não compete ao supremo tribunal federal conhecer de "habeas corpus" impetrado contra decisão do relator que, em "habeas corpus" requerido a tribunal superior, indefere a liminar.

²⁴³ “No julgamento do HC 85.185/SP, da relatoria do Ministro Cezar Peluso – impetrado contra decisão monocrática que negou seguimento a habeas corpus no Superior Tribunal de Justiça, este por sua vez impetrado contra o indeferimento de liminar pelo TRF da 3ª Região –, o tribunal rejeitou proposta formulada pelo relator com o objetivo de revogar a súmula 691. Entendeu, porém, de conceder o habeas corpus de ofício uma vez que a decisão estava em flagrante contradição com a jurisprudência predominante do Supremo Tribunal, que considera indispensável, uma verdadeira condição de procedibilidade para a propositura da ação penal nos crimes previstos no art. 1º, I, IV, da Lei nº 8.137/90 – a conclusão definitiva do processo administrativo-fiscal correspondente” (MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais... p. 259).

²⁴⁴ Ementa. Agravo regimental em habeas corpus substitutivo de recurso ordinário constitucional. Artigo 102, inciso II, alínea a, da Constituição Federal. Inadequação da via eleita ao caso concreto. Precedente da Primeira Turma. Flexibilização circunscrita às hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia. Não ocorrência. 1. Segundo o entendimento da Primeira Turma, é inadmissível o uso do habeas corpus que tenha por objetivo substituir o recurso ordinário constitucional prescrito no art. 102, inciso II, alínea a, da Carta da República (HC nº 109.956/PR, Primeira Turma, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJe de 11/9/12). 2. Essa circunstância, entretanto, não impede que a Suprema Corte, quando do manejo inadequado do habeas corpus como substitutivo (art. 102, inciso II, alínea a, da CF), analise a questão de ofício nas hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia, o que não é o caso dos autos. 3. A reiteração dos argumentos trazidos pelo agravante na inicial da impetração não é suficiente para modificar a decisão ora agravada. 4. Agravo regimental ao qual se nega provimento) (STF. Ag.Reg.no HC 114.924/RJ. 1ª Turma. Rel. Ministro Dias Toffoli. DJE 23/08/2013).

2.2.4. Insuficiências

Da análise conjunta dos aspectos acima apresentados do HC, pode-se chegar à conclusão de que o procedimento é insuficiente para realizar uma proteção subjetiva adequada de direitos fundamentais.

Primeiro, porque, ante o seu restrito âmbito de proteção – direito de locomoção –, não é meio apto à proteção de um grande plexo de direitos fundamentais. Ainda que o STF o tenha admitido em alguns casos em que o direito de ir e vir não estivesse diretamente violado, conferindo, dessa forma, maior amplitude ao âmbito de proteção do expediente, isso não é suficiente para que seja considerado meio suficiente para proteção subjetiva de direitos fundamentais. Com efeito, a certeza quanto ao procedimento correto a ser manejado em casos de violação a direitos fundamentais é parte integrante daquilo entendido como meio *adequado*.

Segundo, porque manejar o expediente até o STF, excetuados os casos de competência originária, pode ser tortuoso. De um lado, nos casos do art. 102, II, “a”, da constituição, a jurisprudência do tribunal tem estado instável sobre a possibilidade de HC substitutivo de recurso ordinário. Isso, por si só, certamente não é compatível com *adequação*. Por outro lado, nos casos de RE em HC – o que acontece menos frequentemente –, valem como obstáculo ao acesso ao STF todas as insuficiências inerentes ao próprio RE, que serão analisadas oportunamente.

Se se tem o recuso constitucional alemão como paradigma de meio processual adequado para proteção subjetiva de direitos fundamentais, então o HC não pode ser considerado meio adequado, senão apenas restritamente adequado ao seu âmbito de proteção – direito de locomoção.

2.3. Habeas data

2.3.1. Âmbito de proteção

O *habeas data* é um procedimento para proteção de um aspecto do direito da personalidade²⁴⁵, qual seja, o direito à informação pessoal²⁴⁶. O seu exato âmbito de proteção está previsto assim na constituição:

Art. 5º. LXXII. Conceder-se-á "habeas-data":

- a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;
- b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

A lei 9.507/97, ao regular o direito de acesso a informações e disciplinar o rito processual do HD, todavia, inovou ao introduzir uma terceira hipótese para concessão da ordem:

Art. 7º. Conceder-se-á *habeas data*:

- I - para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registro ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público;
- II - para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;
- III - para a anotação nos assentamentos do interessado, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro mas justificável e que esteja sob pendência judicial ou amigável.

Sendo assim, tem-se que o âmbito de proteção do HD está restrito a três hipóteses: *i)* para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registro ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público; *ii)* para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo, e; *iii)* para a anotação nos assentamentos do interessado, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro mas justificável e que esteja sob pendência judicial ou amigável.

²⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais... p. 276.

²⁴⁶ BONAVIDES, Paulo. Curso... p. 569; BARBI, Celso Agrícola. Do mandado... p. 74; MOREIRA, Jose Carlos Barbosa. O habeas data brasileiro e a sua lei regulamentadora. In: Habeas data. Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: Editora RT, 1993. p. 127-128.

Em todas as hipóteses, exige-se que o objeto do HD seja uma informação ou dado pessoal²⁴⁷, cujo acesso ou retificação uma entidade governamental ou um banco de dados de caráter público tenha recusado²⁴⁸. É dizer, trata-se de procedimento para garantir conhecimento, retificação ou anotação atrelada a informação ou a dado referente à pessoa, em seus aspectos políticos, econômicos, sanitários, familiares, por exemplo²⁴⁹. O âmbito de proteção do HD não abrange, todavia, nos termos do art. 5º, XXXIII, da constituição²⁵⁰, as informações protegidas por sigilo em razão da segurança da sociedade ou do estado²⁵¹.

Além disso, essa informação deve constar em registro ou banco de dados de entidade governamental ou de caráter público²⁵². Nesse sentido, todas as entidades governamentais estão submetidas ao regime do HD²⁵³, abrangendo, inclusive, órgãos da administração indireta²⁵⁴. Além dos órgãos governamentais, também pessoas privadas estão sujeitas ao regime do HD, conquanto mantenham banco de dados de caráter público²⁵⁵. Nos termos da lei 9.507/97, *“considera-se de caráter público todo registro ou banco de dados contendo informações que sejam ou que possam ser transmitidas a terceiros ou que não sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações”*²⁵⁶. Desse modo, registros tipicamente comerciais, como de mala direta e de proteção ao crédito, também podem ser objeto de HD²⁵⁷.

²⁴⁷ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. Mandado de segurança e ações constitucionais. 35ª edição. São Paulo: Malheiros editores, 2013. p. 341; MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais... p. 275; BONAVIDES, Paulo. Curso... p. 570; SILVA, José Afonso da. Curso... p. 455.

²⁴⁸ Lei 9.507/97. Art. 8º (...). Parágrafo único. A petição inicial deverá ser instruída com prova: I - da recusa ao acesso às informações ou do decurso de mais de dez dias sem decisão; II - da recusa em fazer-se a retificação ou do decurso de mais de quinze dias, sem decisão; ou III - da recusa em fazer-se a anotação a que se refere o § 2º do art. 4º ou do decurso de mais de quinze dias sem decisão.

²⁴⁹ MEIRELLES, Hely. Mandado... p. 341.

²⁵⁰ CRFB. Art. 5º. XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

²⁵¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais... p. 276. MEIRELLES, Hely. Mandado... p. 348-349.

²⁵² MOREIRA, Jose Carlos Barbosa. O habeas data... p. 130-131.

²⁵³ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais... p. 275. MEIRELLES, Hely. Mandado... p. 350.

²⁵⁴ SILVA, José Afonso da. Curso... p. 457.

²⁵⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais... p. 275. MEIRELLES, Hely. Mandado... p. 350.

²⁵⁶ Lei 9.507/97. Art. 1º (VETADO). Parágrafo único. Considera-se de caráter público todo registro ou banco de dados contendo informações que sejam ou que possam ser transmitidas a terceiros ou que não sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações.

²⁵⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais... p. 276. MEIRELLES, Hely. Mandado... p. 350; SILVA, José Afonso da. Curso... p. 457-458.

2.3.2. Titularidade

Da forma como está formulada a disposição constitucional, toda pessoa pode manejar HD para acessar, retificar ou fazer anotações em informação constante em registros ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público. A pessoa, seja ela física ou jurídica, entretanto, é legitimada somente para impetrar HD em relação a informações que lhe digam respeito²⁵⁸.

2.3.3. No Supremo Tribunal Federal

A lei 9507/97 é cópia do art. 102, da constituição, no que atine às competências do STF para julgamento de HD:

Art. 20. O julgamento do *habeas data* compete:

I - originariamente:

(...)

a) ao Supremo Tribunal Federal, contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;

(...)

II - em grau de recurso:

a) ao Supremo Tribunal Federal, quando a decisão denegatória for proferida em única instância pelos Tribunais Superiores;

(...)

III - mediante recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, nos casos previstos na Constituição.

Dessa forma, o STF pode ser provocado a manifestar-se sobre um HD: *i)* ou em competência originária; *ii)* ou por meio de recurso ordinário; *iii)* ou por meio de recurso extraordinário²⁵⁹. Nas hipóteses “*i*” e “*ii*”, é a qualidade de contra quem o expediente é dirigido o que define o modo de acesso, pelo que, pelo menos em tese, o recurso extraordinário é o meio mais usual para provocar o STF a manifestar-se em HD, haja vista a evidente restrição dos atos que ensejariam o acesso por meio das hipóteses “*i*” e “*ii*”.

²⁵⁸ MOREIRA, Jose Carlos Barbosa. O habeas data... p. 135-136; MENDES, Gilmar. Direitos fundamentais... p. 276; MEIRELLES, Hely. Mandado... p. 346. Isso, entretanto, já foi relativizado: “Em pelo menos um caso, porém, o STJ considerou parte legítima para a impetração de habeas data o cônjuge sobrevivente, na defesa do interesse do falecido (HD 147-DF, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJU 28.2.2008)” (Ibidem, p. 346, nota de rodapé nº 23).

²⁵⁹ MOREIRA, Jose Carlos Barbosa. O habeas data... p. 145-146.

2.3.4. Insuficiências

Da análise conjunta dos aspectos acima apresentados do HD, conclui-se que o procedimento é insuficiente para realizar uma proteção subjetiva adequada de direitos fundamentais.

Primeiro, porque, ante o seu restritíssimo âmbito de proteção – direito à informação pessoal, um dos aspectos relacionados ao direito de personalidade –, não é meio apto à proteção de um grande plexo de direitos fundamentais²⁶⁰.

Segundo, porque, excetuados os casos de competência originária e de recurso ordinário (art. 102, “a”, da constituição), a via para acessar o STF em HD é o RE, procedimento repleto de obstáculos processuais.

Assim, mais uma vez, se se tem o recuso constitucional alemão como paradigma de meio processual adequado para proteção subjetiva de direitos fundamentais, então o HD pode apenas ser considerado adequado restritamente ao seu âmbito de proteção: direito à informação pessoal.

2.4. Mandado de segurança

2.4.1. Âmbito de proteção

O mandado de segurança é um procedimento com natureza de ação civil²⁶¹ destinado à proteção de direito líquido e certo²⁶², lesado ou ameaçado de lesão, não amparado por HC ou HD, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder

²⁶⁰ Para Mendes, o HD deveria ter sido de formulado de modo que seu âmbito de proteção fosse mais amplo: “Tal abordagem mostra um déficit de concepção do aludido instrumento processual, ao revelar que talvez o objeto de proteção tenha acabado por ficar demasiadamente restrito (conhecimento ou retificação de dados). Em verdade, a questão central que o instituto pretendeu arrostar assenta-se, muito provavelmente, no plano do direito material, isto é, em saber em que condições e limites os dados pessoais – enquanto materialização do direito de personalidade – podem ser arquivados.” (MENDES, Gilmar Ferreira. *Direito fundamentais...* p. 276).

²⁶¹ MEIRELLES, Hely. *Mandado...* p. 32; SILVA, José Afonso da. *Curso...* p. 449. Para Celso Agrícola Barbi, “o mandado de segurança é “ação de cognição” [porque visa obter do juiz a decisão da causa], que se exerce através de um procedimento especial da mesma natureza, de caráter documental, pois só admite prova dessa espécie, e caracterizado também pela forma peculiar da execução do julgado” (BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado...* p. 44).

²⁶² Segundo Barbi, a origem da expressão remonta à jurisprudência do STF, utilizada ao tempo da formulação da doutrina brasileira do *habeas corpus* (BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado...* p. 49).

for o poder público²⁶³. O seu exato âmbito de proteção está previsto assim na constituição:

Art. 5º. LXIX. Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

O MS, ante o teor da disposição constitucional, possui um âmbito de proteção amplo, prestando-se a proteger todo e qualquer direito subjetivo público, desde que não amparado por HC e HD, bem como qualificado de líquido e certo²⁶⁴. É o que se entende por liquidez e certeza, então, o decisivo para precisar exatamente o seu âmbito de proteção. A doutrina e a jurisprudência têm aceitado²⁶⁵ o conceito de Meirelles acerca da liquidez e da certeza do direito para fins de MS, valendo a lição:

“Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa, se sua extensão ainda não estiver delimitada, se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais”²⁶⁶.

Parece haver, nesse ponto, alguma confusão. Segundo Silva, o próprio Meirelles acha o seu conceito insatisfatório porque o *“direito, quando existente, é sempre líquido e certo; os fatos é que podem ser imprecisos e incertos, exigindo comprovação e esclarecimentos para propiciar a aplicação do direito invocado pelo postulante”*²⁶⁷. Ela aparece também na afirmação que *“quando a lei alude a ‘direito líquido e certo’, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise,*

²⁶³ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais... p. 264; MEIRELLES, Hely. Mandado... p. 28-29; SILVA, José Afonso da. Curso... p. 448.

²⁶⁴ “Enquanto, para as ações em geral, a primeira condição para sentença favorável é a existência da vontade de lei cuja atuação se reclama, no mandado de segurança isto é insuficiente; é preciso não apenas que haja o direito alegado, mas também que ele seja líquido e certo. Se ele existir, mas sem essas características, ensejará o exercício da ação por outros ritos, mas não pelo específico do mandado de segurança” (BARBI Celso Agrícola. Do mandado... p. 47); ver, também, MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais... p. 264.

²⁶⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais... p. 264; SILVA, José Afonso da. Curso... p. 449.

²⁶⁶ MEIRELLES, Hely. Mandado... p. 37.

²⁶⁷ MEIRELLES, Hely. Mandado de segurança e ação popular; apud SILVA, José Afonso da. Curso... p. 449.

*direito líquido e certo é direito comprovado de plano. Se depender de comprovação posterior não é líquido, nem certo, para fins de segurança. O conceito de 'liquidez e certeza' adotado pelo legislador é impróprio – e mal expresso – alusivo à precisão e comprovação do direito, quando deveria aludir à precisão e comprovação dos fatos e situações que ensejam o exercício desse direito*²⁶⁸. A confusão existe porque a doutrina e a jurisprudência compreendem que a liquidez e a certeza estariam relacionadas com a questão da prova, e não do direito. Essa ideia parece estar escorada na natureza sumária do procedimento²⁶⁹, o que impossibilitaria, portanto, uma dilação probatória²⁷⁰, face à exigência de prova pré-constituída²⁷¹. Ou seja, uma vez produzida a prova, o direito já existiria líquido e certo. Como resultado desse ponto de vista, tem-se que “*tal como apontado na doutrina e na jurisprudência, a complexidade jurídica da questão não descaracteriza a liquidez e a certeza do direito, não obstante, por isso, o uso do mandado de segurança*”²⁷², também expresso na súmula 625, do STF: “*controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança*”.

Pois bem, cabem aqui algumas considerações. A confusão existe porque o referido ponto de vista não distingue *regras* de *princípios*. A fórmula constitucional “*direito líquido e certo*” parece estar em estreita conexão com o nível das regras. O conceito puro de Meirelles, adotado também pela jurisprudência, é consentâneo a isso: ele expressa a noção de *direito definitivo*, associado ao nível das regras. O nível dos princípios, por outro lado, está associado a direito *prima facie*. A questão da definitividade do direito, ainda que dependa de prova, não é refém dela. Em verdade, no plano dos princípios, dois pontos de vista que concorrem precisam estar amparados em fatos provados antes mesmo de colidirem. Ou seja, a questão da

²⁶⁸ MEIRELLES, Hely. Mandado... p. 37. Nesse mesmo sentido se posiciona Barbi: “Como se vê, o conceito de direito líquido e certo é tipicamente processual, pois atende ao modo de ser de um direito subjetivo no processo: a circunstância de um determinado direito subjetivo realmente existir não lhe dá a caracterização de liquidez e certeza; esta só lhe é atribuída se os fatos em que se fundar puderem ser provados de forma incontestável, certa, no processo. E isso normalmente só se dá quando a prova for documental, pois esta é adequada a uma demonstração imediata e segura dos fatos” (BARBI, Celso Agrícola. Do mandado... p. 53).

²⁶⁹ MEIRELLES, Hely. Mandado... p. 32.

²⁷⁰ MEIRELLES, Hely. Mandado... p. 37.

²⁷¹ MEIRELLES, Hely. Mandado... p. 38.

²⁷² MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais... p. 265. No mesmo sentido: “Quanto à complexidade dos fatos e à dificuldade de interpretação das normas legais que contêm o direito a ser reconhecido ao impetrante, não constituem óbice ao cabimento do mandado de segurança, nem impedem seu julgamento de mérito. Isto porque, embora emaranhados os fatos, se existente o direito, poderá surgir líquido e certo, a ensejar a proteção reclamada” (MEIRELLES, Mandado... p. 38-39).

prova, por si só, não é decisiva para saber se o direito já aparece definitivo ou ainda está sujeito a restrições e a precisações quanto a sua exata extensão.

Por isso, a única forma de compatibilizar de modo adequado a natureza do MS com a doutrina e a jurisprudência é compreender o expediente como meio de proteção de violações de direitos subjetivos públicos ocorridas no *plano das regras*. Isso parece estar em harmonia com a fórmula “*direito líquido e certo*” porque dispensa uma interpretação do instituto que atribua um equívoco à constituição. Interpretações assim são sempre muito danosas se se pretende dar à constituição aquele efeito estabilizador e aliviante²⁷³.

Ademais, ainda que se estenda o âmbito de proteção do MS ao plano dos princípios, nem assim os direitos fundamentais estariam adequadamente protegidos por completo. Muitas colisões entre direitos fundamentais não estariam abarcadas pelo expediente em razão da sua natureza processual sumária, que veda uma dilação probatória e exige prova pré-constituída.

