

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO CENTRO DE
CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS FACULDADE DE
DIREITO

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A EFICÁCIA
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

CARLOS EDUARDO GONÇALVES DE CARVALHO DE CASTRO

RIO DE JANEIRO

2008

CARLOS EDUARDO GONÇALVES DE CARVALHO DE CASTRO

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A EFICÁCIA DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Monografia apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade Federal do Rio de
Janeiro, como requisito parcial para obtenção
do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Vanessa Oliveira Batista

RIO DE JANEIRO

2008

Castro, Carlos Eduardo Gonçalves de Carvalho de.

O controle de constitucionalidade e a eficácia dos direitos fundamentais na Constituição de 1988 / Carlos Eduardo Gonçalves de Carvalho de Castro. – 2008.

73 f.

Orientadora: Vanessa Oliveira Batista.

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 71.

1. Direitos Fundamentais. 2. Controle de Constitucionalidade. I. Batista, Vanessa Oliveira. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito. III. O controle de constitucionalidade e a eficácia dos direitos fundamentais na Constituição de 1988.

CDD 341.27
CDU 342.7

CARLOS EDUARDO GONÇALVES DE CARVALHO DE CASTRO

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A EFICÁCIA DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio
de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: ___/___/_____

Banca Examinadora:

Vanessa Oliveira Batista – Presidente da Banca Examinadora Prof^a.

Dr^a. da Universidade Federal do Rio de Janeiro – Orientadora

Em memória de Affonso Celso de Castro,
por ter me ensinado a ser um homem justo e correto,
por todo amor e carinho. Obrigado, meu pai.

À minha mãe e à minha doce namorada,
Tatiana, as duas mulheres da minha vida, pelo amor,
paciência e compreensão.

A Atrus por seu incondicional
companheirismo e amizade e pelas intermináveis
horas que passou ao meu lado enquanto este trabalho
se realizava.

AGRADECIMENTOS

À minha orientadora, Prof^a. Dr^a. Vanessa Oliveira Batista pela paciência com que leu os vários projetos e esboços desta monografia, pelos textos que me forneceu e por toda a ajuda sem a qual este trabalho não seria possível.

Ao Prof. Marcelo Queiroz, que, mesmo não sendo mais meu professor, me ajudou nos momentos mais difíceis desta monografia. Este trabalho também não seria possível sem sua ajuda.

Ao meu chefe Álvaro Sérgio de Abreu pelos livros emprestados, por todas as vezes que me liberou do estágio para que eu pudesse resolver alguma urgência nesta monografia e por testar meus conhecimentos todos os dias.

Aos funcionários da biblioteca da Procuradoria Regional da República pela paciência com que me ajudaram a encontrar todos os livros que precisei.

Ao Fábio, Ana Lúcia, Eduardo Ripardo, Eduardo Lessa, Fernando, Daniel, Renata, Mônica, Nadja, Sílvia, Maiane, Luís, Fabiano, Mauro, Rosana e Dr. Herman, minha segunda família, o tempo pode passar, mas de vocês eu nunca esquecerei. Obrigado por tudo.

“A sociedade em que não esteja assegurada a
garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes
não tem Constituição.”

- Artigo 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1789 -

RESUMO

CASTRO, Carlos Eduardo Gonçalves de Carvalho de. *O controle de constitucionalidade e a eficácia dos direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 2008. 74 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2004.

Estudo da aplicação do controle de constitucionalidade para proteção dos direitos fundamentais inscritos na Constituição de 1988. Inicialmente serão analisadas as origens de ambos os sistemas de controle de constitucionalidade e como a jurisdição constitucional é exercida no Brasil. Em seguida, serão estudados os direitos fundamentais dispostos na Carta Política do Brasil, verificando o conceito de tais direitos e sua relação com os direitos humanos, tratando, por fim, da eficácia dos direitos fundamentais, tendo em vista as disposições constitucionais. O último ponto do estudo cuida da defesa dos direitos fundamentais pela via do controle de constitucionalidade, através de um estudo de casos.

Palavras-Chave: Constituição, Controle de Constitucionalidade, Direitos Fundamentais, Eficácia.

ABSTRACT

CASTRO, Carlos Eduardo Gonçalves de Carvalho de. *O controle de constitucionalidade e a eficácia dos direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 2008. 74 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2004.

Study of the applications of the constitutionality control as an effective mean for protecting the fundamental rights in the 1988 Constitution. Initially, the origin of both control systems will be analyzed as well as how the constitutional jurisdiction takes place in Brazil. In second place, the fundamental rights in Brazil's Political Chart will be studied, verifying the concept of such rights and their relation with the human rights, establishing, finally, the effectiveness of those rights, considering the constitutional text. The last point of study will focus on the defense of the aforementioned rights by the ways of the constitutionality control, through case studies.

Key-Words: Constitution, Constitutionality Control, Fundamental Rights, Effectiveness

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADIn – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

art. – Artigo

CF – Constituição Federal

CF/88 – Constituição Federal de 1988

CPC – Código de Processo Civil

EC – Emenda Constitucional

n° - Número

STF – Supremo Tribunal Federal

LISTA DE SÍMBOLOS

§ - Parágrafo

1 INTRODUÇÃO

Por meio do presente estudo serão analisadas as origens do controle de constitucionalidade, tendo por base fontes históricas, de modo a evidenciar, desde seu nascedouro, os institutos inerentes à jurisdição constitucional, suas formas de execução e evolução até o estado atual e como as diferentes ações de controle podem ser utilizadas para a garantia dos direitos fundamentais insculpidos na Carta Magna.

O atual trabalho pretende demonstrar como um método de aferição da constitucionalidade das leis pode servir à tutela de direitos cuja constitucionalização só ocorreria anos depois e como a jurisdição constitucional em seus mais variados aspectos pode garantir a salvaguarda daqueles direitos.

A discussão acerca dos direitos fundamentais ganhou força no período pós Segunda Guerra Mundial, quando as flagrantes violações aos direitos da pessoa humana deram causa ao reconhecimento desta categoria de direitos em documentos com força de lei fundamental de modo a resguardar o respeito à pessoa humana. Desta forma, será exposta a evolução dos direitos fundamentais através de suas gerações ou dimensões, tendo em vista o contexto histórico que os concebeu.

A partir deste ponto importante é a verificação, no sistema brasileiro, de como tais direitos, uma vez dispostos no texto constitucional, podem revogar ou nulificar uma lei produzida pelos representantes do povo e quais são os efeitos desta declaração de inconstitucionalidade tomando por padrão os direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais possuem um tratamento peculiar no ordenamento jurídico pátrio, o que lhes garante pronta e plena eficácia inerente à sua posição constitucional. Contudo, não obstante a clara disposição da letra da constituição, o problema da eficácia dos direitos fundamentais na Constituição de 1988 não é tema pacífico, tampouco de simples solução, dadas questões estranhas ao Poder Judiciário, como restará evidenciado.

Também será abordada a situação dos tratados internacionais sobre direitos humanos e sua posição perante o ordenamento jurídico nacional, em virtude das inovações trazidas pela Emenda Constitucional (EC) nº 45 de 2004.

Por fim, necessária é a análise da eficácia dos direitos fundamentais e seu tratamento inseridos no sistema de controle da constitucionalidade das leis, em paralelo com a tutela destes mesmos direitos quando realizada pelos remédios constitucionais, objetivando evidenciar como os direitos fundamentais se concretizam no âmbito do controle de

constitucionalidade, levando em consideração suas diferentes formas de realização e espectros de atuação.

2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

2.1 Origens e Modelos de Jurisdição Constitucional

De uma maneira geral, afirmam os constitucionalistas de maior renome que há no mundo jurídico duas formas ou modelos de controle de constitucionalidade: o modo difuso e o modo concentrado, todavia, como assevera Mauro Cappelletti¹, estes não são os únicos modelos, posto que há na França uma espécie de controle *sui generis* que, apesar de ser concentrado, possui uma peculiaridade que o afasta dos demais: não é judicial.

O controle de constitucionalidade propriamente dito só veio a surgir em meados do século XIX, no célebre caso *Marbury Vs. Madison*², mas já na antiguidade, havia uma espécie de controle de atos normativos que, muito embora não os sujeitasse ao império de uma constituição na atual concepção do termo, garantia o respeito destes atos normativos a outros de hierarquia superior.

Tal tipo de controle acontecia em Atenas, onde havia dois tipos de normas, *nómoi* e *pséfismata*³. As primeiras eram algo próximo do que atualmente tem-se por normas constitucionais. As segundas se aproximavam dos modernos decretos e podiam ser editadas pela Assembléia Popular.

Ocorre que as *nómoi* tinham hierarquia superior, pois tratavam da organização da *poli*, e por isso, exigiam um procedimento especial mais rígido para sua modificação; sendo vedado à Assembléia Popular editar um *pséfisma* contrário a uma *nómos* e, se a vedação não fosse observada, aquele que propusesse o *pséfisma* poderia sofrer sérias sanções.

Isto posto, os juízes atenienses estavam obrigados a julgar segundo as *nómoi* e as *pséfismata*, mas também estavam obrigados a não aplicar um *pséfisma* contrário a uma *nómos*⁴. Porém, como já observado, o exposto não pode ser eficazmente considerado como o primeiro precedente histórico do controle de leis perante uma constituição, pois faltava aos atenienses o significado desta.

Com efeito, o primeiro relato histórico de que se tem notícia de jurisdição constitucional foi o julgamento pelo então membro da Suprema Corte norte-americana, John Marshall, do caso *Marbury Vs. Madison*⁵. O episódio inaugurou o sistema denominado *difuso*, *concreto* ou pela *via de exceção* de controle judicial de constitucionalidade das leis.

¹ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992. p. 39-44.

² *Ibid.* p. 45-48.

³ *Ibid.* p. 49-51.

⁴ *Ibid.* p. 51.

⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 17ª ed. atual. São Paulo: Atlas, 2005. p. 635-637.

É *difuso*, pois o controle pode ser realizado por qualquer juiz; é *concreto*, porque é verificado quando do julgamento de um caso concreto e é por *via de exceção*, porquanto a questão constitucional se apresenta como questão prejudicial para a resolução do mérito de um caso concreto. No sistema conhecido também por norte-americano, as decisões dos magistrados em sede de constitucionalidade de leis têm efeitos retroativos (*ex tunc*)⁶ e entre as partes litigantes (*inter partes*)⁷.

Ao julgar inconstitucional uma lei, um juiz está a declarar uma inconstitucionalidade pré-existente à lide onde a questão constitucional é suscitada, por isto, os efeitos são retroativos, pois a inconstitucionalidade data da entrada em vigor da lei, e não da proposição da lide⁸.

Por ser uma questão incidente em um processo já em curso, não caberia falar em efeitos *erga omnes*. Neste processo, ambas as pessoas litigantes foram devidamente intimadas a defender a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei posta em discussão, de acordo com o seu interesse, para a final resolução do mérito que só a elas interessa. Com o intuito de se conferir eficácia contra todos à decisão em controle difuso, todos os interessados na decisão acerca da inconstitucionalidade deveriam ser intimados para oferecer sua defesa em um ou em outro sentido, o que seria inconveniente na medida em que o objetivo principal da demanda em nada lhes importaria.