Já com relação ao objeto do MS, ele deve ser dirigido contra “*ato ou omissão de autoridade, desde que ilegal e ofensivo a direito individual ou coletivo, líquido e certo do impetrante*”²⁷⁴. Por ato de autoridade entende-se “*toda manifestação ou omissão do Poder Público ou de seus delegados, no desempenho de suas funções ou a pretexto de exercê-las. Por ‘autoridade’ entende-se a pessoa física investida de poder de decisão dentro da esfera de competência que lhe é atribuída pela norma legal*”²⁷⁵.

Além disso, é importante mencionar que a lei 12.016/09, que disciplina o mandado de segurança individual, prevê, em seu art. 5º, três restrições ao cabimento de MS: *i)* de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução; *ii)* de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo, e; *iii)* de decisão judicial transitada em julgado. Além disso, a jurisprudência pacífica do STF entende que tampouco é cabível MS contra lei em tese²⁷⁶, havendo inclusive súmula nesse sentido²⁷⁷.

²⁷³ HESSE, Konrad. Elementos... p. 43.

²⁷⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado... p. 39.

²⁷⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado... p. 33. No mesmo sentido é a lição de Barbi, para quem tanto atos da administração, quanto atos judiciais e atos legislativos, a depender da sua natureza concreta, podem ser objeto de MS (BARBI, Celso Agrícola. Do mandado... p. 77-106).

²⁷⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais... p. 270; MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado... p. 40.

²⁷⁷ STF. Súmula 266. Não cabe mandado de segurança contra lei em tese.

Uma última limitação ao manejo do MS é o seu prazo decadencial de 120 dias a contar da ciência do ato a ser impugnado²⁷⁸. Como a restrição está prevista somente no art. 23, da lei 12.016/09, sem paralelo na constituição, a sua constitucionalidade é debatida e questionada. Todavia, o STF, por meio da súmula 632²⁷⁹, pôs fim ao debate, pelo menos no âmbito do judiciário, firmando a constitucionalidade do prazo.

2.4.2. Titularidade

É titular de MS toda pessoa natural ou jurídica, privada ou pública, que invoca direito subjetivo próprio, não sendo admitido que o impetrante maneje o procedimento para proteção de direito de terceiro²⁸⁰.

A constituição ainda previu o MS coletivo²⁸¹. Nesses casos, a entidade que impetrar o MS age em nome próprio, mas defendendo direito de seus membros, em verdadeira substituição processual²⁸². O STF também já se manifestou nesse sentido, inclusive sumulando o entendimento²⁸³.

2.4.3. No Supremo Tribunal Federal

A competência do STF para julgar MS está prevista no art. 102, da constituição:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
I - processar e julgar, originariamente:
(...)
d) o "habeas-corpus", sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o "habeas-data" contra atos

²⁷⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais... p. 272; MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado... p. 63.

²⁷⁹ STF. Súmula 632. É constitucional lei que fixa o prazo de decadência para a impetração de mandado de segurança.

²⁸⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais... p. 271; MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado... p. 36; BARBI, Celso Agrícola. Do mandado... p. 54.

²⁸¹ CRFB. Art. 5º. XX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

a) partido político com representação no Congresso Nacional;
b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

²⁸² MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais... p. 266; MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado... p. 37.

²⁸³ STF. Súmula 629. A impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes.

do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;

(...)

II - julgar, em recurso ordinário:

a) o "habeas-corpus", o mandado de segurança, o "habeas-data" e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;

(...)

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 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.

Dessa forma, assim como nos casos de HD, o STF pode ser provocado a manifestar-se sobre um MS: *i)* ou em competência originária; *ii)* ou por meio de recurso ordinário; *iii)* ou por meio de recurso extraordinário. Nas hipóteses "*i*" e "*ii*", é a qualidade de contra quem o expediente é dirigido o que define o modo de acesso, pelo que, pelo menos em tese, o recurso extraordinário é o meio comum para provocar o STF a manifestar-se em MS, haja vista a evidente restrição dos atos que ensejariam o acesso por meio das hipóteses "*i*" e "*ii*".

Todavia, em uma nota de rodapé²⁸⁴, Meirelles menciona que, no julgamento do AI 800.074/SP, o plenário do STF deixou de conhecer de RE em que se procurava discutir a demonstração de direito líquido e certo em MS, por ausência de repercussão geral. Quem relatou o processo foi o Min. Gilmar Mendes e a votação foi unânime. Vale a pena a transcrição de um excerto do voto do relator:

"Em que pese à ação mandamental ser um remédio constitucional por excelência, a admissibilidade do *writ* se relaciona com a Constituição Federal apenas de forma mediata, porque as normas processuais atinentes ao seu cabimento são disciplinadas pela Lei n. 12.016/2009. Ademais, a análise da demonstração do direito líquido e certo ou da existência de prova pré-constituída exige o revolvimento de provas, inviável em sede de recurso extraordinário"²⁸⁵.

Ora, considerando que as discussões em MS giram em torno da caracterização ou não de direito líquido e certo do impetrante, a recusa do STF em sequer conhecer de RE com base na ausência de repercussão geral em razão de *i)* o expediente ser disciplinado por lei ordinária – ainda que a parte agravada da lei

²⁸⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado... p. 37, nota de rodapé 27.

²⁸⁵ STF. Plenário. AI 800.074/SP. Rel. Min. Gilmar Mendes. Dje 6/12/2010. p. 2.

simplesmente repita a constituição – e *ii*) ser inviável reexame de prova em RE, então essa via de acesso ao STF está fechada.

2.4.4. Insuficiências

Da análise conjunta dos aspectos acima apresentados do MS, pode-se chegar à conclusão de que o procedimento é insuficiente para realizar uma proteção subjetiva adequada de direitos fundamentais.

Ainda que o seu âmbito de proteção seja amplo o bastante para englobar toda sorte de direitos públicos subjetivos, desde que não protegidos por HC e HD, a exigência de que o direito seja líquido e certo está claramente associada ao plano das regras e, por conseguinte, a definitividade com que o direito se apresenta desde logo. Como, porém, direitos fundamentais possuem natureza de princípio – direitos *prima facie* –, o procedimento não logra protegê-los com a extensão necessária.

Além disso, excetuados os casos de competência originária e de recurso ordinário (art. 102, “a”, da constituição), a via existente para acessar o STF em MS é o RE. Contudo, tomada a jurisprudência colacionada acima (ver 2.4.3.) como paradigma, o STF inviabilizou, ou ao menos dificultou muito, o manejo do expediente.

Dessa forma, tampouco o MS pode ser considerado um meio adequado para proteção subjetiva de direitos se se tem em mente o exemplo do recurso constitucional alemão.

2.5. Mandado de injunção

2.5.1. Âmbito de proteção

O mandado de injunção é um procedimento constitucional destinado a viabilizar o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania ante a falta de norma regulamentadora²⁸⁶. O seu exato âmbito de proteção está previsto assim na constituição:

²⁸⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado... p. 321; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso... p. 1179; SILVA, José Afonso da. Curso... p. 450; BONAVIDES, Paulo. Curso... p. 568.

Art. 5º. LXXI - 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;

Tem por objeto, portanto, viabilizar o exercício de qualquer direito constitucional, de liberdade constitucional, ou das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, desde que não regulamentados²⁸⁷.

Nesse sentido, os pressupostos do MI são dois: *i*) a existência de um direito constitucional subjetivo, *ii*) cujo exercício esteja inviabilizado pela falta de uma norma regulamentadora²⁸⁸. A falta de uma norma regulamentadora, por sua vez, supõe a omissão do ente legiferante competente para a sua edição, daí porque se diz que o MI é remédio constitucional destinado a suprir uma omissão legislativa regulamentar que impede o exercício do direito em questão²⁸⁹.

Até esse ponto, doutrina e jurisprudência são concordantes. Nem por isso, entretanto, a concordância sobre o expediente é extensível a todos os seus âmbitos. Há uma controvérsia importante sobre o objetivo do MI: se se destina à expedição de norma para o caso concreto, ou se se destina à expedição de norma regulamentar de caráter geral e abstrato, cujos efeitos se estenderiam contra todos.

A jurisprudência atual do STF é no sentido de que a concessão da ordem em um MI culmina na expedição de norma regulamentadora geral e abstrata²⁹⁰. Este entendimento está expresso na ementa do julgamento do MI 708²⁹¹, de relatoria do

²⁸⁷ SILVA, José Afonso da. Curso... p. 451.

²⁸⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado... p. 323; SILVA, José Afonso da. Curso... p. 451; BONAVIDES, Paulo. Curso... p. 568.

²⁸⁹ “De um modo geral, pode-se dizer que o mandado de injunção não se presta a resolver controvérsias baseadas em normas em vigor, mas apenas e tão somente possibilitar o exercício de um direito constitucional frustrado pela omissão na edição da norma regulamentadora competente” (MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado... p. 324). No mesmo sentido, MENDES, Gilmar Ferreira. Curso... p. 1179; BONAVIDES, Paulo. Curso... p. 568.

²⁹⁰ “Interessante ressaltar, ainda, a extensão possível dos efeitos advindos de decisão em mandado de injunção, O que se evidencia é a possibilidade de as decisões nos mandados de injunção surtirem efeitos não somente para os impetrantes, mas também para os casos idênticos ou semelhantes. Assim, em regra, a decisão em mandado de injunção, ainda que dotada de caráter subjetivo, comporta uma decisão objetiva, com eficácia *erga omnes*, que serve para tantos quanto forem os casos que demandem a superação de uma omissão geral do Poder Público, seja em relação a uma determinada conduta, seja em relação a uma determinada lei” (MENDES, Gilmar. Curso... p. 1195).

²⁹¹ Ementa: Mandado de Injunção. Garantia fundamental (CF, art. 5º, inciso LXXI). Direito de greve dos servidores públicos civis (cf, art. 37, inciso VII). Evolução do tema na jurisprudência do supremo tribunal federal (STF). Definição dos parâmetros de competência constitucional para apreciação no âmbito da justiça federal e da justiça estadual até a edição da legislação específica pertinente, nos termos do art. 37, VII, da CF. Em observância aos ditames da segurança jurídica e à evolução jurisprudencial na interpretação da omissão legislativa sobre o direito de greve dos servidores

Min. Gilmar Mendes, impetrado por sindicato de trabalhadores municipal no intuito de poder exercer o seu direito constitucional à greve, cuja norma regulamentadora pende de feitura pelo congresso nacional²⁹². Além de apenas ter fixado uma norma geral para o caso, o STF, nesta decisão, fixou competências e estabeleceu procedimentos aos tribunais ordinários sempre que novos casos de servidores públicos grevistas surgissem por meio de MI.

Tal ponto de vista, porém, encontra oposição em certa parte da doutrina, que entende – corretamente – que a concessão da ordem em MI deveria culminar com a expedição de uma norma concreta, restrita ao caso. É essa a posição de Silva:

“O mandado de injunção tem, portanto, por finalidade realizar concretamente em favor do impetrante o direito, liberdade ou prerrogativa, sempre que falta de norma regulamentadora torne inviável o seu exercício. Não visa obter a regulamentação prevista na norma constitucional. Não é função do mandado de injunção pedir a expedição de norma regulamentadora, por ele não é sucedâneo da ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º). É equivocada, portanto, *data vênia*, a tese daqueles que acham que o julgamento do mandado de injunção visa a expedição de norma regulamentadora do dispositivo constitucional dependente de regulamentação, dando a esse remédio o mesmo objeto da ação de inconstitucionalidade por omissão. Isso quer apenas dizer que o mandado de injunção não passaria de ação de inconstitucionalidade por omissão *subsidiária*, a dizer: como os titulares dessa ação (art. 103) se omitiram no seu exercício, então fica deferido a qualquer interessado o direito de utilizar o procedimento injuncional para obter aquilo que primariamente ocorria àqueles titulares buscar. A tese é errônea e absurda, porque: (1) não tem sentido a existência de dois institutos com o mesmo objetivo e, no caso, de efeito duvidoso, porque o legislador não fica obrigado a legislar; (2) o constituinte, em várias oportunidades na elaboração constitucional, negou ao cidadão legitimidade para ação de inconstitucionalidade; por que teria ele que fazê-lo por vias transversas?; (3) absurda mormente porque o impetrante d mandado de injunção, para satisfazer seu direito (que moveu a recorrer ao Judiciário), precisaria percorrer duas vias: uma, a do mandado de injunção, para obter a regulamentação que poderia não vir, especialmente se ela dependesse de lei, pois o legislativo não pode ser constrangido a legislar; admitindo que obtenha a regulamentação, teria ainda que reivindicar sua aplicação em seu favor, que, em sendo negada, o levaria outra vez ao Judiciário para concretizar seu interesse, agora por outra ação porque o mandado de injunção não caberia. Enfim, o *conteúdo da decisão* consiste na outorga direta do direito reclamado. O impetrante age na busca direta do direito constitucional em seu favor, independentemente da regulamentação. Por isso é que dissemos que ele precisa ter interesse direto no resultado do

públicos civis, fixação do prazo de 60 (sessenta) dias para que o congresso nacional legisle sobre a matéria. Mandado de injunção deferido para determinar a aplicação das leis nos 7.701/1988 e 7.783/1989. (STF. MI 708. Pleno. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJe 31/10/2008.)

²⁹² CRFB. Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

VI - é garantido ao servidor público civil o direito à livre associação sindical;

VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;

juízo. Compete ao Juiz definir as condições para a satisfação direta do direito reclamado e determiná-la imperativamente. Não foi esta lamentavelmente a decisão do Supremo Tribunal Federal, que vem dando ao instituto a função de uma ação pessoal de declaração de inconstitucionalidade por omissão, com o que praticamente o torna sem sentido ou, pelo menos, muitíssimo esvaziado²⁹³.

Significativa é a terceira razão da absurdidade da posição do STF. O tribunal, no caso do MI 708, por exemplo, não viabilizou o exercício de greve dos servidores públicos municipais em questão ao julgá-lo. Em verdade, o que fez foi dizer que a lei geral de greve deve ser aplicada no que couber à greve dos servidores públicos em geral. Ou seja, o exercício do direito continua inviabilizado, uma vez que os servidores públicos municipais que impetraram o MI não sabem exatamente as restrições a que o exercício de seu direito à greve está sujeito ante a expressa disposição constitucional que condiciona o seu exercício aos termos e aos limites de lei específica, devendo ajuizar agora outra ação junto ao órgão da justiça ao qual o STF delegou, sem qualquer amparo constitucional, sua competência para viabilizar efetivamente o exercício do direito.

Como bem afirmou Silva, diante da conformação que o STF conferiu ao procedimento, a impetração de MI face o tribunal está muito esvaziada, especialmente porque, ao fazê-lo, o tribunal optou por substituir o órgão legiferante, abstendo-se de dar concretude ao direito de exercício inviabilizado.

Mencione-se, por fim, que o MI não está regulamentado por nenhuma legislação infraconstitucional, embora esteja tramitando no congresso nacional para isso o projeto de lei 6.002, de 1990²⁹⁴.

2.5.2. Titularidade

É titular de MI todo aquele cujo exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania esteja inviabilizado pela ausência de norma regulamentadora, podendo ser pessoa física, jurídica ou, até mesmo, sindicato²⁹⁵.

²⁹³ SILVA, José Afonso da. Curso... p. 453-454.

²⁹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado... p. 336.

²⁹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado... p. 328. O autora também menciona que a jurisprudência vem entendendo possível a impetração de MI coletivo, tendo como titulares os mesmos legitimados do mandado de segurança coletivo (Ibidem. p. 328).

2.5.3. No Supremo Tribunal Federal

A competência do STF para julgar MI está prevista no art. 102, da constituição:

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

I - processar e julgar, originariamente:

(...)

q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;

(...)

II - julgar, em recurso ordinário:

a) o "habeas-corpus", o mandado de segurança, o "habeas-data" e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;

(...)

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 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.

Dessa forma, assim como nos casos de HD e MS, o STF pode ser provocado a manifestar-se sobre um MI: *i)* ou em competência originária; *ii)* ou por meio de recurso ordinário; *iii)* ou por meio de recurso extraordinário. Nas hipóteses “*i*” e “*ii*”, é a qualidade da autoridade ou órgão competente para a elaboração da norma regulamentadora o que define o modo de acesso, pelo que, pelo menos em tese, o recurso extraordinário é o meio comum para provocar o STF a manifestar-se em MI, haja vista a evidente restrição dos atos que ensejariam o acesso por meio das hipóteses “*i*” e “*ii*”.

2.5.4. Insuficiências

Da análise conjunta dos aspectos acima apresentados do MI, pode-se concluir que o procedimento é insuficiente para realizar uma proteção subjetiva adequada de direitos fundamentais.

O principal motivo é o fato de o procedimento prestar-se tão somente a proteger posições de direitos fundamentais que exijam a prestação de uma ação positiva normativa, de tal modo que direitos a ações negativas e direitos a ações positivas fáticas estão, de antemão, excluídos do seu âmbito de proteção.

A insuficiência do âmbito de proteção do expediente é acentuada pelo modo como o STF o compreende. Isso porque o tribunal, segundo seu entendimento sobre o remédio, caso conceda a ordem, não viabiliza efetivamente o exercício do direito inviabilizado pela ausência de norma regulamentadora, senão tão somente substitui-se ao órgão competente omissivo e expede uma norma regulamentadora geral e abstrata.

Além disso, excetuados os casos de competência originária e de recurso ordinário (art. 102, “a”, da constituição), a via para acessar o STF em MI é o RE, procedimento repleto de obstáculos processuais.

Dessa forma, também o MI não pode ser considerado um meio adequado para proteção subjetiva de direitos se se tem em mente o exemplo do recurso constitucional alemão.

2.6. Recurso extraordinário

2.6.1. Objeto

O RE é, na ordem de apresentação desta dissertação, o primeiro procedimento de feição preponderante objetiva; é dizer, sua função principal é a proteção objetiva da constituição, ainda que essa proteção também tenha desdobramentos para a proteção subjetiva dos direitos fundamentais.

O fundamento da ideia de jurisdição constitucional como meio de proteção da ordem constitucional objetiva é o de que a constituição precisa ser protegida. A justificativa para tal proteção tem na base a ideia de que, por ser “*a ordem fundamental jurídica da coletividade. (...) o plano fundamental, orientado por determinados princípios de sentido, para a configuração jurídica de uma coletividade*”²⁹⁶, a constituição vincula a todos. Essa vinculatividade também se

²⁹⁶ HESSE, Konrad. Elementos... p. 37.

dirige, e especialmente, aos órgãos de poder estatais, de forma que o exercício de sua competência é limitado por ela.

Inserido neste plexo de possibilidades de salvaguardar a regularidade da constituição, está o controle concreto de constitucionalidade. No caso brasileiro, a competência para rejeição do ato normativo está difusa entre os juízes e tribunais²⁹⁷, razão pela qual foi instituído um expediente para assegurar a uniformidade, e com isso, também, a unidade constitucional.

É nesse contexto que o recurso extraordinário integra o sistema de proteção constitucional; é dizer, também ele se presta a salvaguardar a supremacia da constituição. É nesse sentido que Piñeiro, após realizar um apanhado doutrinário, afirma:

²⁹⁷ O surgimento da possibilidade do controle de constitucionalidade de atos normativos foi consagrado, primeiro, entre nós pela constituição de 1891, a primeira republicana. Sob evidente influência dos juristas americanos, Ruy Barbosa foi o grande arquiteto da incorporação do controle de constitucionalidade no Brasil (MENDES, Gilmar Ferreira. Curso... p. 1037). Como não poderia ser diferente, a influência do direito americano fez com que o incipiente sistema brasileiro fosse, basicamente, cópia daquele sistema. Ou seja, o sistema de controle possui as características de difuso, concreto e incidental (BARBOSA, Ruy. A constituição... p. 18). Entretanto, diferentemente da América, em que a constituição não consagrou expressamente a possibilidade do controle de constitucionalidade, aqui a constituição o fez de modo expresse (Ibidem. p. 58), atribuindo ao Supremo Tribunal Federal a competência para rever sentenças, em última instância, quando fosse contestada a validade de leis ou de atos de governos locais face a constituição (MENDES, Gilmar Ferreira. Curso... p. 1037). A constituição de 1934 manteve o sistema de controle de constitucionalidade, porém, diante da necessidade de extensão dos efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal que cassava o ato normativo inconstitucional, cindiu a competência para tal objetivo, atribuindo ao Senado Federal a competência para dar efeito contra todos (suspensão da execução), em homenagem à separação dos poderes, da decisão final do Supremo Tribunal Federal (Ibidem... p. 1039). Por sua vez, a constituição de 1937 manteve o sistema de controle de constitucionalidade. Além disso, não houve repetição da atribuição de competência ao Senado Federal para estender os efeitos da decisão de inconstitucionalidade contra todos. A inovação ficou por conta da possibilidade de o parlamento, provocado pelo presidente da república, cassar a decisão de tribunal, mantendo o ato normativo hígido (Ibidem... p. 1040-1041). As constituições de 1946 e 1967, de certa forma, restauraram a tradição no sistema de controle de constitucionalidade. Houve a reinserção da competência do Senado Federal para a suspensão da execução de lei declarada inconstitucional e não foi repetida a possibilidade, criada em 1937, de o parlamento poder cassar a decisão final do Supremo Tribunal Federal que declarava inconstitucional um ato normativo (Ibidem... p. 1046). A constituição de 1988 manteve-se nessa tradição, pelo que se pode afirmar que o controle concreto de constitucionalidade, no Brasil, é também difuso e incidental. Com isso se quer dizer que toda parte num processo judicial pode suscitar a inconstitucionalidade de um ato normativo. Todavia, essa alegação deve surgir na forma de incidente; é dizer, a questão da constitucionalidade deve ser prejudicial para o deslinde do caso, não sendo possível, neste sentido, a impugnação em abstrato de qualquer ato normativo. A competência para a análise em concreto da questão da constitucionalidade está difusa, isto é, todo e qualquer juiz é competente para examinar o ato normativo e, se for o caso, rejeitar a sua aplicação. Com rejeição de aplicação, está dito também que os efeitos do incidente de constitucionalidade estão limitados às partes do litígio. Isso pode ser diferente quando o Senado Federal faz uso de sua competência instituída no art. 52, X, da Constituição, após decisão final do Supremo Tribunal Federal. Além disso, quando o incidente se dá em um tribunal, então a competência para decisão cabe a aos membros do tribunal ou de seu órgão especial, exigindo-se, para a declaração de inconstitucionalidade, maioria absoluta (Para todas essas características, ver PIÑEIRO, Eduardo Schenato. O controle de constitucionalidade: direito americano, alemão e brasileiro. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2012. p. 162 e ss.).

“Pode-se realizar uma síntese da função do recurso extraordinário no direito positivo vigente: é um recurso dirigido ao STF e por este julgado quando dotado de repercussão geral, com a função de assegurar, por meio do interesse jurídico que se busca resguardar na causa, a aplicação uniforme tanto de lei federal, quando esta conflitar com a aplicação da lei local, quanto da Constituição Federal em todo o território nacional”²⁹⁸.

Para realizar tal função uniformizadora, a constituição mesma atribuiu a competência para julgamento do recurso extraordinário ao STF, porque a ele cabe a guarda precípua da constituição. A sua regulamentação constitucional é a seguinte:

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 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.

No âmbito do seu objeto, a própria disposição deixa claro tratar-se de matéria constitucional²⁹⁹. A alínea “d”, entretanto, abre margem para discussão de se o seu objeto restringe-se a questões constitucionais. A doutrina, todavia, explica que, na hipótese de conflito entre lei local e lei federal, usualmente está colocada a questão de um conflito federativo³⁰⁰, razão pela qual se reforça, não apenas a autoridade do STF, mas também o objeto do recurso extraordinário.

O procedimento, por sua vez, pode variar conforme a ação seja de natureza cível, penal, eleitoral³⁰¹. No presente trabalho, quando houver variações, será feita a referência em nota de rodapé; no texto, o paradigma é a legislação processual civil ordinária³⁰².

Toda e qualquer decisão judicial definitiva, seja ela terminativa ou interlocutória, pode ser objeto de recurso extraordinário³⁰³, no prazo de quinze

²⁹⁸ PIÑEIRO, Eduardo Schenato. O controle... p. 191.

²⁹⁹ Cfr. Piñeiro, “o recurso extraordinário tem efeito devolutivo limitado, pois não devolve a cognição da matéria de fato...” (PIÑEIRO, Eduardo Schenato. O controle... p. 170). Ver também, súmula nº 279 do STF: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

³⁰⁰ PIÑEIRO, Eduardo Schenato. O controle... p. 176. No mesmo sentido, BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 90;

³⁰¹ PIÑEIRO, Eduardo Schenato. O controle... p. 168.

³⁰² CPC. Arts. 541-546.

³⁰³ PIÑEIRO, Eduardo Schenato. O controle... p. 169; BARROSO, Luís Roberto. O controle... p. 92.

dias³⁰⁴. Contudo, o recurso extraordinário interposto contra decisão interlocutória definitiva ficará retido nos autos até decisão terminativa, nos termos do art. 542, § 3º, do CPC, quando o interessado deverá reiterar o interesse no recurso³⁰⁵.

Além disso, o recurso deve ser endereçado ao presidente ou vice-presidente do respectivo tribunal³⁰⁶. Como o sistema é de duplo controle de admissibilidade, caberá ao presidente ou vice-presidente do tribunal *a quo* efetuar juízo de admissibilidade prévio. Porém, é defesa a apreciação de questões de mérito ou sobre existência de repercussão geral, ressalvada a hipótese de o STF já ter se manifestado sobre a ausência desta³⁰⁷.

Se o recurso for inadmitido pelo tribunal *a quo*, caberá a interposição de agravo de instrumento para o STF, no prazo de dez dias³⁰⁸. De outro modo, se o recurso for admitido na origem – e dessa decisão não caberá recurso³⁰⁹ –, competirá ao STF reapreciar todos os pressupostos de admissibilidade, podendo, inclusive, inadmitir o recurso por motivo já apreciado na origem³¹⁰.

Uma vez admitido na origem e pelo STF, em razão da reserva de plenário, caberá a esse decidir sobre as arguições de inconstitucionalidade³¹¹. A declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade somente poderá ser proclamada se for formada uma maioria de seis ministros, respeitado um quorum mínimo na sessão de oito ministros³¹².

Competirá às turmas o julgamento do recurso extraordinário, caso já tenha havido manifestação do plenário sobre o tema nele versado. Caso contrário, deverá haver remessa para o plenário. A remessa também é possível se algum ministro propuser o reexame da questão³¹³.

³⁰⁴ Para os prazos em ações de outra natureza: PIÑEIRO, Eduardo Schenato. O controle... p. 180.

³⁰⁵ BARROSO, Luís Roberto. O controle... p. 93.

³⁰⁶ O endereçamento pode variar conforme regramento especial, para isso: PIÑEIRO, Eduardo Schenato. O controle p. 169.

³⁰⁷ PIÑEIRO, Eduardo Schenato. O controle p. 170.

³⁰⁸ Para os prazos em ações de outra natureza: PIÑEIRO, Eduardo Schenato. O controle... p. 170.

³⁰⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. Vol. I. 50ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 646.

³¹⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso... p. 646.

³¹¹ PIÑEIRO, Eduardo Schenato. O controle... p. 187.

³¹² PIÑEIRO, Eduardo Schenato. O controle... p. 188.

³¹³ PIÑEIRO, Eduardo Schenato. O controle... p. 188.

2.6.2. Pressupostos de admissibilidade

Por ser um recurso, o recurso extraordinário deve cumprir alguns requisitos para fim de ser admitido. Alguns são genéricos e outros são específicos.

Conforme a classificação de Piñeiro³¹⁴, os requisitos genéricos podem ser intrínsecos: o cabimento, a legitimação, o interesse e a inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer; ou extrínsecos: a tempestividade, a regularidade formal e o preparo.

As hipóteses de cabimento do recurso extraordinário estão no art. 102, III, da constituição³¹⁵. O aspecto mais importante neste âmbito é que a jurisprudência do STF entende que a ofensa postulada deve ser direta e frontal, e não indireta e reflexa, à constituição³¹⁶. O significado disto é que se a ofensa constituir antes um atentado contra leis de hierarquia inferior, o recurso é incabível. O tribunal, entretanto, já relativizou essa posição ao reconhecer um conteúdo mínimo a normas processuais fundamentais, independentemente da regulamentação infraconstitucional, admitindo, dessa forma, o cabimento do recurso extraordinário³¹⁷.

No caso do procedimento civil, são legitimados para recorrer, a parte vencida, o terceiro prejudicado e o Ministério Público, seja como parte, seja como fiscal da lei³¹⁸.

No âmbito do interesse, é a conjugação do binômio “utilidade” e “necessidade” o decisivo. O significado disto é que o manejo do recurso extraordinário deve ser capaz de prover algum benefício prático à parte. Nesse sentido, o recurso por um dos fundamentos será inadmitido se outros fundamentos da decisão forem capazes de sustentá-la³¹⁹. Além disso, a parte pode ser proibida de recorrer se sobre ela recair fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer. São exemplos, a renúncia, a desistência ou aquiescência à decisão³²⁰.

³¹⁴ PIÑEIRO, Eduardo Schenato. O controle... p. 171.

³¹⁵ Supra. p. 79.

³¹⁶ PIÑEIRO, Eduardo Schenato. O controle... p. 172; BARROSO, Luís Roberto. O controle... p. 94.

³¹⁷ PIÑEIRO, Eduardo Schenato. O controle... p. 173 e ss.; BARROSO, Luís Roberto. O controle... p. 94 e ss.

³¹⁸ PIÑEIRO, Eduardo Schenato. O controle... p. 177. Ver também para os legitimados em ações de outra natureza.

³¹⁹ PIÑEIRO, Eduardo Schenato. O controle... p. 178.

³²⁰ PIÑEIRO, Eduardo Schenato. O controle... p. 179.

Quanto à tempestividade, no procedimento civil, o prazo para interposição do recurso extraordinário é de quinze dias. Também se aplicam a ele as normas de contagem, prorrogação, suspensão e interrupção dos prazos recursais em geral³²¹.

Tem-se ainda o requisito da regularidade formal, que *“pode ser compreendida por meio da necessidade de indicação expressa da norma constitucional que se reputa violada na decisão recorrida afim de que o recurso seja conhecido”*³²².

Por fim, é requisito genérico para admissão do recurso extraordinário o pagamento das despesas relativas ao processamento do recurso, sob pena de deserção, salvo quando, por algum motivo legal, isso é dispensado³²³.

São mais interessantes, por outro lado, os requisitos específicos de admissão do recurso extraordinário, que são: o esgotamento das vias recursais ordinárias, o prequestionamento e a repercussão geral.

O esgotamento das vias recursais significa que, para a admissão do recurso extraordinário, as vias ordinárias de impugnação de ato normativo devem ter sido esgotadas, incluídos o manejo dos recursos ordinários³²⁴, com a exceção do próprio recurso extraordinário, do recurso especial e dos embargos de declaração³²⁵.

O prequestionamento³²⁶, por sua vez, *“significa que a questão constitucional deverá figurar na decisão recorrida, ainda que não tenha ocorrido menção expressa aos dispositivos constitucionais pertinentes”*³²⁷. Quando, apesar de provocado, o órgão *a quo* não enfrentar a matéria constitucional, devem ser interpostos embargos declaratórios para fins de prequestionamento³²⁸.

Por fim, tem-se o requisito da repercussão geral, que está previsto no § 3º, do art. 102, da constituição federal da seguinte forma:

§ 3º 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.

³²¹ PIÑEIRO, Eduardo Schenato. O controle... p. 180.

³²² PIÑEIRO, Eduardo Schenato. O controle... p. 182.

³²³ PIÑEIRO, Eduardo Schenato. O controle... p. 182.

³²⁴ Súmula 281. STF. É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber na justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada.

³²⁵ PIÑEIRO, Eduardo Schenato. O controle... p. 183.

³²⁶ Súmula 282. STF. É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.

³²⁷ BARROSO, Luís Roberto. O controle... p. 94.

³²⁸ PIÑEIRO, Eduardo Schenato. O controle... p. 184.

Coube à legislação processual civil³²⁹ especificar o que deve ser entendido por repercussão geral:

Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo. § 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

O requisito da repercussão geral serviu para restringir o cabimento do recurso extraordinário e, assim, reduzir o número de recursos sujeitos a julgamento no STF³³⁰.

Uma das consequências da inclusão deste pressuposto de admissibilidade – o da repercussão geral – ao RE, segundo Mendes, é a confirmação, “de forma decisiva”, da tendência de objetivização do expediente:

“Não há dúvida de que já houve avanços na concepção vetusta que tem caracterizado o recurso extraordinário entre nós. A Lei n. 10.259/2001 deu ao recurso extraordinário características de instrumento que deixa de ter aspecto marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Trata-se, na verdade, de orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional (*Verfassungsbescwerde*). Nesse sentido, destaca-se a observação de Häberle segundo a qual ‘a função da Constituição na proteção dos direitos individuais (subjetivos) é apenas uma faceta do recurso de amparo’, dotado de uma ‘dupla função’, subjetiva e objetiva, ‘consistindo esta última em assegurar o Direito Constitucional objetivo’. Nesse contexto, a Emenda Constitucional n. 45 instituiu a repercussão geral como forma de resgate da feição do recurso extraordinário como elemento de uniformização, para contornar o problema da crise numérica”³³¹.

Ainda no âmbito dos pressupostos de admissibilidade, a repercussão geral deve ser arguida formalmente em preliminar fundamentada. Porém, ela ocorre de forma presumida quando a decisão contraria súmula ou jurisprudência do STF, não estando dispensada, mesmo nestes casos, a preliminar formal³³².

³²⁹ CPC. Arts. 543-A e 543-B. O STF entende que a disciplina insculpida no CPC vale para o recurso extraordinário em todos os procedimentos (PIÑEIRO, Eduardo Schenato. O controle... p. 186.). O Regimento Interno do STF também dispõe sobre a repercussão geral, arts. 322 a 329.

³³⁰ Nesse sentido, PIÑEIRO, Eduardo Schenato. O controle... p. 185; BARROSO, Luís Roberto. O controle... p. 99; THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso... p. 639.

³³¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais... p. 741-742.

³³² PIÑEIRO, Eduardo Schenato. O controle... p. 185 e ss.

2.6.3. Efeitos da decisão

O controle concreto de constitucionalidade no Brasil está umbilicalmente ligado ao sistema americano, porque esse lhe serviu de modelo e inspiração. Nesse sentido, os efeitos da decisão em sede de recurso extraordinário obedecem à mesma lógica do expediente na América³³³.

Assim, vale a doutrina americana de que os efeitos da decisão ficam restritos às partes porque a questão constitucional aparece só como um incidente prejudicial à proteção do direito das partes, conforme lição de Barbosa:

“Tambem a sentença, ainda que nos seus fundamentos precise de cotejar o acto abusivo com a Constituição, contra a qual elle attentam no seu dispositivo há de retrahir-se desse terreno: limitando-se a definir a situação jurídica das partes”³³⁴.

Do mesmo modo, é o entendimento de Piñeiro:

“Se a inspiração do controle difuso brasileiro foi o direito americano, então não se pode deixar de notar que o juiz brasileiro, assim como o americano, possui competência para o exame do ato incompatível com a Constituição e para a rejeição da aplicação da norma somente ao caso concreto sob julgamento”³³⁵.

A constituição vigente, porém, prevê a possibilidade da extensão dos efeitos subjetivos da decisão de inconstitucionalidade. Tal competência foi atribuída ao Senado Federal, contudo, nos termos do art. 52, X, da constituição³³⁶.

Além da extensão subjetiva da eficácia da decisão em controle concreto pelo STF, também há a questão da eficácia temporal; é dizer, se os efeitos da decisão são retroativos – *ex tunc* – ou são prospectivos – *ex nunc*.

Tradicionalmente, por apego à teoria das nulidades³³⁷, assim como na América, a doutrina, e também o STF³³⁸, entendeu que o vício de

³³³ PIÑEIRO, Eduardo Schenato. O controle... p. 193.

³³⁴ BARBOSA, Ruy. A constituição... p. 125.

³³⁵ PIÑEIRO, Eduardo Schenato. O controle... p. 200.

³³⁶ O STF, entretanto, já se manifestou, em processo em que ainda pende julgamento final, no sentido de que teria havido uma mutação constitucional neste âmbito e que a eficácia contra todos da decisão em controle concreto decorre do próprio status do tribunal. Para uma análise sobre essa tese, BÚRIGO, Pedro Isaias Sônego. Mutação constitucional no âmbito do artigo 52, X, da constituição da República Federativa do Brasil. Monografia de conclusão de curso de graduação, 2010. p. 49 e ss. Disponível em <http://hdl.handle.net/10183/27029>

³³⁷ Ver nota de rodapé nº 158. Sobre as idas e vindas da doutrina da retroatividade na tradição americana, ver: STEPHENS, Pamela J. The new retroactive doctrine: equality, reliance and stare decisis. Syracuse Law Review Vol. 48:1515, a. 1998. (Essa obra está traduzida para o português:

inconstitucionalidade é vício de origem e, por consequência, um ato normativo inconstitucional não é capaz de produzir qualquer efeito. A consequência disso é o reconhecimento de que a atividade jurisdicional, nesses casos, é meramente declaratória e, com isso, os efeitos da decisão devem retroagir³³⁹.