A restrição dos efeitos da decisão em sede de controle difuso de constitucionalidade ao âmbito das partes litigantes pode gerar, e efetivamente gera, decisões dissonantes, o que pode ensejar, assim, a um perigoso surto de insegurança jurídica, contudo, o ordenamento estadounidense se previne deste mal com a aplicação do princípio do *stare decisis*⁹, pelo qual os precedentes da Suprema Corte têm caráter vinculante às demais decisões dos Juízos inferiores.

O *stare decisis* tem aplicação no controle difuso na medida em que uma sentença que toca em matéria constitucional pode ser sucessivamente recorrida até chegar à Suprema Corte. O posicionamento desta quanto à matéria constitucional vinculará todos os juízes inferiores em julgamentos futuros que tenham como questão incidental aquela matéria¹⁰.

Já com relação ao controle concentrado, o mais antigo exemplo deste sistema data de 1867: a Corte Constitucional Austríaca, que somente em 1920, através do projeto

6 CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992. p. 117.

7 *Ibid.* p. 118-119.

8 *Ibid.* p. 115-116.

9 *Ibid.* p.118-119.

10 *Ibid.* p 80-82.

constitucional austríaco encabeçado por Hans Kelsen, passou a ter seus contornos atuais. A Corte passou por diversas reformas, dentre as quais, a mais importante, foi com a Emenda Constitucional de 1929, vindo a fechar suas portas quando da ocupação da Áustria pelas forças nazistas, só retomando suas atividades em 1945¹¹.

Adotado por diversos Estados europeus, o sistema austríaco, também chamado de *concentrado*, *abstrato* ou pela *via de ação*, é um dos modelos de controle de constitucionalidade de maior expressão e influencia sobremaneira o sistema brasileiro.

Consoante indicado pela denominação, o sistema europeu é *concentrado*, isto é, realizado por um único órgão competente para aferir a constitucionalidade das leis¹²; *abstrato*, pois é exercido sobre a lei abstratamente considerada¹³, ou seja, não se exerce dentro de um contexto concreto; e por *via de ação*, já que a provocação do Tribunal Constitucional se dá através de uma ação especialmente para este fim, com um número maior ou menor de legitimados, dependendo das disposições de cada ordenamento¹⁴.

O controle neste caso é exercido por uma Corte especialmente criada para este fim, que não integra propriamente o Poder Judiciário, posto que seus membros não são magistrados de carreira, mas eleitos pelas forças políticas nacionais, de forma a garantir certa legitimidade popular às suas decisões¹⁵.

Os efeitos das decisões da Corte são, via de regra, *ex nunc*¹⁶ e *erga omnes*¹⁷. Conforme idealizado por Kelsen, a Corte atua como “legislador negativo” e, assim, retira do ordenamento jurídico aquela lei eivada de inconstitucionalidade como o faria um membro do Poder Legislativo¹⁸. Se age o Tribunal Constitucional como legislador que revoga a lei, nada mais óbvio que sua decisão tenha os mesmos efeitos de uma lei revogatória: efeitos gerais e não retroativos.

No sistema europeu, como não incide o princípio do *stare decisis*, o problema da insegurança jurídica é atenuado pela eficácia *erga omnes* das decisões finais em controle de constitucionalidade, atestando, assim, a desnecessidade da aplicação de efeitos vinculantes às decisões judiciais.

11 FAVOREU, Luis. **As cortes constitucionais**. 1ª ed. São Paulo: Landy, 2004. p. 41-42.

12 CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992. p. 67.

13 LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12ª ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 158.

14 CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992. p. 104-105.

15 FAVOREU, Luis. **As cortes constitucionais**. 1ª ed. São Paulo: Landy, 2004. p.28-29.

16 CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 1992. p. 117.

17 *Ibid.* p. 118.

18 *Ibid.* p. 116-117

Não obstante a evidente distinção e contraposição dos dois sistemas, eles não são estanques, pelo contrário, se comunicam e se influenciam mutuamente. Conforme visto anteriormente, no sistema difuso, as decisões têm eficácia *ex tunc* e *inter partes*, neste último aspecto, já foi possível verificar certa mitigação ante a existência do *stare decisis*, contudo, a rigidez do primeiro aspecto geraria graves prejuízos a situações jurídicas há tempos consolidadas. E, pela mesma razão, a aplicação incondicional de efeitos *ex tunc* é inconveniente ao sistema europeu, como observa o mestre Cappelletti¹⁹:

Exatamente para obstar esta absurda consequência, o sistema austríaco, tal como foi reformado em 1929 – que, repita-se, é o sistema ainda hoje vigente na Áustria – admitiu uma parcial atenuação da concepção que fora rigorosamente adotada, em 1920, segundo a qual aos pronunciamentos da Corte Constitucional é negada qualquer retroatividade. Isto é, o sistema reformado de 1929 admitiu que – *limitadamente ao caso concreto*, por cuja ocasião tenha surgido, ‘em via de exceção’, a questão de constitucionalidade – a lei contrária à Constituição deva, em seguida ao pronunciamento da Corte Constitucional, ter aplicação recusada também em relação aos fatos verificados antes do pronunciamento.

[...]

De outra parte, como na Áustria as exigências práticas levaram, em 1929, a uma atenuação do rigor teórico da doutrina da não-retroatividade, assim, por outro lado, nos Estados Unidos da América, como já foi aludido, e, igualmente na Alemanha e na Itália, as exigências práticas induziram a atenuar notavelmente a contraposta doutrina da eficácia *ex tunc*, ou seja, da retroatividade. Esta doutrina parte, como foi dito, do pressuposto de que a lei inconstitucional seja, *ab origine*, nula e ineficaz.

Igualmente, a rigidez do rol de legitimados pela constituição austríaca de 1920 para propor a ação de controle emperrava o instituto, mas foi posteriormente ampliado pela reforma de 1929, para incluir a Suprema Corte Administrativa e a Suprema Corte Judiciária, as quais passaram a ter a possibilidade de provocar a Corte Constitucional em grau de recurso²⁰, flexibilização mais ampla se deu na Alemanha e na Itália, onde atualmente é permitido a qualquer juiz, independente de grau, suscitar o Tribunal Constitucional a se pronunciar acerca da questão constitucional que seja necessária à resolução dos casos concretos, evidenciando certa aproximação com os moldes norte-americanos, embora, em sua natureza, o controle efetivo continue sendo de competência de um órgão especialmente criado para este propósito²¹.

19 *Ibid.* p. 121-124.

20 FAVOREU, Luis. **As cortes constitucionais**. 1ª ed. São Paulo: Landy, 2004. p. 48-49.

21 CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992. p.108-109.

Por fim, cabe tecer algumas considerações acerca do modelo francês de controle de constitucionalidade das leis, que, como já asseverado, difere dos demais sistemas por motivos específicos da história francesa.

Enquanto o sistema norte-americano e o sistema austríaco têm por fim o controle repressivo da constitucionalidade das leis, ou seja, após a publicação do ato normativo, repousando, por via de consequência, na presunção relativa de constitucionalidade das leis *infra* Magna Carta; o sistema francês confia na presunção absoluta da constitucionalidade das leis votadas pelo seu parlamento, visto que o controle da conformidade dos diplomas com a Lei Maior se dá em caráter preventivo, é parte integrante do processo legislativo²², o que leva ao fato de que ao ser publicada, uma lei já teve sua constitucionalidade aferida e confirmada, pois se assim não fosse, nem publicada seria.

A justificativa para esta forma de controle remonta ao período da Revolução Francesa, onde a magistratura era dominada pelos nobres e transferida a título hereditário²³. Esta situação era irrita à nascente burguesia, que não confiava no Judiciário para fazer valer seus direitos, justamente porque o referido Poder era parte da nobreza, portanto, quando da Revolução, conferiu grandes poderes à Assembléia Nacional e enrijeceu a separação de poderes como esquematizada por Montesquieu, de modo a não permitir que o Poder Judiciário interferisse na esfera de competências do Legislativo ao declarar inconstitucional uma lei²⁴.

O que na França é tido como algo inflexível, em outros países, como nos Estados Unidos e no Brasil, a separação de poderes não é absoluta, diante do sistema de “Freios e Contrapesos”²⁵, onde os Poderes interferem uns nos outros com o fim de evitar arbitrariedades.

2.2 Jurisdição Constitucional no Brasil

Inicialmente e antes da necessária exposição, é conveniente a conceituação de jurisdição constitucional, ponto abordado pelos professores José Ribas Vieira e Margarida

²² *Ibid.* p. 28-29

²³ *Ibid.* p. 96-97.

²⁴ *Ibid.* p. 97.

²⁵DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 219-220.

Maria Lacombe Camargo²⁶. O conceito de jurisdição constitucional pode ser encarado sob o aspecto histórico, democrático e hermenêutico e, posteriormente, dentro da ordem nacional. Sob uma perspectiva histórica, tendo como base e análise da experiência da Corte Constitucional austríaca, devidamente estruturada em 1920, a jurisdição constitucional é aquela exercida pelos magistrados debruçando-se sobre o texto constitucional. Do ponto de vista democrático, cuida da garantia dos meios inerentes ao exercício da democracia. Sob a ótica da hermenêutica, significa, em suma, o trabalho de interpretação da norma constitucional realizado pelos operadores e intérpretes do direito. E do ponto de vista da ordem jurídica interna, os citados doutrinadores invocam os estudos de Gilmar Ferreira Mendes, Clémerson Merli Cléve e Oscar Vilhena Vieira, terminando por enunciar dois conceitos de jurisdição constitucional, um restritivo que trata da atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) nas ações de controle abstrato e outro ampliativo que contém, também, todos os meios necessários a fazer cumprir a lei dentro dos limites constitucionalmente estabelecidos. Isto posto, a presente monografia aborda a jurisdição constitucional como entendida naquele conceito, em outras palavras, o objeto deste estudo é o exercício da jurisdição constitucional pelo Supremo Tribunal Federal para averiguar a conformidade dos diplomas legais com o texto constitucional, mormente no campo dos direitos fundamentais.

Inútil seria toda a exposição sem uma necessária justificação. O Brasil adotou, com a primeira Constituição Federal (1891), o sistema difuso de constitucionalidade²⁷, tamanho era o fascínio dos idealizadores da República pelo federalismo norte-americano. Com a Carta Política de 1934 surgiu no país o controle de forma abstrata por meio da representação interventiva e, com a Constituição Federal de 1946, mais especificamente pela Emenda Constitucional nº 16, de 1965, foi introduzido o controle concentrado de constitucionalidade em moldes similares aos atuais²⁸, através da atribuição conferida ao STF para julgar ações diretas de inconstitucionalidade mediante proposição do Procurador-Geral da República.

Cumprir observar que, não obstante a presença dos dois modelos, também se adota no Brasil uma forma preventiva, de competência das Comissões de Constituição de Justiça de ambas as Casas do Congresso Nacional²⁹, em muito assemelhada com o modelo francês, e

26 VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. Em vista de um conceito de Jurisdição Constitucional. In: PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO. **Direito, Estado e Sociedade**, nº. 15. Rio de Janeiro, 1999, p. 119-126.