Entretanto, o STF já se manifestou no sentido de atribuir efeitos prospectivos em decisão de inconstitucionalidade em controle concreto³⁴⁰.

Pode-se, então, sobre os efeitos da decisão em controle concreto, dizer que, tradicionalmente, efeitos estão limitados às partes e são retroativos, apesar de o Supremo Tribunal Federal estar, aparentemente, modificando o seu entendimento para que os efeitos se estendam contra todos e possam, dependendo do caso, ser modulados prospectivamente.

2.6.4. Insuficiências

Uma vez analisado o RE em suas linhas gerais, pode-se afirmar que o procedimento não é adequado para a proteção subjetiva de direitos fundamentais por ao menos três razões: *i)* o seu objeto; *ii)* a repercussão geral como pressuposto de admissibilidade; *iii)* os efeitos da decisão.

Como visto acima, o objeto do RE é a proteção das normas constitucionais, com vistas a sua aplicação uniforme em todo o território nacional. É dizer, a sua função precípua é proteger a ordem constitucional objetiva da aplicação de normas inconstitucionais ou da interpretação inconstitucional de normas constitucionais. Desse modo, a proteção subjetiva de direitos fundamentais pode acontecer apenas como efeito reflexo do manejo do expediente.

A estreiteza do objeto é agravada pela exigência da demonstração da repercussão geral do RE como pressuposto a sua admissão. A instituição desse requisito, por meio da emenda constitucional nº 45, acentuou, de maneira drástica, a feição objetiva do procedimento. Isso porque a existência de diversos processos sobre a mesma matéria passou a ser um indicativo quase imprescindível para a apuração do preenchimento do requisito de admissibilidade. Some-se a isso que

STEPHENS, Pamela J. Nova doutrina da retroatividade. Trad. Pablo Giordano Bernardi Bombardelli. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2012.)

³³⁸ PIÑEIRO, Eduardo Schenato. O controle... p. 215.

³³⁹ BARROSO, Luís Roberto. O controle... p. 106.

³⁴⁰ PIÑEIRO, Eduardo Schenato. O controle... p. 219 e ss.

questões envolvendo direitos fundamentais fatalmente suscitam apreciação dos fatos na base dos casos concretos, para o que a repercussão geral é obstáculo³⁴¹.

Nesse ponto, cabe rebater também a afirmação de Mendes, acima transcrita³⁴², acerca da suposta orientação que os tribunais constitucionais têm tomado para conferir maior relevância à feição objetiva dos recursos constitucionais. Essa afirmação simplesmente não está de acordo com a lição de Maurer sobre o tema. Já foi visto acima³⁴³ que é justamente a feição subjetiva do recurso constitucional a característica principal do expediente, razão pela qual é chamado de “*conclusão que coroa*” o sistema de proteção da lei fundamental. Resta, portanto, extremamente duvidosa a correção da afirmação que usa a dupla função do recurso constitucional para negar, ou no mínimo mitigar, a importância primordial de proteção individual atribuída ao procedimento.

Por fim, o fato de os efeitos da decisão em sede de RE estarem restringidos às partes também é um empecilho para proteção adequada de direitos fundamentais. Essa limitação vale inclusive para os RE manejados em HC, HD, MI e MS. Em verdade, enquanto não for atribuída eficácia vinculante geral às decisões em RE, seus efeitos práticos, naqueles casos em que a decisão produzir reflexos sobre posições de direitos fundamentais, ficam muito aquém do desejado, especialmente por não vincularem os órgãos do poder público.

Por essas razões, enfim, tampouco o RE pode ser considerado um meio adequado para a proteção subjetiva de direitos fundamentais se se tem o recurso constitucional alemão como modelo.

2.7. Ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade

2.7.1. Objeto

A ADI e a ADC (bem como a ADIO e a ADPF, que serão descritas a seguir, nos tópicos 2.8 e 2.9), são expedientes processuais com natureza de ação e se

³⁴¹ A Súmula 279 do STF também é muito invocada para obstaculizar exame sobre fatos.

³⁴² Supra p. 84.

³⁴³ Supra p. 49 e ss.

prestam ao controle normativo abstrato de atos normativos ante a constituição³⁴⁴. Disso resulta a feição objetiva dessas ações em sua tarefa de proteção da supremacia constitucional. Evidentemente, porém, a depender da matéria examinada, essas ações podem repercutir sobre posições individuais, pelo que podem fomentar uma proteção subjetiva.

Pois bem, é a própria constituição quem estabelece o objeto da ADI e da ADC:

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

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

³⁴⁴ A lição de Maurer controle normativo faz-se pertinente. Partindo da “comprovação geral que a norma jurídica de hierarquia mais elevada precede à norma de hierarquia inferior resultam, no caso concreto, duas questões: (1) jurídico-materialmente: existe, no fundo, uma contradição normativa? É, por exemplo, uma lei formal incompatível com a constituição? (2) jurídico-formalmente: quem tem, em qual procedimento, de decidir sobre a possível contradição normativa? Quem, por exemplo, está autorizado a decidir sobre isto, se uma lei contradiz a constituição?” (MAURER, Hartmut. *Jurisdição constitucional...* p. 244), o Autor distingue os seguintes pares conceituais no âmbito do controle normativo: “aa) *controle normativo principal e incidental*. Esse par conceitual diz respeito ao objeto do litígio. Um controle normativo principal existe, quando a própria compatibilidade da lei com a constituição é objeto da solicitação, do procedimento e da decisão. Trata-se, portanto, exclusivamente de uma lei sua constitucionalidade. O controle normativo incidental realiza-se, em compensação, no quadro de um conflito jurídico, que tem um outro objeto (por exemplo, a juridicidade de uma notificação de imposto), em cuja decisão, porém, a constitucionalidade e vinculatividade de uma norma (por exemplo, da lei de imposto que está na base da notificação de imposto) deve ser esclarecida e decidida com questão prejudicial. A diferença entre controle normativo principal e o incidental mostra-se, sobretudo, na decisão (negativa). O controle normativo principal leva a uma declaração de nulidade da lei com vinculatividade universal, o controle normativo incidental limita-se, em compensação, à comprovação, que aparece somente nos fundamentos da sentença, que a lei relevante para a decisão é nula e, por conseguinte, no caso presente não-aplicável, porém, não tem efeito que ultrapassa isso e, com isso, vinculatividade universal. No controle normativo principal, a lei é eliminada formalmente, no controle incidental ela, em compensação, somente é inaplicável para o caso concreto; bb) *controle normativo abstrato e concreto*. Esse par conceitual direciona para o motivo do controle normativo. O controle normativo concreto realiza-se por motivo de um conflito jurídico concreto, no qual se torna atual a questão, se a lei relevante para a decisão é compatível ou não com a constituição. O controle normativo abstrato não está, em compensação, em nenhuma conexão com um conflito jurídico concreto. Ele realiza-se independente do caso e serve ao objetivo de esclarecer universalmente a constitucionalidade de uma lei; cc) *controle normativo concentrado e difuso*. Esse par conceitual direciona para o tribunal competente para a decisão. No caso do controle normativo concentrado, a competência de exame, pelo menos, porém, a competência de rejeição está reservada a *um* tribunal, enquanto no caso do controle normativo difuso todos, ou, pelo menos, um maior número de tribunais estão autorizados para o exame e rejeição; dd) *controle normativo especial e integrado*. Essa distinção direciona para isto, se a jurisdição constitucional e, com isso, o controle normativo é destinado a um tribunal constitucional especial ou a um tribunal supremo competente para todos os âmbitos. Exemplos para a segunda alternativa são a suprema corte dos Estados Unidos e o tribunal federal suíço” (MAURER, Hartmut. *Jurisdição constitucional...* p. 245-246). Segundo essa classificação, pode-se afirmar que o controle normativo exercido por meio das ações ora examinadas é abstrato, principal e concentrado.

Tem-se, assim, que poderão ser objeto de uma ADI todos os atos normativos da União ou dos Estados. O objeto da ADC, por outro lado, está limitado aos atos normativos federais.

Por ato normativo federal se compreende desde emendas à constituição, até leis formais e materiais, medidas provisórias, decretos legislativos em geral e atos normativos expedidos por pessoas jurídicas de direito público³⁴⁵. O mesmo vale para atos normativos estaduais – passíveis de controle somente por meio de ADI –, compreendendo-se aí as constituições estaduais, leis estaduais, decretos com força de lei e atos normativos expedidos por pessoas jurídicas de direito público³⁴⁶. Ressalve-se que leis e atos normativos distritais promulgados pelo Distrito Federal em exercício de competência tipicamente estadual também podem ser objeto de ADI³⁴⁷.

A restrição ao controle dos atos normativos distritais promulgados em exercício de competência tipicamente estadual tem uma razão de ser. É que atos normativos municipais estão fora do âmbito de controle tanto da ADI quanto da ADC³⁴⁸. Assim, por motivo de ser o Distrito Federal um ente federal com competências estaduais e municipais, somente atos normativos expedidos em razão daquela competência – a estadual – estão submetidos ao controle por meio de ADIN.

Também estão fora do âmbito do objeto da ADI e da ADC aqueles atos normativos editados anteriormente à promulgação da constituição vigente. No julgamento da ADI 2/DF, o STF entendeu que o chamado “direito pré-constitucional” não pode ser objeto de controle de constitucionalidade porque eventual incompatibilidade entre a lei pré-constitucional e a nova constituição se resolve por

³⁴⁵ MENDES, Gilmar. Curso... p. 1118-1122. Na Alemanha se compreende isso de forma semelhante: “Objeto do exame são, em primeiro lugar, leis formais (leis do parlamento); mais além, porém, também entram em consideração outras normas jurídicas, especialmente, regulamentos jurídicos e estatutos, ainda que isso, por causa da subsidiariedade da jurisdição constitucional, só raramente será o caso. Mesmo contratos estatais entre os estados federais e contratos de direito internacional público podem ser revisados; eles, sem dúvida, não são imediatamente objeto do controle normativo, mas a lei de aprovação, que lhes deve proporcionar validade, poder ser impugnada com a fundamentação, que ela é anticonstitucional porque ela diz respeito a um contrato anticonstitucional. Análogo vale para o plano orçamentário e a lei orçamentária” (MAURER. Hartmut. A revisão... p. 294).

³⁴⁶ MENDES, Gilmar. Curso... p. 1122.

³⁴⁷ MENDES, Gilmar. Curso... p. 1123.

³⁴⁸ MENDES, Gilmar. Curso... p. 1118.

meio do critério da intertemporalidade consubstanciado na expressão *lex posterior derogat priori*³⁴⁹.

Dessa forma, pode-se afirmar que, ressalvas as exceções acima – direito municipal e “direito pré-constitucional” – o objeto da ADI e ADC, essa última restrita a atos normativos federais, é bastante amplo. Faz-se importante frisar, mais uma vez, que o parâmetro do controle do ato normativo objeto dessas ações é a constituição, pelo que é necessária a arguição de uma ofensa direta à constituição, e não meramente reflexa³⁵⁰.

2.7.2. Admissibilidade, procedimento e decisão

O procedimento de ambas, ADI e ADC, está regulado por meio da lei 9.868/99, cuja entrada em vigor afastou a regulamentação anterior prevista no Regimento Interno do STF³⁵¹. Ambos os procedimentos são bastante simples.

No caso da ADI, a petição inicial deverá indicar o dispositivo da lei ou ato normativo impugnado, bem como os fundamentos do pedido relativos a cada uma das impugnações, e o pedido, admitido pedido de medida cautelar. A inicial também deverá ser acompanhada por cópia do ato normativo impugnado. A inicial inepta poderá ser indeferida liminarmente pelo relator, decisão que pode ser atacada por agravo. Além disso, apesar de não ser admitida a intervenção de terceiros, está prevista a possibilidade de manifestação de órgãos e entidades, denominados de *amicus curiae*. É obrigatória, ainda, a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, bem como do órgão ou autoridade que emanou o ato impugnado. Por fim, o relator, caso entenda necessário esclarecimentos

³⁴⁹ MEIRELLES, Hely. Mandado... p. 411-417. Na Alemanha o direito pré-constitucional também não é objeto de controle via ação direta ao tribunal constitucional federal. A justificativa para isso, porém, é diferente: “Da idéia da proteção ao parlamento resultam duas limitações essenciais: o monopólio da rejeição restringe-se, por um lado, as leis formais e, por outro, também sob esse aspecto, somente a leis pós-constitucionais, isto é, tais leis, que primeiro após a entrada em vigor da lei fundamental ou a modificação decisiva da lei fundamental foram promulgadas. O efeito da proteção do artigo 100 I, da lei fundamental, não tem lugar, em compensação, em regulamentos jurídicos e estatutos, que são promulgados pelos executivos ou uma entidade com auto-administração, e em leis pré-constitucionais, cuja anticonstitucionalidade é condicionada pela modificação da constituição e, por isso, não pode ser dada a culpa disso ao dador de leis” (MAURER, Hartmut. A revisão... p. 296).

³⁵⁰ MENDES. Gilmar. Curso... p. 1131.

³⁵¹ MENDES. Gilmar. Curso... p. 1132.

adicionais, poderá requisitar informações adicionais, designar perito ou até realizar audiência pública³⁵².

Ainda sobre o procedimento da ADI, é importante mencionar que a análise que o STF faz do ato normativo impugnado não fica restrita às razões mencionadas na petição inicial. Segundo Mendes, a jurisprudência dominante do STF é no sentido de que prevaleça, na apreciação da ADI e da ADI, o princípio da *causa petendi* aberta³⁵³.

As disposições sobre admissibilidade e procedimento da ADI são, na sua essência, aplicáveis à ADC³⁵⁴. Todavia, para a admissão da inicial em procedimento de ADC, é exigido um terceiro requisito, além da indicação do ato normativo impugnado e do pedido: faz-se necessária a indicação de existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do ato normativo objeto do procedimento³⁵⁵.

Segundo Mendes, tal requisito está associado a um estado de incerteza, de dúvida, de controvérsia sobre a constitucionalidade de determinado ato normativo capaz de afetar a sua presunção de constitucionalidade³⁵⁶. Esse estado de incerteza quanto à legitimidade do ato normativo pode ser resultado, segundo Mendes: 1) pelo afirmar, pelos diversos órgãos da jurisdição ordinária, da inconstitucionalidade do ato normativo, e; 2) por decisões contraditórias, pelos diversos órgãos da jurisdição ordinária, sobre a constitucionalidade do ato normativo³⁵⁷. Certo é que a mera

³⁵² Art. 2-12, da lei 9.868/99. Mais detalhadamente em: MENDES, Gilmar. Curso... p. 1132-1140.

³⁵³ MENDES, Gilmar. Curso... p. 1133.

³⁵⁴ Art. 13-20, da lei 9.868/99. Isso é, também, afirmado por Mendes (MENDES, Gilmar. Curso... p. 1147).

³⁵⁵ Lei 9.868/99. Art. 14. A petição inicial indicará: (...) III - a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória.

³⁵⁶ MENDES, Gilmar. Curso... p. 1144. José Afonso da Silva faz algumas considerações interessantes sobre o objetivo da ADC. O Autor afirma que, em razão da necessidade de demonstração de estado de incerteza sobre o ato normativo impugnado, a ADC possui certo sentido avocatório, pois remete ao STF a competência de decisão que refletirá sobre diversos processos em andamento ("Visa ela, pois, solucionar esse estado de controvérsia generalizado por via da coisa julgada vinculante, quer confirme as decisões proferidas concluindo-se, em definitivo, pela inconstitucionalidade da lei, com o que se encerram os processos concretos em favor dos autores, quer reforme essas decisões com a declaração de constitucionalidade da lei. O termo *reformular* não é sem propósito, porque a declaração da constitucionalidade, no caso, tem o efeito de inverter o sentido daquelas decisões. Daí certo sentido avocatório que persiste nessa ação, bem sabido, aliás, que ela veio como substitutivo avocatório que existiu no sistema constitucional revogado e que mereceu sempre muita repulsa dos meios jurídicos" SILVA, José Afonso da. Curso... p. 60). Ainda que toda ação direta que questione a constitucionalidade em abstrato de determinado ato normativo repercuta sobre casos concretos, não parece equivocada a afirmação de que haja "certo sentido avocatório" no expediente da ADC.

³⁵⁷ MENDES, Gilmar. Curso... p. 1144.

controvérsia doutrinária não é suficiente para tal desiderato, haja vista que, por si só, não embaraça a aplicação de atos normativos³⁵⁸.

Comum à ADI e à ADC, ainda, é a impossibilidade de desistência das ações uma vez que sejam propostas.

Quanto às decisões nas ADI e ADC, conforme teor do § 2º, do art. 102³⁵⁹, da CRFB, elas terão eficácia contra todos e efeito vinculante³⁶⁰, relativamente aos órgãos do Poder Judiciário, excetuado o próprio STF³⁶¹, e à Administração Pública, direta ou indireta, em todos os níveis da federação. Dessa forma, a extensão subjetiva do efeito dessas decisões, além de não vincular o próprio STF, também não alcança o Poder Legislativo³⁶².

Outra questão importante quanto às decisões em ADI e ADC é relativa ao âmbito temporal da nulificação do ato normativo³⁶³. O art. 27, da lei 9.868/99³⁶⁴, atribui ao STF a competência para modular os efeitos dessas decisões. Isso significa que nem sempre o reconhecimento da inconstitucionalidade do ato normativo implicará em declaração de nulidade. O efeito prático disso é que um ato normativo

³⁵⁸ MENDES, Gilmar. Curso... p. 1144.

³⁵⁹ CRFB. Art. 102. (...) § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

³⁶⁰ Sobre o efeito vinculativo na Alemanha, a lição de Maurer: “As decisões do tribunal constitucional federal passam – como todas as decisões judiciais – à coisa julgada. Elas são, ademais, vinculativas para todos os órgãos estatais (órgãos constitucionais, autoridades, tribunais e assim por diante). Decisões de controle normativo obtêm, mais além, força de lei. A expressão tradicional força de lei não deve ser entendida mal. Ela não quer equiparar o controle normativo à dação de leis, mas indica simplesmente que a decisão sobre a validade ou invalidade (nulidade) de uma lei – como a própria lei – é com vinculatividade universal. Força de lei significa, portanto, vinculatividade universal” (MAURER, Hartmut. Jurisdição... p. 231). Mais além, o autor discorre que o alcance do efeito vinculativo é debatido na Alemanha. Enquanto a doutrina dominante afirma que deve ser limitado ao dispositivo da decisão, o tribunal constitucional federal e parte da doutrina entende que também os fundamentos apoiadores da decisão estão abrangidos (Ibidem. p. 231-232). Essa controvérsia também é mencionada por Heck (HECK, Luis Afonso. Jurisdição constitucional: teoria... p. 74-78).

³⁶¹ MEIRELLES, Hely. Mandado de segurança... p. 598-599.

³⁶² Heck, com apoio na lição da Schlaich/Korioth, afirma que, na Alemanha, o primeiro e o segundo senado do tribunal constitucional federal discordam sobre a vinculação do legislador às decisões reprovadoras de normas: enquanto o primeiro senado entende que o legislador é livre para votar nova lei igual ou semelhante, o segundo senado entende que há uma “*proibição de repetição de norma*” (HECK, Luis Afonso. Jurisdição constitucional: teoria... p. 72-74).

³⁶³ Segundo HECK, por meio do art. 27 da lei 9.868/99 e da jurisprudência do STF, “*é possível afirmar que a doutrina da nulificabilidade está presente no ordenamento jurídico brasileiro*” (HECK, Luis Afonso. Jurisdição constitucional: teoria... p. 70). Ainda segundo o autor, a nulificabilidade opera em dois âmbitos: um material e um temporal (Ibidem. p. 44), o primeiro associado à extensão subjetiva da decisão, isto é, se permanece limitada ao caso ou é extensível a todos, e o segundo associado aos efeitos da decisão no tempo, isto é, se retroage ou não retroage (Ibidem. p. 44-45 e 50-62).

³⁶⁴ Lei 9.868/99. Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

definitivamente inconstitucional pode permanecer em vigência quando houver boas razões para afirmar isso³⁶⁵. A regra, porém, continua sendo que o reconhecimento da inconstitucionalidade de um ato normativo implica em sua nulidade *ab initio*³⁶⁶.

Vencidas essas questões importantes, cabe ainda referir que, na sessão do STF em que se aprecia a constitucionalidade de determinado ato normativo, devem estar presentes no mínimo oito Ministros, sendo necessária a manifestação de pelo menos seis deles num ou noutro sentido para proclamação do resultado³⁶⁷.

Por fim, proclamada a constitucionalidade do ato normativo, será julgada improcedente a ADIN ou procedente a ADC, ao passo que, proclamada a inconstitucionalidade do ato normativo, será procedente a ADIN ou improcedente a ADC. A doutrina chama isso de “caráter dúplice ou ambivalente”³⁶⁸ dos expedientes.

2.7.3. Legitimidade para propositura

A constituição de 1988 elenca um rol de legitimados para a propositura da ADI e da ADC, disposto no art. 103³⁶⁹, que contém: o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; o Conselho

³⁶⁵ As razões para isso são apresentadas por Maurer: “Existem, sempre de novo, casos, nos quais a declaração de nulidade, em si necessária, não compreende a infração da constituição verdadeira ou não elimina a anticonstitucionalidade, mas, até, ainda aprofunda. O tribunal constitucional federal renuncia, nesses casos, à declaração e nulidade e limita-se, em vez disso, à comprovação que a lei não é compatível com a lei fundamental e, por isso, anticonstitucional, ou à comprovação que a lei, apesar de seu defeito jurídico-constitucional, persiste para um período transitório, mas por uma regulação nova legal deve ser retocada ou substituída” (MAURER, Hartmut. *Jurisdição...* p. 253). Outras técnicas decisórias desenvolvidas pelo tribunal constitucional federal ainda podem ser mencionadas: a) nulidade parcial quantitativa; b) nulidade parcial qualitativa; c) declaração de incompatibilidade (esse é o caso do reconhecimento da inconstitucionalidade sem declaração de nulidade); d) a lei ainda constitucional; e) interpretação conforme a constituição, e; f) interpretação orientada pela constituição (HECK, Luis Afonso. *O recurso constitucional...* p. 129-132).

³⁶⁶ Isso vale tanto no Brasil (MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança...* p. 548) quanto na Alemanha (“A lei anticonstitucional é, fundamentalmente, nula. O tribunal constitucional federal tem de, por isso, declarar nula uma lei que, segundo sua concepção, é anticonstitucional. A declaração de nulidade atua – como nulidade – *ex tunc*” (MAURER, Hartmut. *Jurisdição...* p. 250).

³⁶⁷ MENDES, Gilmar. *Curso...* p. 1140.

³⁶⁸ MENDES, Gilmar. *Curso...* p. 1141.

³⁶⁹ CRFB. Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Sobre a capacidade postulatória dos legitimados, o STF posicionou-se no sentido de que aqueles elencados do inciso I ao VII, do art. 103, da CRFB, possuem capacidade postulatória especial e plena, estando autorizados a praticar, na ADIN e na ADC, qualquer ato processual privativo de advogado. Aqueles elencados nos incisos VIII e IX, do artigo em questão, por outro lado, devem ser representados por advogado³⁷⁰.

Ponto controverso, neste âmbito, é a exigência jurisprudencial de que o Governador de Estado ou do Distrito Federal, a mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal e a confederação sindical ou entidade de classe no âmbito nacional devam demonstrar uma “relação de pertinência” entre o ato normativo impugnado e um “interesse” do proponente da ação. Assim, por exemplo, o Governador de um Estado deverá demonstrar o seu interesse em que determinado ato normativo emanado de outro Estado seja declarado inconstitucional³⁷¹. A mesma lógica vale para as ações propostas pelas confederações sindicais ou entidades de classe no âmbito nacional: elas devem demonstrar uma “relação de pertinência” entre o objeto da ação e a sua atividade³⁷².

Mendes, corretamente, apontou o problema desse entendimento do STF:

“A relação de pertinência envolve inequívoca restrição ao direito de propositura, que, tratando-se de processo de natureza objetiva, dificilmente poderia ser formulada até mesmo pelo legislador ordinário. A *relação de pertinência* assemelha-se muito ao estabelecimento de uma condição de ação – análoga, talvez, ao interesse de agir do processo civil –, que não decorre dos expressos termos da Constituição e parece ser estranha à natureza de fiscalização abstrata de normas”³⁷³.

Com efeito, causa certa estranheza esse entendimento do STF, na medida em que este tipo de ação de constitucionalidade coloca em primeiro plano a proteção objetiva da constituição, e não a proteção de direito subjetivo do proponente. Para essa finalidade, está aí a jurisdição ordinária. Em verdade, os legitimados, ainda que possam possuir um interesse na declaração de

³⁷⁰ MENDES, Gilmar. Curso... p. 1111.

³⁷¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de segurança... p. 384.

³⁷² MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de segurança... p. 394.

³⁷³ MENDES, Gilmar. Curso... p. 1116.

inconstitucionalidade, ou de constitucionalidade do ato, atuam, num primeiro plano, como advogados da constituição³⁷⁴. Esse interesse, todavia, nos casos do Presidente da República e dos Governadores, é de grau mais intenso. Isso porque, no estado federal, a questão da repartição de competências é um ponto central. Dessa forma, não raramente um ente federal avançará sobre a competência do outro, restringindo, com isso, a atuação do chefe do Poder Executivo Federal ou Estadual, e fomentando, assim, o seu interesse na nulificação do ato normativo impugnado³⁷⁵.

Quanto aos demais legitimados, a jurisprudência do STF adota entendimento no sentido de que são legitimados universais para a propositura das ações, não estando obrigados a demonstrar “relação de pertinência”.

2.7.4. Insuficiências

Em razão da natureza objetiva da ADI e da ADC, fica claro, desde logo, que não são expedientes adequados para a proteção subjetiva de direito fundamental. Isso é esclarecido com apoio nos pares conceituais de Maurer³⁷⁶. Ambas as ações possuem feição abstrata, e com isso se quer dizer que o motivo do controle é a mera verificação de compatibilidade do ato normativo impugnado com a constituição, sem que haja qualquer conflito jurídico concreto a motivá-lo. Como violações de direitos fundamentais ocorrem, frequentemente, por meio de atos executórios dirigidos contra os indivíduos apoiados em atos normativos infraconstitucionais, o próprio objeto desses expedientes não se mostra capaz de fomentar uma proteção subjetiva adequada de direitos fundamentais³⁷⁷. Por outro lado, ainda que se estivesse a tratar

³⁷⁴ Kelsen, ao pensar a jurisdição constitucional e seu procedimento, já cogitava a instituição de um advogado [defensor] da constituição (KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional...* p. 175).

³⁷⁵ A relação entre a repartição de competências federativas e a jurisdição constitucional também já aparece em Kelsen: “Nos estados federativos, o direito de apresentar o pedido [ao tribunal constitucional] deve ser concedido aos governos dos estados federados contra os atos jurídico emanados da União, e ao governo federal contra os atos dos estados federados. De fato, em tais Estados, o controle de constitucionalidade tem por principal objeto a aplicação das disposições de fundo características das Constituições federais, que delimitam a competência respectiva da União e dos estados federados” (KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional...* p. 175).

³⁷⁶ Ver supra nota de rodapé 332.

³⁷⁷ Maurer utiliza o exemplo da notificação de imposto para explicar o par conceitual de controle normativo principal/incidental (supra nota de rodapé 332), mas o exemplo vale também para a situação narrada: o indivíduo, no Brasil, não possui legitimidade para, tão logo entre em vigor uma lei sobre um imposto, questionar a sua constitucionalidade em abstrato. Ele deve, por isso, aguardar a notificação de imposto para então poder questionar a juridicidade da notificação sob o argumento de que a lei em que se apoia esta notificação de imposto seria inconstitucional. Esse questionamento, porém, deverá ser dirigido ao tribunal ordinário competente.

de um ato normativo com efeitos concretos, o que dispensaria um ato executório posterior, a existência taxativa de um rol de legitimados restringe o acesso ao STF³⁷⁸. Por evidente, essa restrição não é algo que limite injustificadamente o acesso ao tribunal, mas sim algo que está aí para reforçar a feição objetiva dos expedientes.

Essas limitações da ADI e da ADC deixam em evidência que a proteção objetiva da constituição, ainda que indispensável, não é suficiente para fomentar uma proteção total da constituição. Tal proteção só existe com uma combinação adequada entre meios de proteção objetiva e meios de proteção subjetiva dos direitos fundamentais estabelecidos numa constituição. Um procedimento adequado para proteção subjetiva de direitos fundamentais não há, todavia, no Brasil – como vem tentando demonstrar-se neste trabalho.

2.8. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão

2.8.1. Objeto

A ADO se insere no quadro de procedimentos destinados à proteção objetiva da constituição³⁷⁹. Sua regulamentação constitucional não é de todo modo precisa³⁸⁰. Não consta expressamente no rol das competências do STF (art. 102, da CRFB) a de julgar ações diretas de inconstitucionalidade por omissão. A existência da ADO na sistemática constitucional aparece por meio do § 2º, do art. 103, da CRFB, que dispõe:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (...)
§ 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

Nesse sentido, tem-se, então, que o objeto da ADO é a omissão de um Poder ou de um órgão administrativo em, no âmbito de sua competência, tornar efetiva uma norma constitucional. Segundo a lição de Mendes, as omissões objeto da ADO,

³⁷⁸ Na sistemática alemã, todavia, o problema é resolvido se da lei com efeitos concretos resultar um especial prejuízo grave a um direito fundamental do indivíduo, circunstância que abre caminho direto ao tribunal constitucional federal por meio do recurso constitucional (supra 2.1.1., em especial a p. 51).

³⁷⁹ MENDES, Gilmar. Curso... p. 1155-1156.

³⁸⁰ MENDES, Gilmar. Curso... p. 1156.

na sistemática constitucional, podem ser 1) omissões legislativas – totais ou parciais – e 2) omissões de índole administrativa – no exercício de poder regulamentar ou de medidas e atos administrativos³⁸¹. A expressão “*índole administrativa*” é utilizada em correspondência à terminologia da lei 9.868/99, que, com a alteração promovida pela lei 12.063/09, regulamenta a ADO³⁸².

Uma omissão legislativa total verifica-se quando o Poder encarregado de legislar determinada matéria deixa de fazê-lo e, com isso, não efetiva norma constitucional³⁸³. Ou seja, na omissão legislativa total, o Poder competente para edição da legislação “*efetivadora*” da norma constitucional fica inerte. É de se referir, nessa conexão, que nem sempre a omissão legislativa advém de omissão do Poder Legislativo. Isso porque existem, segundo a constituição, leis cuja iniciativa incumbe a outros órgãos; ao Presidente da República³⁸⁴, ou ao STF³⁸⁵, por exemplo.

Mais complexa é, por outro lado, uma situação de omissão legislativa parcial. É que nisso está envolvida a verificação de se uma legislação existente é compatível com o que a constituição impôs ao órgão legiferante. Ou seja, no caso de uma omissão legislativa parcial, há uma legislação vigendo que, todavia, somente efetiva a norma constitucional de maneira deficiente³⁸⁶. É por isso que Mendes afirma haver, nesses casos de omissão parcial, uma fungibilidade entre a ADO e a ADI, haja vista que, em ambos os casos, o que se busca é a declaração de inconstitucionalidade de um ato normativo em razão de sua incompletude³⁸⁷. Parece, assim, que a omissão legislativa parcial está também em estrita conexão com a proibição da proteção insuficiente e com o princípio da igualdade. No caso da proteção insuficiente, a omissão parcial estaria caracterizada pela falta de proteção adequada de determinado direito pela legislação. No caso do princípio da igualdade,

³⁸¹ MENDES, Gilmar. Curso... p. 1157-1167. José Afonso da Silva adota entendimento semelhante: “Verifica-se [a inconstitucionalidade por omissão] nos casos em que não sejam praticados atos legislativos ou administrativos requeridos para tornar plenamente aplicáveis normas constitucionais” (SILVA, José Afonso da. Curso... p. 49).

³⁸² A ADIO está regulamentada por meio dos art. 12-A à 12-H, da lei 9.868/99. O objeto da ADIO está assim previsto: Art. 12-B. A petição indicará: I - a omissão inconstitucional total ou parcial quanto ao cumprimento de dever constitucional de legislar ou quanto à adoção de providência de índole administrativa.

³⁸³ É o caso da falta de uma lei específica que regulamente o direito de greve dos servidores públicos civis (art. 37, VII, da CRFB).

³⁸⁴ CRFB. Art. 61. §1º.

³⁸⁵ CRFB. Art. 93, por exemplo.

³⁸⁶ “O atendimento insatisfatório ou incompleto da exigência constitucional de legislar configura, sem dúvida, afronta à Constituição. A afirmação de que o legislador não cumpriu, integralmente, dever constitucional de legislar contém, implícita, uma censura da própria normação positiva” (MENDES, Gilmar... Curso... p. 1161).

³⁸⁷ MENDES, Gilmar. Curso... p. 1162.

a omissão parcial estaria caracterizada pela exclusão injustificada de determinado grupo de indivíduos do âmbito de incidência da legislação³⁸⁸.

Quanto à omissão de atos de índole administrativa, embora apenas muito raramente afetem a efetividade de uma norma constitucional³⁸⁹, também podem ser objeto de ADO, especialmente nos casos de exercício de poder regulamentar e nos casos de omissão de ato administrativo de natureza não normativa³⁹⁰.

Ademais, podem ser objetos de ADO tanto atos normativos federais quanto estaduais³⁹¹. Apesar da falta de clareza constitucional, a ADO é uma ação direta de inconstitucionalidade, pelo que a ela se aplica a mesma sistemática da ADI. Nesse sentido, inclusive, a lei 9.868/99, ao dispor que se aplica a ADO, no que couber, o procedimento da ADI³⁹².

2.8.2. Admissibilidade, procedimento e decisão

O procedimento de ADO foi regulado por meio da lei 12.063/09, modificadora da lei 9.868/99. Até a sua entrada em vigor, o procedimento da ADO era disciplinado pela jurisprudência do STF³⁹³.

Em razão da já mencionada disposição legal que remete a regulamentação do procedimento da ADO ao da ADI, os procedimentos são muito semelhantes. A principal diferença é aquela associada ao objeto da ADO: a petição inicial deverá indicar a omissão inconstitucional atribuída ao órgão legiferante ou administrativo³⁹⁴. Outra diferença é que, na ADO, a manifestação do Advogado-Geral da União é autorizada, mas não obrigatória. Além das duas diferenças já mencionadas, o procedimento da ADO admite a manifestação dos outros legitimados para

³⁸⁸ Para as relações entre o princípio da proporcionalidade e a proibição da proteção insuficiente e o princípio da igualdade, ver: MICHAEL, Lothar. As três estruturas de argumentação do princípio da proporcionalidade – para a dogmática da proibição de excesso e de insuficiência e dos princípios da igualdade. In: Direito natural, direito positivo, direito discursivo. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010. p. 189-206.

³⁸⁹ MENDES, Gilmar. Curso... p. 1165.

³⁹⁰ Mendes afirma que a ADIO contra omissão de ato administrativo ganha especial relevância para os casos de direito à organização e procedimento (MENDES, Gilmar. Curso... p. 1166).

³⁹¹ MENDES, Gilmar. Curso... p. 1158.

³⁹² Lei 9.868/99. Art. 12-E. Aplicam-se ao procedimento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, no que couber, as disposições constantes da Seção I do Capítulo II desta Lei.

³⁹³ MENDES, Gilmar. Curso... p. 1167.

³⁹⁴ Lei 9.868/99. Art. 12-B. A petição indicará: I - a omissão inconstitucional total ou parcial quanto ao cumprimento de dever constitucional de legislar ou quanto à adoção de providência de índole administrativa;

propositura das ações diretas ao STF, possibilidade não prevista na regulamentação do procedimento da ADI³⁹⁵.

Nos demais âmbitos, o procedimento é bastante semelhante: a petição inepta poderá ser indeferida pelo relator, cabendo agravo contra a decisão; admite-se medida cautelar; não é admitida a desistência; é permitida a participação de *amicus curiae*; o relator poderá solicitar esclarecimentos adicionais, designar peritos e agendar audiência pública.

Com relação à decisão em ADO, quanto ao seu efeito vinculante e sua eficácia subjetiva, é válida a mesma sistemática da ADI e da ADC³⁹⁶. Peculiar à ADO, é o efeito que a decisão tem sobre o órgão omissor³⁹⁷.

Se a omissão é de órgão administrativo, a própria constituição fixa o prazo de trinta dias para a tomada de providência. Se a omissão é de um dos Poderes da República, a constituição não fixa nenhum prazo para que se adotem medidas capazes de solucionar a omissão inconstitucional.

Complexa é a decisão que constata omissão legislativa parcial. Com ela, se coloca a questão da nulidade do ato normativo inconstitucional por ser parcialmente omissor (aqui, sem dúvida, por razão de uma proteção insuficiente ou por razão de tratamento injustificadamente desigual). Muitas vezes, a retirada do ato normativo pode agravar a situação de inconstitucionalidade. Por isso, também nesses casos, pode ser feito uso da técnica da decisão de reconhecimento de inconstitucionalidade sem declaração de nulidade³⁹⁸.