27 BARROSO, Luís Roberto. **Controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 62.

28 *Ibid.* p. 62-64.

29 LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12ª ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 134-135.

outro exercido pelo Presidente da República, através do veto presidencial³⁰, os quais, todavia, não serão estudados em profundidade, pois são objeto de estudo específico acerca do processo legislativo nacional e de pouca expressão para a jurisdição constitucional.

À semelhança do modelo norte-americano, qualquer juiz brasileiro pode negar aplicação de uma lei que considere inconstitucional se esta declaração se mostrar necessária ao deslinde de um litígio *inter partes*. Esta prerrogativa é conferida a todos os Juízos, não importando a instância, contudo, certos requisitos devem ser observados quando da declaração de inconstitucionalidade pelos Tribunais, é o que a doutrina chama de “cláusula de reserva de plenário”³¹, inserta no art. 97 da Constituição³².

Por este dispositivo, o Tribunal só poderá declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo pelo voto da maioria de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial. Esta disposição limita o poder dos Tribunais, que, em última análise, se coaduna com as regras atinentes às decisões colegiadas e com a importância das decisões ao nível constitucional.

Tendo dito que qualquer juiz pode declarar a inconstitucionalidade de lei, coloca-se o mesmo problema daquele verificado no modelo estadunidense, a falta de homogeneidade nas decisões em controle difuso, o que é passível de levar a uma preocupante situação de insegurança jurídica, pois esta declaração pode ser feita por todo e qualquer juiz, agravado ainda, pelo fato de não ser o Brasil um país de tradição jurídica anglo-saxônica e não aplicar o princípio do *stare decisis*.

A problemática levantada é solucionada pelo art. 52, X, da Constituição Federal (CF) que permite ao STF, quando decidindo a questão constitucional em sede de recurso extraordinário, caso entenda pela inconstitucionalidade da lei, provocar o Senado Federal para que este emita uma resolução suspendendo total ou parcialmente a execução da lei³³.

Assim como no sistema norte-americano, a declaração pela negativa de constitucionalidade durante a resolução do caso concreto, no Brasil, tem efeitos *inter partes* e *ex tunc*³⁴, pelos mesmos motivos erigidos quando da exposição daquele método. Contudo, se proferida decisão pelo STF e provocado o Senado Federal, nos termos o citado art. 52, X, CF, eventual resolução do Senado conferirá efeitos *erga omnes* à decisão do STF, pois sustará a

30 *Ibid.* p. 135.

31 *Ibid.* p. 146-147.

32 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Diário Oficial União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 08 de outubro de 1988.

33 LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12ª ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 149.

34 BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo:Saraiva, 2006. p. 104-106.

execução da lei questionada, e efeitos *ex nunc* para aqueles que não foram partes do processo onde a inconstitucionalidade foi argüida.

Em sede de controle concentrado, verificamos que o *modus* brasileiro não se distancia muito do europeu. No Brasil, o órgão competente para julgamento de ações de jurisdição constitucional é o STF, que acumula as funções de Corte Suprema e Corte Constitucional, consoante dispõe os arts. 102, I, a, CF:

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;

Suas decisões como Tribunal Constitucional possuem efeitos *erga omnes* e *ex tunc* diferentemente das cortes européias, podendo, em sentido contrário e nos termos do art. 27 da lei nº 9868/99, aplicar certa modulação temporal à decisão final a fim de preservar os atos por muito tempo consolidados, da mesma forma que é executado pela Suprema Corte norte-americana³⁵. Dispõe o art. 27 da mencionada lei:

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.

Da mesma forma que a Constituição Austríaca de 1920³⁶, a Constituição Brasileira desde longa data restringe o elenco de sujeitos legitimados para a propositura das diversas ações constitucionais³⁷, elenco que foi, com o decurso do tempo, ampliado até a forma como hoje se apresenta no art. 103, CF.

2.2.1 Controle Difuso

O controle difuso, assim como no sistema norte-americano, pode ser realizado por qualquer Juízo investido de jurisdição que, quando resolvendo um litígio entre partes, precise

35 LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12ª ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 196-197.

36 CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992. p. 105-106

37 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22ª ed. aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 332-333.

avaliar a constitucionalidade de uma norma que serve de fundamento para a pretensão autoral ou para a defesa do réu, motivo pelo qual este modelo também é chamado de controle de constitucionalidade pela via de defesa³⁸.

Nesta modalidade, pode ser objeto de controle qualquer ato normativo aplicável à espécie pouco importando o nível federativo deste ou do Juízo³⁹, cabendo, contudo algumas observações quanto ao grau de jurisdição em que é exercido.

Se argüida a inconstitucionalidade perante um juiz de primeiro grau, poderá ele monocraticamente declarar a inconstitucionalidade da norma e deixar de aplicá-la se este for seu entendimento. Já quando argüida diante de um colegiado, o controle difuso toma contornos próprios⁴⁰. Ao ser suscitada a inconstitucionalidade perante o relator no tribunal, este submeterá a questão ao órgão fracionário (câmara, turma ou seção) para que avalie a constitucionalidade da norma. Entendendo pela inconstitucionalidade, o órgão fracionário deverá verificar se já há pronunciamento do pleno, do órgão especial ou dos tribunais superiores acerca da constitucionalidade daquele ato normativo, se houver, pode ele de pronto declarar a inconstitucionalidade da lei e negar sua aplicação ao caso concreto, caso contrário, deverá apresentar a questão ao pleno ou ao órgão especial do tribunal. Entendendo pela constitucionalidade, julga diretamente o mérito, aplicando a norma questionada.

Provocado o pleno ou o órgão especial, será avaliada a constitucionalidade da norma. Se declarada constitucional, como inconstitucional, caberá o órgão fracionário julgar o mérito da demanda originária obedecendo a decisão do pleno ou do órgão especial quanto à harmonização da norma indigitada com a Constituição Federal.

Cabe observar que no julgamento incidental da constitucionalidade pelos colegiados vige o princípio da reserva de plenário⁴¹, o qual reza que uma lei só pode ser declarada inconstitucional por um tribunal se o for pela maioria absoluta dos membros do pleno ou do respectivo órgão especial, o princípio visa proteger a norma de maiorias eventuais e com isso, evitar declarações inconvenientes de constitucionalidade.

Outra observação pertinente é sobre a declaração incidental realizada pelo Supremo Tribunal Federal⁴². Na instância de superposição, quando decidida a questão constitucional pelo plenário mediante provocação de órgão fracionário, aquele não devolverá a matéria a

38 BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 77-76.

39 *Ibid.* p. 80.

40 LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12ª ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 146-148.

41 MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 17ª ed. atual. São Paulo: Atlas, 2005. p. 638-639.

42 *Ibid.* p.150-151.

este para a resolução do mérito, mas o julgará, provocando em seguida o Senado Federal nos termos do já citado art. 52, X, da CF, para que suspenda a aplicação da lei inconstitucional e confira, assim, efeitos *erga omnes*.

A declaração incidental de constitucionalidade em si não transita em julgado, mesmo porque, se transitasse, estaria o Juízo usurpando a função precípua do Supremo Tribunal Federal e, ademais, a questão constitucional é somente prejudicial ao mérito do caso concreto, não sendo possível o seu trânsito em julgado, por força do art. 469, III, c/c art. 470, ambos do Código de Processo Civil⁴³ (CPC). Por ser uma questão prejudicial ao mérito deduzido em juízo, a declaração de inconstitucionalidade incidental, nos termos do art. 472 do CPC possui, via de regra, um efeito *inter partes*⁴⁴.

Seguindo a doutrina norte-americana do controle judicial de constitucionalidade, o juiz brasileiro, ao reconhecer uma inconstitucionalidade suscitada incidentalmente em uma demanda, está declarando um vício pré-existente ao litígio, uma condição que invalida a pretensão ou a resistência de uma das partes antes mesmo de surgir a lide, portanto, e em respeito à supremacia da constituição, a lei inconstitucional é nula, pois nunca poderia ter produzido efeitos, conferindo à declaração efeitos *ex tunc*⁴⁵.

A eficácia subjetiva pode tomar contornos próprios se a questão constitucional é suscitada perante o STF. Como já visto, o órgão de cúpula do Poder Judiciário, se decidir pela inconstitucionalidade da lei, deverá provocar o Senado Federal para suspender a execução da lei, com base no art. 52, X, CF. Se o Senado emitir resolução suspendendo a execução da lei, surgem duas situações distintas, a saber: uma se refere às partes no litígio originário, os efeitos da decisão serão retroativos, pouco importando a emissão ou não de declaração pelo Senado Federal; a outra diz respeito à Resolução do Senado, uma vez suspensa a execução de uma lei, tal resolução possui efeitos *erga omnes*, conferindo esta mesma eficácia subjetiva à declaração do STF, porém, para todos aqueles que não figuraram no processo que deu ensejo à declaração de inconstitucionalidade, os efeitos desta serão meramente prospectivos⁴⁶.

43 BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 17 de janeiro de 1973.

44 BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 104-105.

45 LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12ª ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 641.

46 LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12ª ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 639-641.

Não obstante a eficácia temporal diferenciada, nada impede que seja realizada a modulação temporal dos efeitos de declaração de inconstitucionalidade pelo STF, com o fim de resguardar situações jurídicas já consolidadas, a boa-fé e a coisa julgada anterior⁴⁷.

2.2.2 Controle Concentrado

O controle de constitucionalidade pela via principal foi introduzido no Brasil pela constituição de 1934, na modalidade de representação interventiva do Procurador-Geral da República perante o Supremo Tribunal Federal⁴⁸ e, assim como na atual Ação Direta Interventiva, ensejava a intervenção federal nos Estados em caso de violação aos princípios constitucionais sensíveis. O controle direto da constitucionalidade das leis só surgiu em 1965, através da emenda constitucional nº 16, que criou a ação genérica de arguição de constitucionalidade, similar ao modelo existente hoje⁴⁹.

Enquanto pela via de exceção a questão constitucional é prejudicial ao mérito discutido entre as partes litigantes, na via de ação, a questão constitucional é o próprio mérito⁵⁰. Como o ataque se dá à lei abstratamente considerada, não há uma situação concreta que reclame a aplicação ou afastamento da norma posta em dúvida e, conseqüentemente, não há que se falar em partes litigantes.

O legitimado, ao provocar a jurisdição constitucional, deverá indicar quais os dispositivos infraconstitucionais que entende eivados de inconstitucionalidade e quais os artigos, parágrafos, incisos ou alíneas da constituição que restaram afrontados⁵¹. Embora esteja a declaração do Supremo limitada somente aos artigos de lei invocados, o paradigma de constitucionalidade não está adstrito ao indicado pelo legitimado para a propositura, podendo o Supremo Tribunal Federal verificar a conformidade com todo o texto constitucional⁵².

Ao STF, como único órgão competente para exercer a jurisdição constitucional em âmbito federal e aos Tribunais de Justiça em âmbito estadual, segundo a doutrina idealizada por Hans Kelsen, só é permitido atuar como legislador negativo, retirando do ordenamento jurídico a norma contrária à Lei Maior, sendo-lhes vedado inovar na ordem jurídica sob pena

47 BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 108.

48 *Ibid.* p. 133.

49 *Idem.*

50 LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12ª ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 158.

51 BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 134.

52 *Ibid.* p. 135.

de violação ao princípio da separação harmônica dos poderes do art. 2º da Constituição Federal, por usurpação de competência do Poder Legislativo.

No plano federal, a norma indigitada deve ser confrontada com a Constituição Federal, sendo o STF competente para o julgamento da demanda. No plano estadual, para ser possível o controle perante a Constituição Estadual, esta deve prever expressamente a possibilidade do exercício da jurisdição constitucional estadual pelo respectivo Tribunal de Justiça⁵³.

O controle concentrado de constitucionalidade no Brasil comporta as seguintes ações: ação direta de inconstitucionalidade (ADIn), ação declaratória de constitucionalidade (ADC), ação de inconstitucionalidade por omissão (ADIn por omissão), ação direta interventiva (ADIn interventiva), e arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

2.2.2.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade

A ação direta de inconstitucionalidade ou ADIn é o meio hábil a impugnar lei ou ato normativo federal ou estadual frente à Constituição da República, opera, via de regra, efeitos *ex tunc* e *erga omnes*, e é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, como já esposado.

2.2.2.1.1 Objeto

No plano federal, o objeto do controle de constitucionalidade é a consonância entre a lei ou o ato normativo federal ou estadual e a Constituição Federal. Por lei ou ato normativo tem-se um amplo elenco de espécies normativas a seguir tratadas individualmente e de acordo com suas especificidades.

A emenda constitucional, segundo entendimento pacífico na doutrina, pode ser atacada pela via da ADIn sob dois aspectos: o formal e o material⁵⁴. Sob o aspecto formal, a inconstitucionalidade reside em defeito ocorrido durante o processo de elaboração e votação da emenda. No aspecto material, a emenda constitucional já aprovada viola outra norma da Lei Suprema, por exemplo, tratando de matéria vedada à emenda constitucional pelo art. 60, § 4º, CF, vulnerando cláusula pétrea. Há também outros aspectos constantes do art. 60 que podem causar a inconstitucionalidade de uma emenda constitucional, são limitações expressas ao poder reformador do constituinte derivado postas pelo constituinte originário, dentre as quais se encontram as limitações formais e materiais já citadas.

53 *Ibid.* p. 136-137.

54 *Ibid.* p. 150-151.

A doutrina⁵⁵ anota a existência no direito constitucional de limitações temporais ao poder de emenda à constituição pelo legislador constituinte derivado, muito embora a Constituição da República Federativa do Brasil não prevê expressamente esta limitação⁵⁶, descabendo, pois, neste trabalho, seu tratamento pormenorizado.

O art. 60, § 1º, CF prevê limitações de caráter circunstancial, são situações cuja excepcionalidade impede a edição de emenda constitucional por risco de violação da imparcialidade do legislador⁵⁷, tais como o estado de sítio, estado de defesa e a intervenção federal.

Há, também, limitações implícitas não previstas no art. 60 CF denominadas por Paulo Bonavides como proibição às “fraudes à constituição”⁵⁸, que seriam reformas ainda que formalmente parciais, tendentes a modificar *in totum* a Constituição Federal. O eminente constitucionalista sinaliza, ainda, a vedação a emendas com o intento de modificar o próprio sistema de revisão constitucional⁵⁹, pois daria ao poder constituinte derivado, que é em sua essência vinculado e limitado, faculdades desvinculadas e ilimitadas, características do poder constituinte originário.

A lei complementar destina-se a regular situações expressamente previstas pelo legislador constituinte, cuja regulamentação por norma constitucional é desnecessária e a fácil modificação da lei ordinária é inconveniente, assim, a lei complementar possui um *quorum* de aprovação⁶⁰ mais qualificado que aquele dispensado à lei ordinária. Porque tem seu âmbito de normatização fixado na constituição, é possível o controle de constitucionalidade de lei complementar se extravasados os limites constitucionalmente postos.

A lei ordinária e a lei delegada são passíveis de controle quando possuírem algum vício em seu processo de elaboração (ou da delegação no caso da lei delegada) ou quando sua matéria contradiz uma disposição constitucional.

O controle da medida provisória é, mormente, político e exercido pelo Presidente da República ao editá-la e pelo Congresso Nacional quando de sua apreciação, contudo, é possível seu controle pelo Judiciário em ocorrendo abuso de poder, incorrência flagrante de relevância e urgência à sua edição, violação aos limites materiais, ilegalidade ou, *in casu*,

55 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22ª ed. aum. e atual. São Paulo: Malheiros. 2008. p. 199-200.

56 MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 17ª ed. atual. São Paulo: Atlas, 2005 p. 591.

57 *Idem*.

58 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22ª ed. aum. e atual. São Paulo: Malheiros. 2008. p. 202.

59 *Ibid.* p. 203.

60 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 531.

inconstitucionalidade⁶¹. É entendimento da doutrina que a reedição da medida provisória ou sua conversão em lei extinguem o objeto da ADIn, salvo se o autor da ação aditar a petição inicial fazendo constar o pedido de apreciação da reedição ou da lei de conversão, ou se a lei de conversão não divergir em seu conteúdo daquele da medida provisória⁶².

Os decretos legislativos e as resoluções são espécies normativas previstas no art. 59 da CF, destinadas a, de forma geral, regular matéria de competência do Congresso Nacional (ou de uma das suas casas, no caso da resolução) com força de lei⁶³, sendo, assim, passível de controle concentrado por parte do STF se colidentes com a Constituição Federal⁶⁴.

No que diz respeito aos decretos que regulamentam leis infraconstitucionais, não podem ser objeto de jurisdição constitucional, posto que, se contrários à Lei Suprema, tal vício deriva da lei que busca regulamentar e, por isso, esta lei deve ser o objeto do controle perante a Carta Política. Se o decreto é autônomo, não possuindo lei intermediária entre ele e a Constituição Federal, então será possível o controle, pois o vício constitucional será dele próprio, não advindo de uma lei⁶⁵.

Por fim, cumpre discorrer acerca da situação peculiar dos tratados internacionais. Se versarem sobre direitos humanos e sua internalização ocorrer nos moldes do art. 5º, §3º, CF, passarão a ter *status* de emenda constitucional, sendo tratados como tal. Se forem internalizados com *quorum* inferior ao de 3/5 em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação, e tratarem de direitos e garantias individuais, gozarão do *status* de lei ordinária, assim como os demais tratados independente do *quorum* de aprovação, sendo-lhes pertinentes as mesmas considerações postas quanto à possibilidade de controle de constitucionalidade das leis ordinárias.

2.2.2.1.2 Competência

Seguindo o modelo de jurisdição constitucional europeu, o art. 102 concentra no STF a competência para o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade.

2.2.2.1.3 Legitimação

61 MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 17ª ed. atual. São Paulo: Atlas, 2005. p. 602.

62 *Ibid.* p. 604-605.

63 *Ibid.* p. 615-620.

64 BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 154-155.

65 *Ibid.* p. 155.

Originalmente, o controle concentrado tinha como legitimado para a propositura da então representação interventiva somente o Procurador-Geral da República⁶⁶. Após a criação da ação genérica em 1965, em 1988, por força da nova Carta Fundamental, o rol de legitimados para o ajuizamento da ADIn foi ampliado⁶⁷ para aquele hoje constante do art. 103, CF⁶⁸, *in verbis*:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
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; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
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.

Dentre os legitimados, convencionou o Supremo Tribunal Federal a dividi-los em duas categorias: a dos legitimados universais e a dos legitimados especiais. Estes carecem do requisito da pertinência temática para a provocação do STF⁶⁹, aqueles podem propor a ação independentemente de pertinência temática. Os legitimados universais são o Presidente da República, as Mesas do Senado e da Câmara dos Deputados, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e os partidos políticos com representação no Congresso Nacional. O elenco dos legitimados especiais compreende os Governadores de Estados e do Distrito Federal, as Mesas das Assembléias Legislativas e da Câmara Legislativa do Distrito Federal e as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional⁷⁰.

Certos aspectos devem ser apreciados pormenorizadamente diante de suas especificidades que escapam à regra geral.

Assim é que a pertinência temática necessária ao ajuizamento da ação direta pelos legitimados especiais diz respeito à relação que deve existir entre o interesse do legitimado e a

66 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22ª ed. aum. e atual. São Paulo: Malheiros. 2008. p. 328.

67 *Ibid.* p. 332.

68 BRASIL

69 LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12ª ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. P. 158.

70 *Idem.*

declaração de inconstitucionalidade da lei posta em dúvida⁷¹. Desta forma, não poderá, a título de exemplo, o Governador do Rio de Janeiro propor um ADIn com vistas a expurgar por vício de constitucionalidade uma lei do Estado do Acre, por faltar-lhe relação de pertinência entre seu interesse como Governador do Estado do Rio de Janeiro e a declaração de inconstitucionalidade da lei acreana.

As confederações sindicais e as entidades de classe de âmbito nacional para terem legitimidade, além de possuírem a pertinência temática acima esposada, devem representar os interesses de uma categoria profissional de forma homogênea, não se conferindo legitimidade aos entes que representam diversas e distintas categorias⁷². A Constituição faz menção ao “âmbito nacional”, entendendo o STF que, neste hipótese, as entidades devem possuir membros em no mínimo nove Estados-membros⁷³. As confederações sindicais, por sua vez devem comportar ao menos três federações e estarem presentes em pelo menos três Estados⁷⁴. Também possui legitimidade a associação de associações se presente a homogeneidade de categoria profissional⁷⁵.

O partido político, para possuir legitimidade, deve ter representação no Congresso Nacional, mesmo que o seja por único partidário. É entendimento do STF que a legitimidade deve ser aferida no momento da propositura da ação, não cabendo a extinção desta por falta de legitimidade ativa se ocorrer a perda superveniente da representação no Legislativo federal⁷⁶.

2.2.2.1.4 Efeitos da Decisão

No controle concentrado, bem como no modo difuso, a decisão final é declaratória, reconhecendo uma inconstitucionalidade já existente quando da promulgação da lei, possuindo, assim, eficácia *ex tunc*.

71 BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 140-141.

72 MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 17ª ed. atual. São Paulo: Atlas, 2005. p. 666.

73 BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 145.

74 *Ibid.* p. 147.

75 MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 17ª ed. atual. São Paulo: Atlas, 2005. p. 666-667.

76 LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12ª ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. P. 158. p 188.

Os efeitos temporais da decisão do STF podem, entretanto, ser mitigados através da modulação temporal introduzida pelo art. 27 da Lei nº 9.868/99⁷⁷, de inspiração portuguesa (Constituição de Portugal, art. 282.1⁷⁸) e alemã (Lei Orgânica da Corte Constitucional Alemã, § 31)⁷⁹. É ler o dispositivo lusitano:

Artigo 282.º

(Efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade)

1. A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a reprivatização das normas que ela, eventualmente, haja revogado.
2. Tratando-se, porém, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infração de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última.
3. Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido.
4. Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n.ºs 1 e 2.