Por fim, cabe ainda referir que, na sessão do STF em que se aprecia uma ADO, devem estar presentes no mínimo oito Ministros, sendo necessária a manifestação de pelo menos seis deles num ou noutro sentido para proclamação do resultado, da mesma forma que na ADI e da ADC.

³⁹⁵ Lei. 9.868/99. Art. 12-E. (...) § 1º Os demais titulares referidos no art. 2º desta Lei poderão manifestar-se, por escrito, sobre o objeto da ação e pedir a juntada de documentos reputados úteis para o exame da matéria, no prazo das informações, bem como apresentar memoriais.

³⁹⁶ Ver supra p. 2.7.3.

³⁹⁷ Isso porque, em decisão em Mandado de Injunção (MI 107. Rel. Min. Moreira Alves. DJ 28/11/1989), o STF decidiu que não incumbe ao Poder Judiciário substituir o órgão omissor. Nessa mesma decisão, foi concedido ao Congresso Nacional o prazo de 18 meses para que sanasse o estado de omissão. Frise-se que, caso o legislador não reaja às chamadas “decisão de apelo” [ao legislador] (sobre isso, ver: MAURER, Hartmut. Jurisdição... p. 255-256), não há previsão constitucional expressa, no Brasil, prevendo qualquer alternativa para que a omissão seja sanada.

³⁹⁸ Ver nota de rodapé 362.

2.8.3. Legitimidade para propositura

Podem propor ADO os mesmos legitimados para propositura da ADI e da ADC, valendo, para cada um dos legitimados, a mesma sistemática imposta no âmbito da capacidade postulatória e da exigência da chamada “relação de pertinência”³⁹⁹.

Ainda que a constituição não tenha explicitado isso, haja vista a ausência de menção à ADO no *caput* do art. 103⁴⁰⁰, a disposição que consagra a possibilidade de uma omissão inconstitucional está no § 2º do referido artigo, pelo que não causa nenhuma dificuldade hermenêutica chegar à conclusão de que os legitimados para a ADO são os mesmos do rol da ADI e da ADC.

De qualquer sorte, a lei 12.063/09, que modificou a lei 9.868/99, pôs termo a qualquer margem de dúvida ao dispor, explicitamente, que os legitimados para a ADO são idênticos aos para a ADI e a ADC⁴⁰¹.

2.8.4. Insuficiências

Resulta da própria natureza objetiva da ADO a sua limitação para a proteção subjetiva de direitos fundamentais, pelas mesmas razões apontadas quando se analisaram as limitações da ADI e da ADC.

2.9. Ação de descumprimento de preceito fundamental

2.9.1. Objeto

A existência da ADPF no ordenamento jurídico brasileiro decorre de previsão constitucional, que assim dispõe:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...) §1.º A arguição de descumprimento de

³⁹⁹ Ver supra 2.7.3.

⁴⁰⁰ CRFB. Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (...).

⁴⁰¹ Lei 9.868/99. Art. 12-A. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade por omissão os legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade.

preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

Em razão da expressão “na forma da lei”, até a entrada em vigor da lei 9.882/99, que regulamentou a ADPF, o entendimento do STF foi no sentido de que não era possível o manejo do expediente⁴⁰². Com a edição da referida lei, por conseguinte, o expediente processual passou efetivamente a integrar o plexo de procedimentos para proteção da constituição. Disso não resultou, contudo, um consenso sobre o objeto e o alcance da ADPF. Duas controvérsias, em especial, devem ser mencionadas: 1) o veto ao manejo do expediente por qualquer pessoa e 2) a discussão acerca da constitucionalidade do inciso I, do parágrafo único, do art. 1º da lei 9.882/99.

Com efeito, a lei 9.882/99 prevê o manejo da ADPF para duas situações bem distintas: 1) evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público, e; 2) quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à constituição⁴⁰³. Por esse motivo, parte da doutrina houve por bem classificar dois tipos de ADPF: a “arguição autônoma”, prevista no caput do art. 1º, e a “arguição incidental”, prevista no inciso I, do parágrafo único, do art. 1º, dispositivos da referida lei⁴⁰⁴.

Os dispositivos da lei 9.882/99 que criaram a sistemática da denominada “arguição incidental” foram logo questionados por meio de ADI⁴⁰⁵, movida pela OAB⁴⁰⁶, sob o argumento de que o disposto no inciso I, do parágrafo único, do art.

⁴⁰² BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. Direitos fundamentais, questões ordinárias e jurisdição constitucional: Limites e possibilidades da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Revista de direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, v. 62, 2007. p. 248.

⁴⁰³ Lei 9.822/99. Art. 1º A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental:

I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição;

⁴⁰⁴ BARROSO, Luís Roberto. Direitos fundamentais... p. 250; SILVEIRA, José Neri da. Aspectos da definição e objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Revista brasileira de direito constitucional, nº 1, jan./jun. – 2003. p. 186

⁴⁰⁵ ADI 2.231, Rel. Min. José Néri da Silveira. Julgamento pendente. Em decisão liminar de 12/2001, o relator deu interpretação conforme ao inciso I, §1º, da lei 9.822/99, para excluir da sua compreensão a controvérsia constitucional relevante relativa a processo judicial, já em curso, e suspender a eficácia do §3º, do art. 5º, da referida lei (MENDES, Gilmar. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 30).

⁴⁰⁶ MENDES, Gilmar. Arguição... p. 30.

1º, da lei 9.882/99, inovou ao alargar o âmbito do objeto da ADPF para além da fórmula “preceitos fundamentais”, inserindo a possibilidade de manejo do expediente para dirimir controvérsia constitucional, se relevante o fundamento, sobre ato normativo federal, estadual, municipal, inclusive anteriores à constituição (“pré-constitucionais”)⁴⁰⁷. Como a controvérsia constitucional exigida aqui é aquela mesma exigida pela ADC, ou seja, controvérsia judicial, e não apenas doutrinária, de fato, a ADPF fundada no inciso I, do parágrafo único, do art. 1º, da lei 9.882/99, assumiria natureza de incidente de inconstitucionalidade se utilizada como sucedâneo de um litígio concreto. A possibilidade de concessão de liminar para suspensão de outros processos relacionados com a matéria objeto da ADPF realçaria essa feição incidental da ADPF⁴⁰⁸.

Em razão desses argumentos, foi dada, como já mencionado⁴⁰⁹, interpretação conforme pelo STF ao dispositivo que fundamenta a chamada “arguição incidental” para excluir da sua compreensão a controvérsia relevante relativa a processo judicial em curso, pelo que, excetuada essa hipótese, o manejo do expediente sob aquela perspectiva vem sendo admitido.

Igualmente controverso é o veto ao dispositivo da lei que conferia legitimidade a qualquer pessoa para manejo da ADPF. Originalmente, em consonância com o projeto de lei que a originou, a lei 9.882/99⁴¹⁰, em seu inciso II, do art. 2º, dispunha que qualquer pessoa seria legitimada para manejar o procedimento. Todavia, sob o argumento de que a legitimidade ampla, ao facilitar o acesso ao STF, poderia comprometer o funcionamento do tribunal, o dispositivo restou vetado⁴¹¹. Isso, sem

⁴⁰⁷ SILVEIRA, José Neri da. Aspectos... p. 186 e ss.

⁴⁰⁸ Art. 5º O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na arguição de descumprimento de preceito fundamental.

§ 3º A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada.

⁴⁰⁹ Ver nota de rodapé 402.

⁴¹⁰ Sobre a origem da lei 9.822/99, ver: MENDES, Gilmar. Arguição... p. 19-29.

⁴¹¹ Mv 1.807/99. “Razões do veto. A disposição insere um mecanismo de acesso direto, irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal sob a alegação de descumprimento de preceito fundamental por “qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público”. A admissão de um acesso individual e irrestrito é incompatível com o controle concentrado de legitimidade dos atos estatais – modalidade em que se insere o instituto regulado pelo projeto de lei sob exame. A inexistência de qualquer requisito específico a ser ostentado pelo proponente da arguição e a generalidade do objeto da impugnação fazem presumir a elevação excessiva do número de feitos a reclamar apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, sem a correlata exigência de relevância social e consistência jurídica das arguições propostas. Dúvida não há de que a viabilidade funcional do Supremo Tribunal Federal consubstancia um objetivo ou princípio implícito da ordem constitucional, para cuja máxima eficácia devem zelar os demais poderes e as normas infraconstitucionais. De resto, o amplo rol de entes

dúvida, mitigou muito o significado que a ADPF poderia ter assumido em nosso sistema constitucional. Não fosse o veto, pelo menos em princípio, a ADPF poderia ter se tornado um instrumento de proteção subjetiva de direito fundamental semelhante, no essencial, ao recurso constitucional alemão. Contudo, como resultado do veto, a combinação entre seu objeto e seus legitimados acabou conferindo à ADPF feição eminentemente objetiva, colocando-se ao lado da ADI, ADC e ADO. Feitas essas considerações, parte-se para a análise detida do objeto ADPF⁴¹².

A ADPF prevista no caput do art. 1º, da lei 9.882/99 tem por objeto *evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público*. Pois bem, a precisão de seu objeto depende do que se entende por “ato do Poder Público” e “preceito fundamental”. Por “ato do Poder Público”, a doutrina é bastante concordante no sentido de que a expressão abarca uma pluralidade de atos – normativos, administrativos, judiciais –, emanados de qualquer órgão que componha

legitimados para a promoção do controle abstrato de normas inscrito no art. 103 da Constituição Federal assegura a veiculação e a seleção qualificada das questões constitucionais de maior relevância e consistência, atuando como verdadeiros agentes de representação social e de assistência à cidadania. Cabe igualmente ao Procurador-Geral da República, em sua função precípua de Advogado da Constituição, a formalização das questões constitucionais carentes de decisão e socialmente relevantes. Afigura-se correto supor, portanto, que a existência de uma pluralidade de entes social e juridicamente legitimados para a promoção de controle de constitucionalidade – sem prejuízo do acesso individual ao controle difuso – torna desnecessário e pouco eficiente admitir-se o excesso de feitos a processar e julgar certamente decorrentes de um acesso irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal. Na medida em que se multiplicam os feitos a examinar sem que se assegure sua relevância e transcendência social, o comprometimento adicional da capacidade funcional do Supremo Tribunal Federal constitui inequívoca ofensa ao interesse público. Impõe-se, portanto, seja vetada a disposição em comento”. Sobre a justificativa para o veto se pode dizer que se justificaria somente se à decisão em ADPF não pudesse ser atribuído efeito vinculativo. Isso, entretanto, não somente é possível, como conveniente (Ver. HECK, Luís Afonso. *Jurisdição constitucional...* p. 46).

⁴¹² Não será adotada aqui a distinção doutrinária entre “arguição autônoma” e “arguição incidental”. A razão é muito simples: diante da natureza subsidiária da ADPF (§1º, do art. 4º, da lei 9.882/99), que não admite exceção, toda e qualquer ADPF manejada com fundamento no caput do art. 1º, da lei 9.882/99, terá por objeto uma decisão judicial proferida em competência ordinária, seja porque ela mesma ofende preceito fundamental, seja porque manteve hígido ato do Poder Público impugnado ante o juízo natural. Daí porque não parece tratar-se neste caso de uma ação “autônoma” em oposição a uma ação “incidental”. Muito pelo contrário, parece que neste caso sim se está diante de uma ação com certa natureza “incidental”, que possibilita a remessa do processo ao STF. Curioso que, por outro lado, a ADPF manejada com fundamento no inciso I, do parágrafo único, do art. 1º, da lei 9.822/99, seja chamada de “incidental” apesar de ser utilizada como ação direta ao STF, e, portanto, com certa natureza “autônoma”. É que nesse caso, a subsidiariedade mencionada na referida lei, é compreendida como subsidiariedade de ações, ou seja, é cabível ADPF em situações nas quais não seja admitida, por algum motivo, normalmente associado ao ato impugnado, ADI, ADC ou ADO. As confusões, sem dúvida, decorrem claramente do desvirtuamento da ADPF na sistemática constitucional. Procurou-se por meio do procedimento resolver o problema da vedação do manejo da ADI contra direito municipal e direito pré-constitucional, alijando-a de sua clara vocação para proteção subjetiva, que restou completamente prejudicada pelo veto à legitimação universal para manejo do procedimento.

o Poder Público nas esferas federal, estadual, distrital ou municipal⁴¹³. Por “preceito fundamental”, diante do silêncio da constituição em precisar o sentido da expressão, parece ter ficado à doutrina e ao STF a tarefa de esclarecê-lo. Assim, ainda que não de maneira exaustiva, há certa concordância no sentido de que a expressão “preceito fundamental” abarca os direitos e garantias fundamentais (art. 5º ao 17º e as disposições de direito fundamental periféricas), as disposições protegidas por cláusula pétrea (art. 60, § 4º) e os chamados “princípios sensíveis”, cuja violação pode resultar em intervenção federal nos Estados (art. 34, VII)⁴¹⁴.

A ADPF prevista no inciso I, do parágrafo único, do art. 1º, da lei 9.882/99, por sua vez, tem por objeto *controvérsia constitucional, quando for relevante seu fundamento, sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à constituição*. Dessa forma, ainda que haja posicionamento em sentido contrário⁴¹⁵, a ADPF, movida com base no dispositivo em questão, não guarda nenhuma relação de natureza lógica com a ADPF prevista no caput do art. 1º, da mesma lei. Se considerada isoladamente a disposição legal, o manejo desse tipo de ADPF independeria de violação a “preceito fundamental”, tampouco de “ato do Poder Público”; bastaria uma controvérsia constitucional, de relevante fundamento, sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à constituição. É certo, todavia, que a fórmula “controvérsia constitucional, quando for relevante seu fundamento” restringe as controvérsias constitucionais que podem ser objeto deste tipo de ADPF àquelas de relevante fundamento, o que pode ser

⁴¹³ Nesse sentido, BARROSO, Luís Roberto. Direitos fundamentais... p. 260-262; SILVEIRA, José Néri da. Aspectos... p. 185; MENDES, Gilmar. Arguição... p. 113-148.

⁴¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. Direitos fundamentais... p. 252; SILVEIRA, José Néri da. Aspectos... p. 183-184; MENDES, Gilmar. Arguição... p. 148-155. Uma certa instabilidade doutrinária quanto ao conteúdo da expressão “preceitos fundamentais” pode ser encontrada em ROTHENBURG, Walter Claudius; TAVARES, André Ramos (org.). Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001. Por exemplo, MORAES afirma que “os preceitos fundamentais englobam os direitos e garantias fundamentais da Constituição, bem como os fundamentos e objetivos da República” (p. 17). Por sua vez, TAVARES entende que são “preceitos fundamentais aqueles que conformam a essência de um conjunto normativo-constitucional, conferindo-lhe identidade, exteriorizando o sustentáculo da própria Constituição” (p. 53). Não fica claro, porém, quais seriam esses preceitos no âmbito da constituição vigente. Nesse mesmo sentido, sem deixar exatamente claro quais seriam esses preceitos na sistemática constitucional brasileira, BASTOS (p. 78) e SARMENTO (p. 91). Por fim, ROTHENBURG, depois de considerar positiva a abertura constitucional da expressão “preceitos fundamentais”, afirma que as cláusulas pétreas, os princípios sensíveis, os fundamentos do art. 1º, os objetivos do art. 3º e princípios retores das relações internacionais (art. 4º) “seriam preceitos fundamentais acima de qualquer suspeita” (p. 213).

⁴¹⁵ Barroso, por exemplo, entende que a controvérsia constitucional é pressuposto adicional de cabimento da ADPF, em adição aos pressupostos da violação de “preceito fundamental” e do “ato do Poder Público” (BARROSO, Luís Roberto. Direitos fundamentais... p. 262).

entendido como uma aproximação à fórmula “preceito fundamental”, ainda que inexata, conferindo certa discricionariedade ao STF para a admissão das ADPF.

De todo modo, o decisivo é que, nesse caso, a ADPF é verdadeira ação objetiva, abstrata, com competência concentrada no STF, colocada ao lado da ADI, ADC e ADO⁴¹⁶.

Evidente, pois, que a regulamentação infraconstitucional dada à ADPF, especialmente em razão do veto ao dispositivo que conferia legitimidade ampla para o seu manejo, configurou-a como procedimento destinado fundamentalmente à proteção objetiva da constituição, alijando-a daquilo que parecia ser sua finalidade constitucional: a proteção subjetiva de direitos fundamentais ante os atos do Poder Público.

2.9.2. Admissibilidade, procedimento e decisão

O procedimento da ADPF está regulado pela lei 9.882/99, cuja sistematização segue a mesma lógica da lei 9.868/99, que regula a ADI, a ADC e a ADO. Em seu art. 3º, essa lei indica o que a petição inicial deve conter: *I)* a indicação do preceito fundamental que se considera violado; *II)* a indicação do ato questionado; *III)* a prova da violação do preceito fundamental; *IV)* o pedido, com suas especificações; *V)* se for o caso, a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado.

Salta aos olhos, desde logo, o requisito de número “III”: a prova da violação do preceito fundamental. Considerando que, em razão da restrição dos legitimados para a propositura da ADPF prevista do caput do art. 1º, da lei 9.882/99, o manejo do procedimento ficou fundamentalmente adstrito à hipótese do inciso I, do parágrafo único, do art. 1º, da mesma lei, e que, nesse caso, está-se a falar de controle abstrato de ato normativo, ou seja, de ação em cuja base não há uma

⁴¹⁶ O entendimento de Mendes é no sentido de aproximar a fórmula “relevante fundamento” à expressão “preceito fundamental”: “A questão ganhou, porém, novos contornos com a aprovação da Lei n. 9.882/99, que disciplina a arguição de descumprimento de preceito fundamental e estabelece, expressamente, a possibilidade de exame da compatibilidade do direito pré-constitucional com norma da Constituição Federal. Assim, toda vez que se configurar controvérsia relevante sobre a legitimidade do direito federal, estadual, municipal, anteriores à Constituição em face de preceito fundamental da Constituição, poderá qualquer dos legitimados para a proposição de ação direta de inconstitucionalidade propor ação de descumprimento. Também essa solução vem colmatar uma lacuna importante no sistema constitucional brasileiro, permitindo que controvérsias relevantes afetas ao direito pré-constitucional sejam solvidas pelo STF com eficácia geral e efeito vinculante no âmbito de um processo objetivo” (MENDES, Gilmar. Arguição... p. 124).

disputa concreta, como provar a violação do preceito fundamental se não há preceito fundamental concretamente violado? Sob esse aspecto, seria impossível a demonstração da prova, o que conduziria, por conseguinte, à inépcia da inicial. Parece que, nesses casos, todavia, tal requisito acaba sendo absorvido pelo requisito “V”: a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental⁴¹⁷, deslocando, assim, a questão da prova da violação do preceito para a prova da controvérsia.