Nesta mesma linha é o instituto pátrio:

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.

Através da modulação temporal, o STF pode conferir eficácia prospectiva (a partir da publicação da decisão ou de outro momento futuro) à declaração de inconstitucionalidade, mediante voto de dois terços de seus membros. A razão deste poder reside nas possíveis situações jurídicas estabelecidas com boa-fé e surgidas sob égide da lei declarada inconstitucional que, caso invalidadas desde seu nascedouro pela inconstitucionalidade, causariam graves danos, podendo até mesmo violar garantias constitucionais como a coisa julgada, o ato jurídico perfeito e o direito adquirido. Deste modo, estas situações, muito

77 BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF,

11 de novembro de 1999.

78 PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa, de 25 de abril de 1976. **Diário da República**, Lisboa, 12 de agosto de 2005, I série A, p. 4642-4686.

79 BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo:Saraiva, 2006. p. 186-187.

embora inconstitucionais, devem ser resguardadas a fim de se evitar um mal maior que a própria inconstitucionalidade.

Quanto à eficácia temporal da declaração de inconstitucionalidade, convém ressaltar o seu efeito repristinatório. Como sabido, o art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil exclui a repristinação do ordenamento jurídico brasileiro. Não obstante, existe o efeito repristinatório na decisão do STF em sede de controle concentrado, restaurando a norma anterior revogada por uma norma posterior julgada inconstitucional, salvo disposição em sentido contrário do Máximo Pretório. Em suma, só há efeito repristinatório automático no âmbito do controle concreto de constitucionalidade⁸⁰.

Como se verá adiante, a ação direta de inconstitucionalidade, caso improcedente, opera os efeitos de procedência da ação declaratória de constitucionalidade e vice-versa. Dito isto, importa estudar o trânsito em julgado da decisão em controle concentrado.

Segundo o entendimento de Luís Roberto Barroso⁸¹, se improcedente a ADIn, nada impede que o STF, apreciando nova argumentação, decida posteriormente pela inconstitucionalidade da lei anteriormente questionada, em virtude de mudança na interpretação constitucional, ou seja, a improcedência da ADIn não opera os efeitos da coisa julgada material

A ADIn, e as ações de controle concentrado, de uma maneira geral, por considerar a lei de forma abstrata, é um processo sem partes antagônicas, motivo pelo qual seus efeitos são oponíveis a todos indistintamente (*erga omnes*). Neste sentido é o comando normativo estampado no art. 28 da Lei nº 9.868/99:

Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão.
Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

Com toda propriedade, em um processo onde seu fim é verificar a compatibilidade de um diploma normativo com a ordem constitucional, seria no mínimo absurdo falar em eficácia *inter partes*, posto que assim restaria vulnerada a Constituição. Ademais, diferentemente do controle difuso, onde se busca a solução de um litígio, no controle

80 LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12ª ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. P. 158. p. 200-201.

81 BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 176.

concentrado a declaração da conformidade ou inconformidade da norma com a Carta Magna é o objeto da ação, cuja competência é do intérprete constitucional máximo, atuando os legitimados para a propositura da medida no interesse da coletividade.

Em sentido contrário ao método difuso, a decisão final em controle concentrado vincula os demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo, em função da abstração da decisão, apesar de não impedir que o STF reaprecie a matéria⁸². Sobre a vinculação dos Juízos inferiores e do Poder Executivo trata o art. 102, § 2º, CF:

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

[...]

§ 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.

O dispositivo *supra*, assim como o art. 28 da Lei nº 9.868/99, não contempla o Poder Legislativo dentre aqueles vinculados pela decisão do STF, não impedindo que o legislador reedite a norma inconstitucional, a qual deverá ser objeto de nova ADIn⁸³.

Por força do art. 469, I, do CPC, os motivos, ou seja, os fundamentos da sentença não fazem coisa julgada, mas o STF vem aplicando a teoria da transcendência dos motivos determinantes⁸⁴, pela qual transita em julgado não só a parte dispositiva, mas também os fundamentos da decisão que terminam por possuir os mesmos efeitos vinculantes do dispositivo do acórdão.

2.2.2.1.5 Pedido Liminar

Propício, por fim, tecer algumas breves considerações acerca da possibilidade de pedido liminar em ADIn. Como toda medida liminar, sua concessão carece da demonstração do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Com respeito à eficácia da decisão liminar, o deferimento do pedido vincula os demais órgãos do Poder Judiciário a observarem a decisão

82 *Ibid.* p. 170-181.

83 *Ibid.* p. 182-183.

84 LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12ª ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. P. 158. p. 170-171.

do Supremo em seus julgamentos futuros e presentes, não possuindo o mesmo efeito vinculante o indeferimento da medida⁸⁵.

2.2.2.2 Ação Declaratória de Constitucionalidade

Não obstante a presunção de constitucionalidade de todos os atos normativos emanados do Poder Público, a Constituição Federal prevê a ação declaratória de constitucionalidade. O fim desta ação, diferentemente da ADIn, é declarar a constitucionalidade da norma com vistas a pôr termo a interpretações dissonantes da lei e afastar a incerteza de sua constitucionalidade⁸⁶.

Consoante a doutrina ⁸⁷, a medida surge no ordenamento pátrio em nome da segurança jurídica e da isonomia para dirimir qualquer controvérsia que ponha em risco estes princípios.

A competência para seu processamento e a legitimação ativa se dão nos mesmos moldes da ADIn, conforme o disposto nos arts. 102, I, a e 103, *caput*, respectivamente, da Constituição Federal.

2.2.2.2.1 Crítica à ADC

Nas palavras de José Afonso da Silva, a ação declaratória de constitucionalidade cria um verdadeiro processo constitucional contencioso, na medida em que tem em foco pôr fim a discussão judicial sobre a constitucionalidade de uma norma, cingindo a discussão no sentido da conformidade da lei com a Carta Política⁸⁸.

Assim, como se verá a seguir, a decisão final no sentido da procedência da ação vinculará todos os Juízos inferiores, os quais, em seus julgados deverão aplicar a norma, independentemente de seu entendimento próprio e das provas coligidas pelas partes e suas respectivas alegações, ainda que estes sinalizem na direção da inconstitucionalidade.

Mais do que uma mera vinculação de órgãos inferiores, a medida, no entendimento do eminente doutrinador, perturba os princípios do acesso à justiça, da ampla defesa e do contraditório, pois impede que o indivíduo litigue sustentando sua tese em favor de sua pretensão ou de sua defesa perante a pretensão adversa e, ainda, sujeita os litigantes a uma decisão proferida em um processo onde eles não tiveram a oportunidade de defesa, de

85 BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 166-167.

86 MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 17ª ed. atual. São Paulo: Atlas, 2005. p. 689-690.

87 BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 203.

88 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 56-59

produzir provas e sequer de contraditar as alegações dos defensores da constitucionalidade da indigitada lei⁸⁹.

Do exposto verifica-se que um processo abstrato de constitucionalidade de lei, que não leva em consideração o valor social que influencia a interpretação da norma, toma forma de um verdadeiro processo concreto de constitucionalidade sem dar a possibilidade de defesa às partes que litigam nos tribunais e varas do país, por ter como pressuposto a existência de decisões ou debates em concreto no sentido da inconstitucionalidade de uma norma, cujas decisões viçarão vinculadas ao entendimento do STF⁹⁰.

Outro ponto que merece atenção é que a ação afigura-se como uma forma de defesa dos interesses da União Federal. Explica-se, o objeto da ADC, como será anotado em momento oportuno, é a declaração da constitucionalidade de lei federal, não fazendo a norma de regência menção a lei estadual perante a Constituição da República, como o faz na ADIn. Deste modo, o manejo da ação pode blindar a lei vulnerada, inclusive liminarmente, contra ataques, defendendo os interesses do governo federal em ver aquela determinada lei aplicada, pouco importando as incertezas que a têm em mira.

Sem embargo da exposição do ilustre mestre, também milita contra a ADC a presunção relativa de constitucionalidade conferida a todas as leis promulgadas e a própria existência da ação direta de inconstitucionalidade. É evidente a inconveniência do instituto em comento na medida em que todas as leis, para lograrem a promulgação e posterior publicação, devem passar pelas comissões internas das Casas do Congresso Nacional, as quais objetivam a verificação da conformidade do projeto de lei com a Lei Maior, só deixando o juiz de aplicar a lei após uma análise aprofundada, convencer-se de tal vício.

Ademais, a criação da ADIn afasta a necessidade da ADC pelos motivos já suscitados, a regra é a constitucionalidade, a inconstitucionalidade é a exceção, não sendo necessária medida tendente a evidenciar o que já é evidente, mas somente para excepcionar o que foge à regra.

Por fim, é de ver que a ADC perde a sua razão de ser frente ao efeito dúplice da decisão final na ação direta de inconstitucionalidade, como se verá adiante, pois a improcedência desta ação importa em declarar a constitucionalidade da lei vulnerada. Todavia, sem acobertar a decisão com a coisa julgada, de modo que ela poderá ser atacada futuramente, mediante mudança no entendimento constitucional.

89 *Idem.*

90 *Idem.*

Destaca Gilmar Ferreira Mendes⁹¹ que o instituto não é recente no ordenamento jurídico brasileiro, mas já existia nos primórdios do controle concentrado de constitucionalidade no país, quando só existia a representação interventiva. Consoante o Ministro, para que o Procurador-Geral da República pudesse representar a inconstitucionalidade de lei perante o Supremo Tribunal Federal, não necessitava estar convencido da inconstitucionalidade da norma, mas bastava que aquela norma fosse alvo de controvérsia quanto à sua conformidade com o Texto Maior, desta feita, servia a representação, em verdade, para pacificar dúvidas a respeito da adequação da lei à Carta Política, fosse pela inconstitucionalidade, fosse pela constitucionalidade.

Posteriormente, em 1970, através do regimento interno do STF, foi permitido ao PGR, ao ser provocado por terceiro para oferecer a representação, apresentar parecer contrário à inconstitucionalidade do diploma fustigado após o oferecimento da representação, assim, em verdade, estava o Procurador-Geral da República a provocar a Suprema Corte para que declarasse a constitucionalidade da norma.

2.2.2.2 Objeto

A ADC busca a declaração de constitucionalidade de atos normativos (aqui entendidos na mesma amplitude tratada no estudo da ADIn), com a exceção de que neste caso só pode ser objeto o ato normativo federal⁹², sendo facultado ao Estado-membro prever a ação declaratória de constitucionalidade de atos normativos estaduais e municipais perante a Constituição Estadual⁹³.

Para que seja conhecida a ação, faz-se necessário que o legitimado demonstre efetiva controvérsia quanto à constitucionalidade da lei questionada⁹⁴.

2.2.2.3 Efeitos da decisão

A decisão final em ADC possui os mesmos efeitos daquela em ADIn, à exceção do efeito objetivo que, ao invés de retirar a norma do ordenamento, a mantém, blindando-a contra futuros ataques⁹⁵. Assim, possui eficácia *erga omnes* e *ex tunc*, não restando possível a

91 MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 210-215.

92 BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 691.

93 *Ibid.* p. 207.

94 *Ibid.* p. 691.

95 BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 214.

restrição da eficácia *pro futuro* nos termos do art. 27 da Lei nº 9.868/99, por não haver alteração direta de relação jurídicas e não haver prejuízos à segurança jurídica⁹⁶.

2.2.2.2.4 Efeito dúplice

A improcedência da ADC gera os mesmos efeitos da procedência da ADIn e a improcedência desta gera os mesmos efeitos da procedência daquela, ou seja, a improcedência da ação declaratória de constitucionalidade enseja o reconhecimento da inconstitucionalidade da lei e a improcedência da ação direta de inconstitucionalidade confirma a sua adequação ao texto constitucional⁹⁷, posto que a decisão final na ADC não faz coisa julgada material.

Nada impede, porém, que declarada a constitucionalidade de uma lei, ela seja posteriormente objeto de ADIn se houver alteração da realidade constitucional.

2.2.2.2.5 Pedido liminar

Assim como na ADIn, é possível o pedido liminar em ADC. Enquanto naquela sede o deferimento da medida impede que a norma objeto do controle seja aplicada pelos Juízos inferiores, aqui a decisão que defere a medida obriga a aplicação da lei mesmo que sua conformidade com a constituição seja duvidosa⁹⁸. Como toda medida liminar, faz-se necessária a demonstração do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* para a sua concessão.

2.2.2.3 Ação direta de inconstitucionalidade por omissão

Muitas vezes a constituição deixa de regular determinadas situações por desnecessidade de que tais situações sejam normatizadas por leis com força constitucional, para tanto, basta a força normativa infraconstitucional de qualquer das espécies normativas, mormente da lei complementar, a serem editadas pelo legislador ordinário.

Ocorre que o poder de legislar é uma faculdade e não um dever, em virtude da independência dos poderes e, muitas vezes, deixa o legislador de editar norma atinente à

96 *Ibid.* p. 215.

97 *Ibid.* p. 696.

98 MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 17ª ed. atual. São Paulo: Atlas, 2005. p. 694-695.

previsão constitucional⁹⁹, dando causa à omissão a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção buscam suprir.

O instituto é de inspiração portuguesa¹⁰⁰, como se verifica do teor do art. 283º do texto constitucional luso. Confira-se:

Artigo 283.º

(Inconstitucionalidade por omissão)

1. A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos presidentes das Assembleias Legislativas das regiões autónomas, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais.

2. Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente.

Apesar da boa origem, José Afonso da Silva¹⁰¹ faz críticas pertinentes à ADIn por omissão pátria. Destacadamente a Constituição da República Federativa do Brasil não prevê um tribunal constitucional com feições lusitanas, mas confere ao Supremo Tribunal Federal a competência para apreciar as questões constitucionais, ao atribuir-lhe a “guarda precípua da Constituição”. Não há previsão de ação popular de inconstitucionalidade por omissão como há em certos países europeus, mantendo o sistema nacional os mesmos legitimados para a propositura da ADIn genérica sem contemplar o indivíduo, muito embora exista no sistema brasileiro o mandado de injunção que se presta ao mesmo fim, como se verá oportunamente. Anota, ainda, aquele autor que é ineficaz o mandamento final de mera notificação ao Poder omisso sem efeitos concretos para remediar a ausência da norma, na medida em que seria plenamente harmonioso com o princípio da separação dos poderes e da discricionariedade do legislador que o STF, reconhecendo a omissão, a suprisse de pronto de modo que sua decisão gerasse efeitos somente enquanto não editado o diploma faltante.

2.2.2.3.1 Objeto

99 *Ibid.* p. 223-224.

100 LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12ª ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. P. 158. p. 217.

101 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 47-49

O objeto desta ação é a omissão de qualquer dos poderes constituídos ou de órgão administrativo em editar uma norma prevista constitucionalmente para regulamentar determinada situação jurídica, direito ou garantia constitucional¹⁰².

As omissões passíveis de serem remediadas pela vista desta ação são, comumente, aquelas decorrentes de ausência normativa em face de normas constitucionais de eficácia limitada e normas programáticas¹⁰³.

O objetivo do legitimado ao propor a ADIn por omissão é preencher uma lacuna no ordenamento jurídico provocada pela falta de uma lei (em sentido amplo) constitucionalmente prevista, de forma a garantir o exercício de um direito constitucional ou o cumprimento de uma determinação da Lei Maior.

2.2.2.3.2 Legitimação

Os legitimados para o ajuizamento são os mesmos legitimados para a ADIn e para a ADC previstos no art. 103 da CF, cabendo as mesmas observações apontadas quando do estudo da legitimação para aquelas ações¹⁰⁴.

2.2.2.3.3 Efeitos e impossibilidade de concessão de medida liminar

A procedência da ADIn por omissão produz efeitos condicionados ao órgão competente para a elaboração da norma faltante. Se órgão administrativo, o STF o comunicará para que em trinta dias supra a omissão sob pena de responsabilização. Se órgão do Poder Legislativo, o Supremo Tribunal Federal comunicará sobre a omissão, sem estabelecer prazo para a feitura da norma, mas de pronto constituindo o legislador em mora, com efeitos retroativos e *erga omnes*, possibilitando a responsabilização do órgão em ocorrendo qualquer prejuízo¹⁰⁵.

Como corolário do princípio da separação dos poderes, não poderá o STF suprir a omissão normativa, razão pela qual também lhe é vedada a concessão de medida liminar em âmbito de ação direta de inconstitucionalidade por omissão¹⁰⁶.

2.2.2.3.4 ADIn por omissão e mandado de injunção

102 LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12ª ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. P. 158. p. 219-220.

103 MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 17ª ed. atual. São Paulo: Atlas, 2005. p. 686.

104 *Ibid.* p. 687.

105 *Ibid.* p. 688.

106 BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 233-234.

Assim como as demais ações de controle de constitucionalidade, a ADIn por omissão tem lugar somente no plano abstrato, não sendo possível argüir uma omissão *in concreto*, ou seja, no deslinde de uma demanda judicial. Com este fim, previu o legislador constitucional o mandado de injunção, um remédio constitucional destinado à tutela de um direito previsto na Norma Superior, cujo exercício em uma situação concreta é obstado pela ausência de norma infraconstitucional que o regulamente¹⁰⁷. Eis a primeira distinção entre os dois institutos.

A competência para a apreciação do mandado de injunção é do Supremo Tribunal Federal nos casos do art. 102, I, “q” e II, “a”, CF, do Superior Tribunal de Justiça na hipótese do art. 105, I, “h”, CF e dos Tribunais Regionais Eleitorais nos termos do art. 121, § 4º, V, CF¹⁰⁸.

A legitimação para o ajuizamento da ação é do titular do direito cujo exercício foi obstaculizado pela omissão normativa, via de regra é o indivíduo¹⁰⁹, que pode ser representado por entes coletivos.

Há, ainda, a possibilidade de impetração de mandado de injunção coletivo se o direito em questão for de ordem coletiva ou difusa, sendo facultado ao Ministério Público e à Defensoria Pública a propositura da demanda¹¹⁰.

Entende parte da doutrina¹¹¹ que ao contrário da ADIn por omissão, a decisão final em sede de mandado de injunção possui o condão de regulamentar o exercício do direito prejudicado pela inércia legislativa.

Em sentido contrário à ADIn por omissão, a decisão do mandado de injunção ocorre no âmbito de uma situação concretamente considerada, gerando efeitos somente *inter partes*.

2.2.2.4 Argüição de descumprimento de preceito fundamental

Das ações de controle concentrado, a ADPF é aquela que se apresenta mais abrangente com relação ao seu objeto. Enquanto a ADIn e a ADC têm como objetivo a declaração de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (e estadual no caso da ADIn) frente à Constituição Federal e a ADIn por omissão visa remediar a ausência

107 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 448.

108 BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 113.

109 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 448.

110 LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12ª ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. P. 158. p. 652.

111 BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 118-119.

de uma norma constitucionalmente prevista, a ADPF objetiva a retirada de uma lei da ordem jurídica por violação a um preceito fundamental constitucionalmente posto¹¹².

2.2.2.4.1 Objeto

A ADPF autônoma tem por objeto a supressão de ato do Poder Público que esteja prejudicando ou em vias de prejudicar um preceito fundamental. Neste sentido, qualquer ato emanado do ente público¹¹³, ou mesmo de particulares no exercício de função ou prestação de serviço público, seja este ato administrativo, legislativo ou judicial, pode ser vulnerado, afigurando-se possível, também, o ataque a espécies infralegais, cuja impugnação não pode ser feita através de ação direta¹¹⁴.

Por expressa dicção legal, a arguição incidental só se presta ao combate à lei¹¹⁵, entendendo o termo na mesma amplitude conferida no caso da ADIn, todavia, também por disposição da Lei nº 9.882/99¹¹⁶, com um espectro de incidência maior, visto que poderão ser questionados não só leis federais e estaduais perante a Carta Republicana, mas também leis municipais ou leis anteriores à Constituição.

2.2.2.4.2 Preceito fundamental

Antes de tratar de maneira mais aprofundada da ADPF e de seus pressupostos, deve-se discorrer sobre aquele que é o primeiro deles: a violação ou o descumprimento de um preceito fundamental.

Como todo conceito jurídico aberto, a conceituação de preceito fundamental gera grande dissenso na doutrina, havendo, todavia, acordo no sentido de que preceitos fundamentais não se confundem com direitos fundamentais, mas os abarcam¹¹⁷.

Os pontos mais comumente invocados para a identificação do termo são os direitos fundamentais individuais, coletivos e difusos, a separação harmônica dos poderes, o sistema federativo, a democracia, a república e os princípios constitucionais sensíveis¹¹⁸.

112 *Ibid.* p. 243-244.

113 LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12ª ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. P. 158. p. 211.

114 BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo:Saraiva, 2006. p 262-271.

115 *Ibid.* p. 263.

116 BRASIL. Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 06 de dezembro de 1999.

117 BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo:Saraiva, 2006. p. 250.

118 *Idem.*

Deveras, de difícil conceituação, parece mais acertado identificar o que não se enquadra na categoria de preceito fundamental e atingir o conceito por exclusão¹¹⁹. É certo, contudo, que o conceito abrange princípios e normas essenciais ao indivíduo, à coletividade, à humanidade e ao bom funcionamento e manutenção do Estado Democrático de Direito.

2.2.2.4.3 Modalidades

Há duas modalidades de ADPF¹²⁰: a autônoma (repressiva ou preventiva¹²¹) e a incidental. A ADPF autônoma encontra fundamento no *caput* do art. 1º da Lei nº 9.882/99 e visa evitar (forma preventiva) ou reparar (forma repressiva) violação a preceito fundamental perpetrada pelo Poder Público.

A incidental decorre do parágrafo único, inciso I, do mesmo dispositivo e permite o ataque a lei, mesmo municipal ou anterior à Constituição, o que é vedado às outras formas de provocação da jurisdição constitucional, quando houver relevante controvérsia acerca da constitucionalidade da norma.