Outra questão relevante quanto à admissibilidade gira entorno do § 1º, do art. 4º, da lei em comento⁴¹⁸, que estatui o princípio da subsidiariedade da ADPF. Essa subsidiariedade, porém, em razão, mais uma vez, do significado que a ADPF acabou recebendo por meio da lei que a regulou, precisa ser compreendida dentro da sistemática do controle de feição objetiva de atos normativos; é dizer, não como a necessidade de esgotamento das vias jurídicas necessária ao manejo do recurso constitucional alemão, mas como uma subsidiariedade de ações, de procedimentos. Isso foi percebido por Mendes:

“De uma perspectiva estritamente subjetiva, a ação somente poderia ser proposta se já se tivesse verificado à exaustão de todos os meios eficazes de afastar a lesão no âmbito judicial. Uma leitura mais cuidadosa há de revelar, porém, que, na análise sobre a eficácia da proteção de preceito fundamental nesse processo, deve predominar um enfoque objetivo ou de proteção da ordem constitucional objetiva. Em outros termos, o princípio da subsidiariedade – inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesão – contido no art. 4º, §1º, da lei 9.882/99, há de ser compreendido no contexto da ordem constitucional global”⁴¹⁹.

E mais além, discorrendo sobre tratar-se de uma subsidiariedade de ações:

“Assim, tendo em vista o caráter acentuadamente objetivo da arguição de descumprimento, o juízo de subsidiariedade há de ter em vista, especialmente, os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional. Nesse caso, cabível a ação direta de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, ou, ainda, a ação direta por omissão, não será

⁴¹⁷ Aparentemente, Mendes, por exemplo, ignorou o problema. Limitou-se, justamente, a reconhecer que a maioria das ADPF serão propostas com fundamento na controvérsia sobre ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à constituição: “Nas ações propostas em razão de processos que tramitam nas diversas instâncias – estes deverão ser os mais relevantes – o requerente deverá demonstrar a existência de controvérsia judicial ou controvérsia jurídica relevante” (MENDES, Gilmar. Arguição... p. 173).

⁴¹⁸ Art. 4º A petição inicial será indeferida liminarmente, pelo relator, quando não for o caso de arguição de descumprimento de preceito fundamental, faltar algum dos requisitos prescritos nesta Lei ou for inepta. § 1º Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.

⁴¹⁹ MENDES, Gilmar. Arguição... p. 180.

admissível a arguição de descumprimento. Em sentido contrário, não sendo admitida a utilização de ações diretas e constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, isto é, não se verificando a existência de meio apto para solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, e geral e imediata, há de se entender possível a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental⁴²⁰.

Dessa forma, o manejo da ADPF, entre nós, deve respeitar esse requisito *sui generis* de subsidiariedade entre ações, sendo necessária a verificação de se o ato normativo impugnado pela ADPF pode ser antes impugnado por meio da ADI, da ADC ou da ADO.

Ademais, cumpre mencionar que 1) a controvérsia judicial relevante mencionada nos requisitos da petição inicial segue a mesma lógica da ADC⁴²¹, ou seja, deve-se tratar de uma controvérsia instaurada por meio de processos judiciais, e não somente em meio doutrinário⁴²²; 2) a inicial poderá ser indeferida liminarmente, cabendo agravo contra a decisão no prazo de cinco dias⁴²³; 3) o STF, em decisão por maioria absoluta, poderá deferir medida liminar – em caso de urgência o relator poderá deferir a liminar, a ser referendada pelo tribunal pleno⁴²⁴; 4) o relator solicitará informações da autoridade responsável pelo ato⁴²⁵; 5) é obrigatória a vista dos autos ao Procurador-Geral da República⁴²⁶; 6) não há proibição expressa de desistência; 7) assim como na ADI e na ADC, a *causa petendi* é aberta⁴²⁷; 8) da mesma forma, é facultado ao relator solicitar esclarecimentos, designar peritos e designar audiência pública para ouvir pessoas com autoridade na matéria (*amicus curiae*)⁴²⁸.

⁴²⁰ MENDES, Gilmar. Arguição... p. 183.

⁴²¹ Ver supra 2.7.2.

⁴²² MENDES, Gilmar. Arguição... p. 173.

⁴²³ Lei 9.882/99. Art. 4º A petição inicial será indeferida liminarmente, pelo relator, quando não for o caso de arguição de descumprimento de preceito fundamental, faltar algum dos requisitos prescritos nesta Lei ou for inepta. § 2º Da decisão de indeferimento da petição inicial caberá agravo, no prazo de cinco dias.

⁴²⁴ Lei 9.882/99. Art. 5º O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na arguição de descumprimento de preceito fundamental.

§ 1º Em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar, *ad referendum* do Tribunal Pleno.

⁴²⁵ Lei 9.882/99. Art. 6º Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias.

⁴²⁶ Lei 9.882/99. Art. 7º Decorrido o prazo das informações, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os ministros, e pedirá dia para julgamento.

Parágrafo único. O Ministério Público, nas arguições que não houver formulado, terá vista do processo, por cinco dias, após o decurso do prazo para informações.

⁴²⁷ MENDES, Gilmar. Arguição... p. 173.

⁴²⁸ Lei 9.882/99. Art. 6º Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias. § 1º Se entender

A decisão em ADPF, por fim, segue a mesma sistemática da ADI, ADC e ADO, ajustada às peculiaridades associadas ao seu objeto. Com isso se quer dizer que a decisão em ADPF possui eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, bem como poderá ter seus efeitos modulados⁴²⁹.

2.9.3. Legitimidade para propositura

Os legitimados para propositura da ADPF são os mesmos da ADI, conforme dispõe o inciso I, do art. 2º, da lei 9.882/99⁴³⁰. A capacidade postulatória de cada um deles e a chamada “relação de pertinência” exigida de alguns deles obedece à mesma sistemática da ADI e da ADC⁴³¹.

Como já referido, o veto à disposição da lei 9.882/99 que conferia legitimidade ampla para o manejo do expediente reduziu em muito o significado da ADPF. Com efeito, a configuração infraconstitucional dada à ADPF praticamente limitou sua utilização para o controle dos atos normativos municipais e dos atos normativos federais, estaduais ou municipais anteriores à constituição.

Assim, a ADPF, como procedimento para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público, teve seu alcance demasiadamente limitado pela restrição dos legitimados.

O estado de coisas, neste âmbito, não deixa de causar certa perplexidade. Tome-se a ADPF 101⁴³², manejada pelo Presidente da República contra “decisões

necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a argüição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria. § 2º Poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo.

⁴²⁹ Lei 9.882/99. Art. 10. Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental. § 1º O presidente do Tribunal determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente. § 2º Dentro do prazo de dez dias contado a partir do trânsito em julgado da decisão, sua parte dispositiva será publicada em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União. § 3º A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público. Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de argüição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

⁴³⁰ Art. 2º Podem propor argüição de descumprimento de preceito fundamental: I - os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade;

⁴³¹ Ver supra 2.7.3.

⁴³² ADPF 101. Rel. Min. Carmén Lúcia. Julgada em 11/03/2009. Informativo STF nº 358.

judiciais que autorizavam a importação de pneus usados”, como exemplo⁴³³. No polo passivo desta ADPF, estavam diversos tribunais e juízes federais⁴³⁴.

A despeito dessa situação inusitada de pluralidade de “réus”, que parece não encontrar apoio na lei 9.882/99, o exemplo demonstra que a ADPF para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público tornou-se evidente privilégio injustificado concedido a alguns privilegiados legitimados no curso de processo judicial. Em casos assim, a ADPF apresenta-se como um expediente cujo manejo está disponível somente a uma das partes litigantes – a legitimada pelo art. 103, da CRFB.

Não se pode ignorar que nessas situações há flagrante desigualdade processual entre as partes, na medida em que o procedimento está disponível para o manejo de somente uma delas. Isso, sem dúvida, viola a chamada “paridade de armas” entre as partes.

Peguemos o exemplo da ADPF 101 e façamos alguns ajustes para demonstrar o ponto. Suponha-se uma decisão judicial no curso de um processo em instância ordinária, cujo único meio eficaz para sanar a lesividade fosse o manejo de uma ADPF. Se o Presidente da República, uma das partes do processo, for a parte prejudicada pela decisão, a ADPF se apresenta como procedimento possível de manejo. Se a parte prejudicada pela decisão, for, contudo, a “importadora de pneus usados”, a ADPF não está a sua disposição.

A perplexidade só aumenta se se leva em consideração que a maioria dos legitimados para propositura da ADPF são órgãos do Poder Público. Ou seja, como bem demonstra a ADPF 101, o expediente foi convertido fundamentalmente em ação para órgão do Poder Público impugnar ato de órgão do Poder Público. Os indivíduos, que, ao fim e ao cabo, são os destinatários dos direitos fundamentais, estão à margem do procedimento.

Nesse sentido, a afirmação de Mendes de que “a ADPF destinada a impugnar diretamente uma decisão judicial poderá constituir um *sucedâneo objetivo* do recurso extraordinário, um autêntico recurso constitucional, equivalente à *Verfassungsbeschwerde* alemã ou ao *recurso de amparo espanhol*”⁴³⁵ simplesmente

⁴³³ MENDES, Gilmar. Arguição... p. 132-133.

⁴³⁴ Não parece que a lei 9.882/99 autorize o manejo de *uma* ADPF contra diversas decisões de diversos órgãos judiciais ao mesmo tempo. Cada ato do Poder Público deveria ter sido desafiado por uma ADPF, de forma incidental em cada processo.

⁴³⁵ MENDES, Gilmar. Arguição... p. 171.

carece de qualquer sentido, vez que a proteção subjetiva de direito fundamental pelo indivíduo está fora do âmbito da ADPF, e, por outro lado, é justamente o cerne da proteção oferecida pelo recurso constitucional alemão e pelo recurso de amparo espanhol.

Desse modo, portanto, parece não haver dúvida de que a regulamentação infraconstitucional conferida à ADPF fez dela um procedimento de feição objetiva, apto a completar o sistema de proteção objetiva da constituição, especialmente no que se refere ao controle de atos normativos municipais e do chamado “direito pré-constitucional”. A fórmula “violação de preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público” que, aparentemente, estaria, especialmente, em conexão com a proteção subjetiva de direitos fundamentais, cujos destinatários são os indivíduos, e não órgãos do Poder Público, foi tornada pela legislação infraconstitucional praticamente sem efeito.

2.9.4. Insuficiências

A regulamentação infraconstitucional da ADPF, por meio da lei 9.882/99, tornou-a um procedimento eminentemente destinado à proteção objetiva da constituição, especialmente no que diz respeito ao controle dos atos normativos municipais e “pré-constitucionais”, pelo que, assim como a ADI, ADC e ADO, não se presta à proteção subjetiva de direito fundamental.

Ainda quando manejada para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público, a ADPF destina-se, face aos legitimados para seu manejo, precipuamente à proteção de órgão do Poder Público contra ato de órgão do Poder Público, deixando os indivíduos à margem de seu âmbito de proteção.

2.10. Visão em conjunto dos procedimentos

Com a descrição e a análise individual de cada um dos procedimentos de acesso ao STF, procurou-se demonstrar a existência de um déficit qualitativo de procedimentos que permitam uma proteção subjetiva adequada de direitos fundamentais ante o tribunal.

Por meio do estudo do recurso constitucional alemão, pode-se aferir que é a combinação de dois predicados em especial que o torna a “*conclusão que coroa*” o sistema de proteção jurídico alemão: 1) o seu objeto e, portanto, aquilo que está sob seu âmbito de proteção – todos os direitos fundamentais –, e; 2) a legitimação ampla para a seu manejo, que permite a todos, sob a alegação de uma violação a direito fundamental pelo poder público, o acesso ao tribunal constitucional federal⁴³⁶.

Pois bem, nenhum dos procedimentos existentes no sistema jurídico-constitucional brasileiro reúne, ao mesmo tempo, essas duas qualidades. Essa é, sumariamente, a hipótese desta dissertação. Cumpre, porém, verificar se não ao menos conjuntamente os procedimentos previstos pela constituição vigente permitiriam uma proteção adequada de direitos fundamentais, o que possibilitaria afirmar que, a despeito da inexistência de um procedimento único para tal finalidade no quadro jurídico-constitucional brasileiro, as vias existentes de acesso ao STF seriam suficientes para isso.

Essa verificação pressupõe sejam retomadas algumas considerações acerca dos direitos fundamentais.

Para que haja um direito fundamental, faz-se necessária a existência de uma norma de direito fundamental. A identificação de o que seja uma norma de direito fundamental perpassa uma combinação entre o critério formal, segundo o qual são normas de direitos fundamentais o que o texto constitucional diretamente estabelece como direitos fundamentais, e o critério discursivo, segundo o qual são normas de direitos fundamentais, além daquelas normas segundo o critério formal, todas as normas que puderem ser corretamente associadas, por meio de argumentos jurídicos, às normas de direitos fundamentais diretamente estabelecidas pelo texto constitucional⁴³⁷.

Com base nisso, sabe-se, por exemplo, que as normas contidas nas disposições do art. 5º, da CRFB, são normas de direitos fundamentais⁴³⁸. Nelas estão contidas diversas normas de direitos fundamentais, muitas delas em “tensão” umas com as outras. Esse é o caso, por exemplo, das relações estabelecidas entre a norma que garante o direito à propriedade com a norma que estabelece que a propriedade deve atender a sua função social; das normas que garantem a liberdade

⁴³⁶ Ver supra 2.1.1.

⁴³⁷ Ver supra 1.3.2.

⁴³⁸ Ver supra 1.3.3.

de manifestação e a reparação do dano; das normas que garantem a liberdade de comunicação e a inviolabilidade da intimidade e da vida pessoal.

Muitos outros exemplos poderiam ser levantados para demonstrar que normas de direitos fundamentais, em razão dessa “tensão” existente, estabelecem somente deveres *prima facie*, porque estão sujeitas a restrições mútuas decorrentes de colisões, procedendo umas ante as outras, a cada caso, mediante uma ponderação segundo inferências de peso, o que acaba conferindo-lhes uma natureza de princípio. Em linhas gerais, essa é a teoria de Alexy sobre os direitos fundamentais, com a qual esse trabalho se filia⁴³⁹.

Além do estabelecimento da natureza de princípio dos direitos fundamentais, para a verificação da adequação de procedimentos que possibilitem a sua proteção, faz-se necessário retomar a ideia de que a cada dever estatal, ainda que *prima facie*, corresponde um direito fundamental subjetivo de cada indivíduo frente ao estado. E, a depender do objeto desse dever estatal, podem ser diferenciados dois tipos de direitos, quais sejam, 1) direitos a uma ação estatal negativa, os chamados “direitos de defesa”, e 2) direitos a uma ação estatal positiva, dentre os quais se destacam os chamados “direitos sociais”. Por conseguinte, os direitos a uma ação estatal negativa se deixam subdividir em três categorias: direitos ao não-embaraço de ações; direitos à não afetação de situações e características, e; direitos à não-eliminação de posições jurídicas. A ideia fundamental por trás dos “direitos de defesa” é a exigência de que o estado se abstenha de fazer algo. Direitos a uma ação estatal positiva, por sua vez, se deixam subdividir em duas categorias: direitos a ações positivas fáticas, e; direitos a ações positivas normativas. A ideia fundamental por trás dos direitos a uma ação estatal positiva é a exigência de que o estado faça alguma coisa⁴⁴⁰.

Desse modo, para afirmar-se a completude do sistema jurídico de proteção a direitos fundamentais ante o STF na sistemática constitucional brasileira, é preciso antes checar se os procedimentos existentes são aptos a permitir que todos aqueles tipos de direitos fundamentais sejam protegidos adequadamente. Um procedimento permite uma proteção adequada de direito fundamental por meio de uma combinação entre seu objeto ou âmbito de proteção e a legitimidade para seu manejo. Calcado nessa ideia, passa-se a verificar se a soma dos procedimentos

⁴³⁹ Ver supra 1.4.

⁴⁴⁰ Ver supra 1.5.

existentes na sistemática jurídico-constitucional brasileira possibilita uma proteção total adequada de direitos fundamentais.

Em razão dos seus objetos, podem ser, desde logo, excluídas do sistema de proteção subjetiva de direito fundamental a ADI, a ADC e a ADO⁴⁴¹. Isso porque, ainda que decisões proferidas nessas ações possam repercutir, a depender da matéria, sobre direitos fundamentais, são ações de feição objetiva, cuja finalidade é, portanto, a proteção da constituição em face de atos normativos infraconstitucionais abstratos. Procedimentos cuja finalidade seja a proteção subjetiva de direito fundamental, por outro lado, exigem que o estado se abstenha de fazer ou faça algo frente um indivíduo. Ações como a ADIN, a ADC e a ADO são manejadas para que determinados atos normativos tenham sua vigência cassada por violarem a constituição, e não um direito subjetivo. Essa feição objetiva dessas ações é reforçada pela restrição daqueles que podem utilizá-las. A restrição de legitimados é justificada justamente por isso: porque não agem para proteger direito seu, mas para proteger a própria constituição. Pode-se falar, no máximo, em proteção de um interesse, em especial nos casos de violação à repartição de competências federativas, em que o Presidente da República e o Governador de Estado estão autorizados a agir para proteção de suas atribuições. Daí porque a formulação *kelseniana* de que os legitimados para ações constitucionais que visam à proteção objetiva da constituição agem como advogados da constituição.

Ao lado da ADI, da ADC e da ADO, todavia merecedora de tratamento mais detido, está a ADPF⁴⁴². A constituição prevê um procedimento específico de arguição de descumprimento de preceito fundamental cuja apreciação está restrita ao STF. A expressão “descumprimento de preceito fundamental” parece indicar que o procedimento deveria ter por tarefa constitucional a proteção de direitos fundamentais de cada indivíduo, vez que são eles os destinatários de direitos fundamentais. Essa indicação aparente da fórmula da ADPF surgiria, assim, para concretizar aquela combinação entre objeto e legitimação ampla de manejo necessária ao estabelecimento de um procedimento único adequado à proteção subjetiva de direitos fundamentais. Todavia, se aparentemente a ADPF viria para fechar o sistema de proteção jurídico-fundamental brasileiro, isso não foi alcançado pela lei que regulamentou o procedimento, especialmente em razão da restrição do

⁴⁴¹ Ver supra 2.7 e 2.8.