2.2.2.4.4 Pressupostos

Além dos pressupostos gerais abaixo descritos, cada uma das modalidades possui pressupostos específicos que serão estudados logo em seguida.

O conceito de preceito fundamental e sua difícil precisão já foram tratados. O manejo da ADPF carece de violação a tal preceito, violação esta que reclame a atuação do Poder Judiciário.

A ADPF é uma ação eminentemente subsidiária¹²², só tem cabimento quando impossível o ajuizamento de ADIn, ADC ou ADIn por omissão, como preconiza o art. 4º, § 1º, da Lei nº 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.

§ 1º Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.

119 LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12ª ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. P. 158. p. 211-212.

120 BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p.247-249

121 MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 17ª ed. atual. São Paulo: Atlas, 2005. p. 700-701.

122 *Ibid.* p. 698.

No que diz respeito à arguição incidental, deve haver uma real e relevante controvérsia sobre a constitucionalidade da lei objeto do ataque. Muito embora o nome do instituto possa levar à conclusão de que a medida tem lugar no decorrer de um caso concreto, não é o que ocorre, visto que o indivíduo não é parte legítima para a propositura da ação e sua incidentalidade se dá em meio a uma controvérsia judicial, seja jurisprudencial ou doutrinária, nesta linha, caberá ao legitimado demonstrar o dissenso sobre a conformidade de uma lei perante a Carta Política, sob pena de inadmissão¹²³.

Para o cabimento da ADPF autônoma, deve ser demonstrado efetivo dano ou risco de dano a preceito fundamental por ato do Poder Público, mais uma vez, necessitando de clara demonstração do dano ou risco com o fim de garantir a admissibilidade da ação¹²⁴.

2.2.2.4.5 Competência e Legitimação

A competência para o ajuizamento e sua legitimação ativa em nada diferem das outras ações aqui estudadas. O objetivo inicial do legislador era criar uma ação que permitisse ao cidadão provocar a jurisdição constitucional do STF, porém, esta disposição foi alvo de veto presidencial¹²⁵.

2.2.2.4.6 Efeitos da decisão

Do mesmo modo que na ADIn, a decisão final em ADPF possui eficácia *erga omnes*, vinculando todos os tribunais e juízes inferiores e a Administração Pública, pertinentes todos os comentários erigidos quando do estudo da ADIn, mormente no que toca à não vinculação do Poder Legislativo¹²⁶.

No que diz respeito à eficácia temporal, também será em caráter *ex tunc* e é igualmente possível a modulação temporal¹²⁷, nos termos do art. 11 da Lei nº 9.882/99:

Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição 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.

123 BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 257.

124 *Ibid.* p. 248.

125 *Ibid.* p. 257-261.

126 *Ibid.* p. 214.

127 *Ibid.* p. 214-215.

2.2.2.4.7 Pedido liminar

É expressa a possibilidade de concessão de medida liminar em sede de ADPF, que só poderá ser concedida monocraticamente, pelo relator, em casos urgentes ou durante o recesso do STF, devendo a concessão ser posteriormente confirmada pelo Tribunal Pleno. Caso contrário, a medida liminar só será conferida pela anuência da maioria absoluta dos ministros¹²⁸.

2.2.2.4.8 A ADIn 2231-8-DF

Tramita no Supremo Tribunal Federal a ADIn 2231/DF, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, com pedido liminar, atacando o inteiro teor da Lei nº 9.882/99, especialmente o art. 1º, parágrafo único, art. 5º, § 3º, art. 10, *caput* e § 3º e art. 11¹²⁹.

Segundo o Conselho Federal da OAB, o art. 1º, parágrafo único, que institui a ADPF incidental, viola o art. 102, § 1º, da Constituição Federal, posto que este não contempla a possibilidade de manejo da ação “[...] quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional [...]”, só permitindo o ajuizamento da ADPF quando o descumprimento de preceito fundamental for iminente ou já verificado, admitindo, portanto, somente a modalidade autônoma. Haveria, ainda, violação do art. 102, § 1º, CF, posto que o dispositivo da Lei nº 9.882/99 amplia e espectro de atuação da ADPF ao autorizar o ataque a atos normativos infralegais.

O art. 5º, § 3º, estabelece a possibilidade de concessão de medida liminar para suspender o andamento de processos e a execução de decisões dos Juízos inferiores, quando não acobertados pela coisa julgada e em havendo relação entre o processo ou decisão e a matéria discutida em sede de ADPF, violando a Lei Suprema, pois, segundo a parte autora da ADIn, desrespeitaria os princípios constitucionais do juiz natural e do devido processo legal, já que levaria ao STF o conhecimento de questão que está sendo discutida em Juízos inferiores, autorizando àquele suspender o trâmite dos processos ou a efetivação das decisões judiciais. Mais uma vez não haveria suporte no art. 102, § 1º, CF, diante da ausência de qualquer concessão de tais poderes ao STF.

128 LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12ª ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. P. 158. p. 211. 214.

129 CASTRO, Reginaldo Oscar de. MARTINS, Marcelo Mello. Petição inicial da ação direta de inconstitucionalidade nº 2231-8. **Supremo Tribunal Federal**. Brasília, 16 de junho de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/fazerDownload.asp?classe=ADI&processo=2231>>. Acesso em 02 de novembro de 2008.

Haveria violência ao art. 102, § 1º, CF, pelo art. 10, § 3º, da Lei nº 9.882/99, dada a ausência de previsão constitucional para se atribuir a eficácia *erga omnes* e *ex tunc* à decisão final prolatada na ADPF. Quanto ao *caput* do art. 10, este vulneraria a separação harmônica dos Poderes, ao permitir que o STF fixe “as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental”, conferindo efeitos normativos a decisão judicial.

Por fim, o art. 11 da lei em comento, ao instituir a modulação temporal no âmbito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, estaria ofendendo o princípio da legalidade e do Estado Democrático de Direito ao autorizar que uma lei declarada inconstitucional gere efeitos, posto que, pelo princípio da supremacia da Constituição, as normas inconstitucionais são nulas e, sendo assim, a inconstitucionalidade deveria gerar efeitos *ex tunc* e não prospectivos.

O Ministro Néri da Silveira, em decisão liminar, conferiu interpretação conforme a Constituição ao art. 1º, parágrafo único da Lei nº 9.882/99, excluindo o cabimento de ADPF com fundamento em controvérsias constitucionais já concretamente deduzidas em juízo, por entender que o dispositivo cria uma modalidade de controle abstrato de constitucionalidade não prevista pelo texto constitucional, não sendo autorizada sua criação por força de lei ordinária. Via de consequência, suspendeu a aplicação do art. 5º, § 3º, da mesma lei, o qual permite o sobrestamento de processos e decisões em instâncias inferiores, por estar a medida relacionada à arguição incidental do parágrafo único do art. 1º¹³⁰. A ADIn, até a presente data, não teve seu mérito julgado.

2.2.2.5 Ação Direta Interventiva

Como anotado no início deste trabalho, a primeira modalidade de controle concentrado surgiu com a constituição de 1934 sob o nome de representação interventiva, de titularidade do Procurador-Geral da República e de competência do Supremo Tribunal Federal¹³¹. Em 1965 foi criada a ação genérica, hoje conhecida como Ação Direta de Inconstitucionalidade¹³².

Não obstante o mais recente instrumento da jurisdição constitucional, o atual texto mantém a representação interventiva, modernamente denominada ação direta interventiva,

130 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Informativo nº 253, de 03 a 07 de dezembro de 2001. Dispõe sobre o julgamento da ADIn 2231-8-DF, dentre outras matérias. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo253.htm>>. Acesso em 06 de novembro de 2008.

131 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 50-51.

132 *Ibid.* p. 51.

com o fim de manter a ordem constitucional assegurando o respeito aos princípios constitucionais sensíveis insertos no art. 34, VII, CF.

A ação direta interventiva visa declarar a violação de um dos princípios constitucionais sensíveis por ato de competência estadual, através de provimento pelo STF de representação apresentada pelo Procurador-Geral da República¹³³.

Esta modalidade possui contornos distintos das demais formas de controle, consoante será tratado nas linhas a seguir, destacando desde já que a representação pelo Procurador-Geral da República e seu provimento pelo Supremo não se confundem com a intervenção propriamente dita. A representação é ato discricionário do PGR¹³⁴ e a intervenção é ato vinculado do Presidente da República, cujo pressuposto é o provimento pelo STF, nos termos do art. 36, III, CF.

Na esteira da doutrina¹³⁵, importa observar que não cabe em sede de ação direta interventiva o pedido liminar, descabendo maiores considerações sobre o assunto.

2.2.2.5.1 Objeto

É entendimento pacífico na doutrina¹³⁶ que o alvo da intervenção pode ser ato legal ou administrativo, seja ele comissivo ou omissivo, contanto que o ato ou a omissão viole ou intente violar a forma republicana, o sistema representativo, a democracia, os direitos da pessoa humana, a autonomia municipal, a prestação de contas da Administração Pública Direta ou Indireta ou o mínimo exigido para a aplicação da receita advinda de impostos estaduais (art. 34, VII, “a”, “b”, “c”, “d”, “e”, CF).

2.2.2.5.2 Competência

A competência para o processamento da representação é do Supremo Tribunal Federal, conforme preceitua o já aludido art. 36, III¹³⁷, CF. Provida a representação, abre-se caminho para a intervenção federal no Estado-membro ou Distrito Federal, não se afigurando possível a intervenção federal em Município, o que só é dado aos Estados mediante

133 LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12^a ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. P. 158. p. 224-225.

134 BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2^a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 282.

135 *Ibid.* p. 290-291.

136 LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12^a ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. P. 158. p. 225.

137 *Ibid.* p.284.

provimento pelo respectivo Tribunal de Justiça de representação do Procurador-Geral de Justiça para assegurar o respeito à ordem constitucional estadual¹³⁸.

2.2.2.5.3 Legitimação

A legitimidade para o ajuizamento da representação, como já esposado, é do Procurador-Geral da República, o qual possui ampla discricionariedade para avaliar a conveniência da ação¹³⁹.

Já no que toca ao decreto interventivo, é de competência do Presidente da República e é ato vinculado ao provimento da representação pelo Supremo Tribunal Federal¹⁴⁰.

2.2.2.5.4 Efeitos da decisão

O *decisum* do STF que dá provimento à representação do PGR não tem o condão de tornar nulo o ato ou lei estadual, mas reconhece sua inconstitucionalidade por violação aos princípios constitucionais sensíveis, sendo facultado ao Estado-membro revogar o ato vulnerado.

Quedando-se inerte o ente estadual, o Presidente da República expedirá o decreto interventivo, sustando o ato impugnado e, caso esta medida não seja suficiente à retomada da normalidade, determinará a efetivação da intervenção federal e nomeará interventor.

A decisão do STF, por não gerar efeitos práticos, possui natureza eminentemente *ex nunc*¹⁴¹. A intervenção federal em si, em decorrência do princípio da supremacia da Constituição, que vulnera o ato inconstitucional em seu nascedouro, possui efeito *ex tunc*¹⁴².