⁴⁴² Ver supra 2.9.

manejo do expediente a alguns poucos legitimados. Em razão disso, a ADPF foi convertida, fundamentalmente, em ação de feição objetiva, também destinada à proteção da constituição. Aparentemente, o legislador infraconstitucional procurou, por meio da ADPF, criar mecanismo para que o STF seja provocado para fins de controle do direito municipal e do direito “pré-constitucional”, ainda que o custo tenha sido o desvirtuamento daquilo que possivelmente deveria ser o objeto do procedimento: a proteção subjetiva de direito fundamental. O estado de coisas criado é tão inusitado que, além do controle do “direito municipal” e do direito “pré-constitucional”, a ADPF foi tornada, também, em um expediente para ser manejado por órgão do poder público face a ato de outro órgão do poder público, vez que os legitimados para sua propositura são, em sua maioria, órgãos do poder público. Os indivíduos mesmos, precípuos destinatários dos direitos fundamentais, estão alijados, excluídos da sistemática da ADPF.

Ante a restrição à legitimação para propositura da ADPF, restou, na sistemática jurídico-constitucional brasileira, o RE⁴⁴³ como único meio de acesso universal ao STF; é dizer, como procedimento para provocação do tribunal cujo manejo está possibilitado a todos os indivíduos.

É um engano, porém, associar o RE à proteção subjetiva de direito fundamental. Em verdade, o RE é um expediente recursal com feição eminentemente objetiva. Isso significa, repita-se, que se presta fundamentalmente à proteção da constituição. Seu manejo está fundamentado em uma violação da constituição. Assim, o que se pede por meio dele é a invalidação de um ato normativo violador da constituição. A proteção subjetiva de direito fundamental fundamenta-se de modo diferente: o que se pede é que o estado faça ou deixe de fazer algo em razão de um ato violador de direito. Enquanto no primeiro caso está-se a checar a compatibilidade do ato normativo inferior com o superior, no segundo caso, está-se a demonstrar uma relação triádica em que o estado possui uma obrigação frente ao indivíduo. É claro que a declaração de incompatibilidade de ato normativo inferior com ato normativo superior pode repercutir sobre, inclusive satisfazendo, uma posição subjetiva. Disso, contudo, não se pode extrair que sejam a mesma coisa. Tanto é assim que é frequente a adoção de medidas que reforçam a feição objetiva do RE, o que ocorreu especialmente por meio da fórmula da

⁴⁴³ Ver supra 2.6.

“repercussão geral”, cuja tarefa precípua é fazer um filtro de admissibilidade dos RE, para que o STF manifeste-se somente em casos em que a controvérsia jurídico-constitucional-objetiva instaurada no processo examinado possa ser estendida a diversos outros casos. Outra característica do RE que reforça a sua feição objetiva e, por conseguinte, a sua não adequabilidade para proteção de direitos fundamentais, é a limitação do expediente para a apreciação das questões de fato. Como cada vez mais o tribunal tem se recusado a adentrar nas questões de fato na apreciação dos RE, atendo-se às questões jurídicas, resta inviabilizada uma proteção adequada de direitos fundamentais por meio desse procedimento, ante a natureza de princípios dos direitos fundamentais, a qual exige considerações sobre questões de fato.

Essas considerações demonstram que os procedimentos destinados à proteção objetiva da constituição apenas muito limitadamente protegem direitos fundamentais subjetivos de maneira adequada, e nunca de maneira direta, é dizer: sob a afirmação de violação de direito fundamental pelo Poder Público, mas, somente de maneira reflexa, com base na alegação de ato normativo incompatível com a constituição.

Resta, assim, verificar se os procedimentos existentes na sistemática jurídico-constitucional brasileira que possuem feição subjetiva estão aptos à proteção de direitos fundamentais ante o STF em toda a sua extensão, isto é, desde direitos a uma abstenção estatal, até direitos a um fazer estatal. Nessa perspectiva, estão o HC, o HD, o MS e o MI.

Há de se ressaltar, primeiramente, que o manejo desses procedimentos diretamente ante o STF depende da qualidade da autoridade de que emana o ato ou a omissão contrário a direito. Ausente esse requisito, o acesso ao STF dar-se-á por meio de recursos dirigidos contra decisões de outras instâncias do poder judiciário, dentre os quais se destaca precipuamente o RE, cujas características já foram analisadas.

Feita essa observação, analisa-se o HC⁴⁴⁴. Pois bem, o HC é um procedimento destinado exclusivamente à proteção do direito de locomoção, da liberdade de ir e vir. Ele é, por isso, utilizado precipuamente no âmbito do direito penal, ramo do direito que está especialmente associado com restrições da

⁴⁴⁴ Ver supra 2.2.

liberdade de ir e vir dos indivíduos. Inclusive, a regulamentação infraconstitucional do HC se dá por meio do CPP. Apresenta-se, assim, como um procedimento por meio do qual se exige um não fazer estatal, isto é, que o estado não embarace ilegalmente o direito de locomoção dos indivíduos. A proteção subjetiva do direito à locomoção se concretiza, portanto, com uma abstenção estatal. O manejo do HC para exigir uma ação estatal positiva, de outra banda, depende de se se admite o seu uso contra um ato de particular que viole ilegalmente o direito de ir e vir de outrem. Se, por um lado, a sua regulamentação infraconstitucional parece negar essa possibilidade, a doutrina, por outro lado, não a descarta. Com efeito, a fórmula constitucional parece respaldar o posicionamento doutrinário no sentido de que também contra ato de particular está aberta a via do HC. De qualquer sorte, certo é que o HC é um procedimento cujo âmbito de proteção é restrito ao direito de locomoção. Se a prática judiciária o admite para a violação de outros direitos fundamentais, o faz sem respaldo jurídico e, de certa forma, acaba por admitir a existência de um déficit procedimental qualitativo na sistemática jurídico-constitucional brasileira no que concerne à proteção de direitos fundamentais.

Outro procedimento cujo âmbito de proteção é extremamente limitado é o HD⁴⁴⁵. Ele tem por tarefa proteger uma variante dos direitos da personalidade, qual seja, o direito à informação pessoal. Por meio dele, se busca, precipuamente, que o estado, ou banco de dados de caráter público, não embarace o acesso do indivíduo a dados que porventura sejam mantidos. Também pode ser manejado para que o estado retifique ou faça constar informação em seus registros. Nesse caso, o direito se concretiza com um fazer estatal. Por mais que o procedimento proteja o direito à informação pessoal, exigindo tanto um não fazer quanto um fazer, certa é a estreiteza de seu âmbito de proteção.

Vê-se que, por meio do HC e do HD, somente o direito de ir e vir e o direito à informação podem ser protegidos. Muitos outros direitos fundamentais não encontram nos dois procedimentos uma via para sua proteção adequada. Cumpre verificar se o MS e o MI estão aptos à realização dessa tarefa.

A amplitude do âmbito de proteção do MS⁴⁴⁶ parece sugerir que o procedimento estaria apto à realização da proteção subjetiva de direitos fundamentais. A sua posição de relação de complementaridade com o HC e com o

⁴⁴⁵ Ver supra 2.3.

⁴⁴⁶ Ver supra 2.4.

HD reforça a impressão. A amplitude do conceito de autoridade também fala a favor disso. Um olhar mais de perto, porém, demonstra que o procedimento não é adequado para proteção subjetiva de direitos fundamentais. É a fórmula *direito líquido e certo* que inviabiliza a adequação do procedimento para uma proteção subjetiva de direitos fundamentais. Em razão da natureza de princípio dos direitos fundamentais, a condição de aplicação de cada direito fundamental só aparece depois de uma ponderação ante os princípios colidentes caso a caso, ou seja, direitos fundamentais não se apresentam desde logo como direitos líquidos e certos. Por isso foi afirmado que a proteção oferecida pelo MS está associada ao nível das regras, e não ao dos princípios. A estreiteza do procedimento não admite a realização de colisões de direitos fundamentais em seu curso, vez que por *direito líquido e certo* se entende aquele direito já delimitado de antemão em sua extensão e desde logo exigível. É por esse motivo que as discussões em MS se restringem a questões de compatibilidade entre ato normativo inferior com ato normativo superior, ou seja, a discussões sobre validade, e não sobre inferências de precedência e peso.

Ademais, fosse o MS um procedimento adequado para proteção subjetiva de direito fundamental, a CRFB não teria previsto a ADPF como procedimento para proteção contra violação de preceito fundamental. O contraste entre as fórmulas *direito líquido e certo* e *violação de preceito fundamental* denota essa ideia de procedimento destinado à proteção face a ato do poder público que viole direito no nível das regras e direito no nível dos princípios.

A solução para a proteção dos direitos fundamentais que estão fora do âmbito do HC e do HD não é alcançada por meio do MI, contudo. O MI⁴⁴⁷ é um procedimento destinado a viabilizar o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania sempre que falte a norma regulamentadora. O procedimento tem por objetivo, portanto, exigir, por meio da jurisdição, uma ação positiva normativa do estado, quando omissa o órgão legiferante com competência de viabilizar o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Ainda que haja divergência quanto à natureza da decisão que supre a omissão legislativa, se deve viabilizar o direito no

⁴⁴⁷ Ver supra 2.5.

caso concreto ou se deve ser expedida uma norma geral e abstrata, substituindo supletivamente o órgão competente, certo é, de todo modo, que o procedimento não é adequado à proteção de direitos que exijam uma abstenção estatal ou, tampouco, de direitos que exijam uma ação positiva fática estatal.

Frente a esse estado de coisas, a evidência de que tampouco conjuntamente os procedimentos existentes na sistemática jurídico-constitucional brasileira conseguem proteger a totalidade dos direitos fundamentais pode ser afirmada.

Direitos de liberdade de expressão e manifestação, de liberdade religiosa, de personalidade, de igualdade, de saúde, de segurança e de propriedade, apenas para citar alguns, que exijam uma ação negativa do estado, uma abstenção, ou que exijam uma ação positiva fática estatal não encontram, no direito brasileiro, um procedimento adequado para sua proteção subjetiva ante o STF. É dizer, não há uma via aberta aos indivíduos ao tribunal para verem cassado um ato do poder público sob a alegação de que ele viola um direito fundamental seu.

Essa ausência de procedimentos para proteção subjetiva adequada de direitos fundamentais perante o STF, tribunal que está encarregado de proteger precipuamente a constituição e, portanto, proteger também direitos fundamentais, é grave, na medida em que os direitos fundamentais são precipuamente direitos dos indivíduos frente o estado: sua função é ser uma barreira ao poder do estado, limitando-o de modo a propiciar um espaço de ação para que os indivíduos possam desenvolver-se livremente, exercendo sua autonomia, concretizando a ideia fundamental da dignidade humana, do ser humano com um fim em si mesmo.

Não por outro motivo, os direitos fundamentais exigem procedimentos para sua proteção adequada. Sem procedimentos que garantam a sua proteção total e eficaz, a própria validade jurídica dos direitos fundamentais fica debilitada. Ainda que a proteção objetiva da constituição seja extremamente importante, enquanto não houver procedimentos para a proteção subjetiva adequada e total de direitos fundamentais na sistemática jurídico-constitucional brasileira, a ordem constitucional não estará completamente protegida.

Conclusão

A hipótese central desta dissertação é a de que os procedimentos existentes na sistemática jurídico-constitucional brasileira não são adequados para a proteção subjetiva de direitos fundamentais considerados em sua totalidade.

Por meio da análise individual e conjunta dos procedimentos disponíveis, pode-se afirmar que a hipótese desta dissertação foi confirmada. É dizer, não há, na sistemática jurídico-constitucional brasileira, procedimentos capazes de proteger adequadamente direitos fundamentais, quando violados por ato do poder público.

Isso porque os procedimentos existentes não contemplam as características necessárias para tal, quais sejam, 1) amplitude de âmbito de proteção, a fim de abarcar a totalidade de direitos subjetivos públicos que podem existir frente ao estado em razão dos direitos fundamentais, considerada também a natureza de princípio dos direitos fundamentais, e; 2) amplitude de legitimação, a fim de permitir que cada indivíduo possa defender direito fundamental seu ante o STF.

Esse estado de coisas revela: 1) vez que direitos fundamentais exigem a existência de meios procedimentais adequados para sua proteção, de modo a permitir resultados de procedimentos conforme direitos fundamentais, a ausência de tais meios é uma violação em si de direitos fundamentais, e; 2) vez que a proteção total da constituição só se realiza completamente quando não apenas a ordem constitucional objetiva, mas, também, direitos fundamentais, enquanto direitos subjetivos, podem ser feitos valer ante ao tribunal ao qual está atribuída a guarda da constituição, no caso do Brasil, ao STF, a ausência de tais meios denota que a constituição brasileira vigente não está protegida por completo.

Diante desse quadro problemático, faz-se necessário que o poder legislativo reaja, elaborando uma solução adequada para a situação. Com vimos, o direito comparado pode apontar bons caminhos. Nesse sentido, o recurso constitucional alemão é uma boa fonte de inspiração estrutural.

Bibliografia

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Direitos sociais são exigíveis**. Tradução de Luís Carlos Stephanou. Porto Alegre: Dom Quixote editora, 2011.

ALEXY, Robert. **Entrevista ao Jornal da Universidade – UFRGS**. Ano XVII, nº 166, dez. 2013.

_____. **Comments and responses**. In: Institutionalized reason. New York: Oxford, 2012.

_____. **Sobre o conceito do princípio de direito**. In: Direito, razão, discurso. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010.

_____. **Direitos fundamentais como direitos subjetivos e como normas objetivas**. In: Direito, razão, discurso. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010.

_____. **Teoria do discurso e direitos fundamentais**. In: Direito natural, direito positivo, direito discursivo. Tradução de Maria Cláudia Cachapuz. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2010.

_____. **Conceito e validade do direito**. 2ª tiragem. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

_____. **Sobre o desenvolvimento dos direitos do homem e fundamentais na Alemanha**. In: Constitucionalismo Discursivo. Tradução de Luís Afonso Heck. 2ª ed. revista. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais no estado constitucional democrático**. In: Constitucionalismo Discursivo. Tradução de Luís Afonso Heck. 2ª ed. revista. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

_____. **Ponderação, jurisdição constitucional e representação**. In: Constitucionalismo discursivo. Tradução de Luís Afonso Heck. 2ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008.

_____. **A fórmula peso**. In: Constitucionalismo discursivo. Tradução de Luís Afonso Heck. 2ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008.

_____. **Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade**. In: Constitucionalismo discursivo. Tradução de Luís Afonso Heck. 2ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008.

_____. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito social**. In: Constitucionalismo discursivo. Tradução de Luís Afonso Heck. 2ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008.

_____. **On balancing and Subsumption**. Ratio Juris. Vol. 16. Nº 4, 2003.

BARBI, Celso Agrícola. **Do mandado de segurança**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BARBOSA, Ruy. **A constituição e os actos inconstitucionaes do congresso e do executivo ante a justiça federal**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Atlantida editora, s.a.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **Direitos fundamentais, questões ordinárias e jurisdição constitucional: Limites e possibilidades da arguição de descumprimento de preceito fundamental**. Revista de direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, v. 62, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 28ª ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

BÚRIGO, Pedro Isaias Sônego. **Mutação constitucional no âmbito do artigo 52, X, da constituição da República Federativa do Brasil**. Monografia de conclusão de curso de graduação, 2010. Disponível em <http://hdl.handle.net/10183/27029>.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1986.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard press, 1978.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Vol. I. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 9ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2008.

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. **Direito fundamental ao meio ambiente**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005.

_____. **Colisão de Direitos Fundamentais, Argumentação e Ponderação**. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

HAARSCHER, Guy. **Filosofia dos direitos do homem**. Tradução de Armando Pereira da Silva. Lisboa: Instituto Piaget, s.a.

HART, H. L. A. **The concept of law**. 2ª ed. New York: Oxford, 1994.

HECK, Luís Afonso. **Posfácio**. In: Direito natural, direito positivo, direito discursivo. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010.

_____. **Jurisdição constitucional: teoria da nulidade versus teoria da nulificabilidade das leis**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008.

HECK, Luís Afonso. **Jurisdição constitucional e legislação pertinente no direito comparado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **O tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995.

_____. **O recurso constitucional na sistemática jurisdicional-constitucional alemã**. In: Revista Informação Legislativa, a. 31, n. 124. Brasília, 1994.

_____. **Os direitos fundamentais na lei fundamental de Bonn**. In: Revista Informação Legislativa, a. 28, n. 109. Brasília, 1991.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998.

_____. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Medes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991.

JESTAEDT, Matthias. **The doctrine of balancing – its strengths and weaknesses**. In: Institutionalized reason. New York: Oxford, 2012.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Tradução de Alexandre Krug. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

KLATT, Matthias (org.). **Institutionalized reason**. New York: Oxford, 2012.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 5ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Traducción por Alfredo Gallego Anabitarte. 4ª reimpressão. Barcelona: Editora Ariel S.A., 1986.

LUDWIG, Roberto José. **Norma de direito fundamental associada**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2014.

MAURER, Hartmut. **Idéia e realidade dos direitos fundamentais**. In: Contributos para o direito do estado. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2007.

_____. **A revisão jurídico constitucional das leis pelo tribunal constitucional federal**. In: Contributos para o direito do estado. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2007.

_____. **Jurisdição constitucional**. In: Contributos para o direito do estado. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 35ª edição. São Paulo: Malheiros editores, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 4ª ed. rev. e ampl. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MICHAEL, Lothar. **As três estruturas de argumentação do princípio da proporcionalidade – para a dogmática da proibição de excesso e de insuficiência e dos princípios da igualdade**. In: Direito natural, direito positivo,

direito discursivo. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010.

MIRANDA, Pontes de. **História e prática do *habeas corpus***. Tomo I. Campinas: Bookseller editora, 1999.

MOREIRA, Jose Carlos Barbosa. **O *habeas data* brasileiro e a sua lei regulamentadora**. In: Habeas data. Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: Editora RT, 1993.

PIÑEIRO, Eduardo Schenato. **O controle de constitucionalidade: direito americano, alemão e brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2012.

POPPER, Karl. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Tomo II. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 1987.

POSCHER, Ralf. **The principles theory: how many theories and what is their merit?**. In: Institutionalized reason. New York: Oxford, 2012.

ROTHENBURG, Walter Claudius; TAVERES, André Ramos (org.). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da lei nº 9.882/99**. São Paulo: Atlas, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

SCHAUER, Frederick. **Balancing, subsumption, and the constraining role of legal text**. In: Institutionalized reason. New York: Oxford, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 36ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

SILVEIRA, José Neri da. **Aspectos da definição e objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental**. Revista brasileira de direito constitucional, nº 1, jan./jun. – 2003.

STEPHENS, Pamela J. The **new retroactive doctrine: equality, reliance and stare decisis**. Syracuse Law Review Vol. 48:1515, a. 1998. (Obra traduzida: STEPHENS, Pamela J. **Nova doutrina da retroatividade**. Tradução de Pablo Giordano Bernardi Bombardelli. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2012.)

STERN, Klaus. **Die Idee der Menschen- und Grundrechte**. In: Handbuch der Grundrechte. I. Entwicklung und Grundlagen. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Vol. I. 50ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

VILANOVA, Lourival. **Lógica Jurídica**. São Paulo: Bushatsky, 1976.