2.2.3 Amplitude da inconstitucionalidade

Em sede de controle concentrado, busca o Supremo Tribunal Federal aferir a conformidade da lei com a constituição, só terminando por expurgar por completo a lei do ordenamento jurídico se a inconstitucionalidade for tamanha que seja impossível à lei subsistir sem contrariar a Carta Cidadã. Neste intuito, além da declaração de inconstitucionalidade total, pode o STF lançar mão da declaração de constitucionalidade parcial mediante interpretação conforme a constituição com ou sem redução de texto¹⁴³.

138 *Idem*.

139 *Ibid.* p. 284-285.

140 *Ibid.* p. 292.

141 *Ibid.* p. 293.

142 *Ibid.* p. 294.

143 MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 17ª ed. atual. São Paulo: Atlas, 2005. p. 14.

Por meio da interpretação conforme a constituição com redução de texto, o STF declarará a inconstitucionalidade de apenas um ou alguns dispositivos da lei questionada ou mesmo de expressões, de modo que o restante continue gerando seus efeitos¹⁴⁴.

Através da interpretação conforme a constituição sem redução de texto, o STF procura encontrar uma linha interpretativa pela qual a norma impugnada possa se harmonizar com a constituição sem que o seu texto seja alterado. Este último método interpretativo pode se dar por indicação do STF de qual interpretação deve ser conferida à norma para que ela seja considerada constitucional ou afastando qualquer interpretação que enseje a inconstitucionalidade da norma¹⁴⁵.

144 *Ibid.* p. 12.

145 *Ibid.* p. 13.

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS

No período pós-Segunda Guerra Mundial, diversos Estados Nacionais passaram a prever em suas constituições, direitos e garantias individuais de modo a resguardar o cidadão de abusos das autoridades estatais, evitando o ressurgimento de todo o horror e violações gritantes aos direitos humanos cometidas pelos governos de exceção, em especial o nazista.

É neste cenário que o mundo vê nascer um processo de jurisdição constitucional que não só protege o ordenamento jurídico das inconstitucionalidades erroneamente promulgadas, mas protege também o indivíduo, agora munido de um vasto arsenal jurídico-processual.

3.1 As gerações ou dimensões

Os direitos fundamentais são classificados pela doutrina por meio de gerações ou dimensões, levando-se em consideração o momento histórico de seu nascedouro e o âmbito de proteção ao indivíduo.

Apesar de uníssono o posicionamento doutrinário acerca da ordem das gerações/dimensões e de seu conteúdo, parte da doutrina, como anota Ingo Wolfgang Sarlet¹⁴⁶, não concorda com o termo gerações, posto que traz consigo a idéia de superposição dos direitos fundamentais, de superação dos de geração mais remota pelos de geração mais recente, o que, realmente, é falso. A substituição dos direitos de primeira geração sustentados pela Revolução Francesa pelos direitos de terceira geração reconhecidos após a Segunda Guerra Mundial seria, evidentemente, um perigoso retrocesso, contrário à própria idéia dos direitos fundamentais. Estes direitos não se superam, mas, antes, se acumulam, se somam uns aos outros, aumentando, assim o patrimônio jurídico da humanidade a cada geração, motivo pelo qual a parte da doutrina citada pelo ilustre doutrinador prefere classificar os direitos fundamentais por dimensões.

Os direitos de primeira dimensão marcam o nascimento desta categoria como direitos de proteção do indivíduo contra o Estado, em razão das arbitrariedades perpetradas por este. São regras impositivas de abstenções ao poder estatal, como medidas para assegurar o pleno gozo das liberdades individuais¹⁴⁷. Como marcos históricos, podem ser citadas a Carta Magna de 1215 e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão. A primeira impôs limites à atuação do Rei João Sem Terra no trato com seus barões e súditos, como, por exemplo, a não

146 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6ª ed. rev., aum. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 54.

147 *Ibid*, p.55-56.

intervenção na propriedade privada, e determinou a responsabilização do soberano por eventuais excessos cometidos¹⁴⁸. A segunda protegia a nascente burguesia francesa dos abusos da nobreza então governante, fato que pode ser constatado notadamente pelo artigo 15 do referido documento que preconizava a prestação de contas da Administração Pública quando exigido pelo povo ¹⁴⁹.

A segunda dimensão é caracterizada por direitos econômicos, sociais e culturais cuja necessidade de tutela surgiu quando da revolução industrial e a crescente necessidade de auxílio prestacional por parte do Estado frente à carência da população por melhores condições sociais, de trabalho, saúde e educação; têm como objeto a sociedade como um todo¹⁵⁰, diferentemente dos de primeira dimensão que primam pelo cidadão individualmente considerado.

A terceira dimensão de direitos diz respeito à proteção do patrimônio jurídico da humanidade difusamente considerada¹⁵¹, sendo, não raro, identificados com os direitos a um meio ambiente saudável, à tecnologia, à paz, dentre outros. Tem como fatos geradores a eclosão dos dois conflitos mundiais, o crescente desmatamento e o próprio desenvolvimento tecnológico e social.

Há, ainda, os direitos de quarta dimensão, de incipiente tratamento na doutrina. Segundo Paulo Bonavides¹⁵², tal dimensão trata basicamente dos direitos à democracia e ao pluralismo, com fundamento nos avanços da tecnologia da informação, permitindo o exercício direto da democracia a nível global. Para Norberto Bobbio¹⁵³, a quarta dimensão surge como uma reação ao alarmante desenvolvimento da ciência, protegendo o patrimônio genético do homem das manipulações inconseqüentes e perigosas, os dados pessoais do indivíduo contra a onipresença do Estado e o meio ambiente contra a tóxica poluição gerada pela modernidade na indústria. Neste sentido, a Constituição da República Federativa do Brasil se apresenta concordante com os dizeres de Bobbio, ao prever o *habeas data* quando informações pessoais não forem prestadas pelos bancos de dados oficiais do Estado, a proteção ao meio ambiente contra a poluição, munindo o Ministério Público, e atualmente a Defensoria Pública, da ação

148 COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 83-84.

149 BRANDÃO, Adelino. **Os direitos humanos: antologia de textos históricos**. São Paulo: Landy, 2001. p. 45

150 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6ª ed. rev., aum. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 57-58.

151 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22ª ed. aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 569-570.

152 *Ibid.* p. 570-573.

153 BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. São Paulo: Campus, 2004. p. 222-232.

civil pública para este intento e armando o povo com a ação popular que, dentre outros objetivos, possui o mesmo fim.

Paulo Bonavides anuncia uma quinta dimensão de direitos fundamentais, capitaneada pelo direito à paz¹⁵⁴. O período pós Segunda Guerra Mundial evidenciou para os diversos povos a necessidade de se preservar a paz, com o fim de evitar as atrocidades perpetradas contra a pessoa humana e sua dignidade. Contudo, conforme assevera o eminente constitucionalista, tal garantia à paz abstratamente considerada e invocada como um ideal a ser seguido meramente no plano metafísico da filosofia não é suficiente no estágio atual, necessitando que tal direito seja positivado e que seu cumprimento seja fiscalizado pelos vários Estados, gerando efetiva norma jurídica de observância obrigatória sob pena de sanção do Poder Público em suas mais diversas esferas, e mais ainda, da humanidade como um todo.

3.2 Direitos Fundamentais e Direitos Humanos

Ao tratar propriamente dos direitos fundamentais, cabe tecer um comentário acerca da diferença apontada pela doutrina¹⁵⁵ entre estes e os direitos humanos e sua conseqüência dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Como anota Ingo Wolfgang Sarlet, a expressão *direitos fundamentais* remete aos direitos e garantias do indivíduo concernentes à sua natureza humana quando positivados em um diploma legislativo pertencente a determinado Estado, ou seja, os direitos fundamentais pressupõem uma relação de sujeição do indivíduo a um ordenamento jurídico.

Por outro lado, segundo o mesmo autor, os *direitos humanos* seriam os direitos inerentes à própria condição de ser humano, mas quando reconhecidos em documentos internacionais, de modo a conferir universalidade a tais direitos, independente de nacionalidade ou respeito a uma única Carta Política.

Assim, em resumo, os direitos são fundamentais quando positivados em uma constituição e são humanos quando reconhecidos internacionalmente, como nos tratados, por exemplo.

Contudo, e sem embargo do brilhantismo jurídico dos defensores de tal tese, a questão terminológica, ao menos no que diz respeito à Constituição da República Federativa do Brasil, parece ser inócua e desnecessária.

154 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22ª ed. aum. e atual. São Paulo: Malheiros. 2008. p. 579-593.

155 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6ª ed. rev., aum. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.p. 33-42.

A Emenda Constitucional nº 45/2004 adicionou o § 3º ao art. 5º da Constituição, o qual determina que “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”, ou seja, um tratado internacional sobre direitos humanos que seja aprovado tanto na Câmara dos Deputados, quanto no Senado Federal, por três quintos dos votos de seus respectivos membros, terá o *status* de emenda constitucional e, por via de consequência, *status* de direito fundamental, pois tanto a emenda constitucional quanto a norma constitucional positivam direitos fundamentais, consoante a doutrina já citada.

Segundo as professoras Vanessa Oliveira Batista, Luciana Boiteux de Figueiredo Rodriguez, Thula Rafaela Pires¹⁵⁶ e os professores Sidney Guerra e Lilian Balmant Emerique¹⁵⁷ em artigos distintos, existem quatro posicionamentos acerca da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento pátrio. *Uma primeira corrente*, capitaniada por Celso Albuquerque Mello e adotada pelo STF até a década de 1970 entende que os tratados internacionais de direitos humanos possuem *status* supraconstitucional, prevalecendo sobre o texto da Carta Política e sobre posteriores emendas constitucionais tendentes a aboli-lo ou modificá-lo. *A segunda corrente*, defendido por Antônio Augusto Cançado Trindade, sustenta a hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, em virtude da letra do art. 5º, § 2º, o qual dispõe que os direitos e garantias não se restringem àqueles dispostos na Constituição, incluindo também os decorrentes dos princípios adotados pelo Estado Democrático de Direito Brasileiro e dos tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte, permitindo a integração do rol de direitos fundamentais da constituição. *A terceira corrente* confere a força de lei ordinária aos tratados internacionais de direitos humanos, sendo adotada atualmente pelo STF, principalmente após o julgamento do Recurso Extraordinário 80004/SE, onde foi discutida a possibilidade de alteração da norma internacional por uma lei interna e posterior, a hierarquia de lei ordinária foi, em momento futuro, consolidada através do HC 72131/RJ, que sedimentou a supremacia da Constituição Federal sobre os tratados internacionais e a possibilidade de alteração ou revogação destes por leis ordinárias que lhes sejam posteriores. *A quarta e última corrente*, inaugurada pelo

156 BATISTA, Vanessa Oliveira; RODRIGUEZ, Luciana Boiteux de Figueiredo; PIRES Thula Rafaela. A Emenda Constitucional n.º 45/2004 e a constitucionalização dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil. **Revista Jurídica**, Brasília, v. 10, n. 90, Ed. Esp., p.01-44, abr./maio, 2008. Disponível em <www.planalto.gov.br/revistajuridica>. Acesso em 07 out. 2008.

157 EMERIQUE, Lilian Balmant; GUERRA, Sidney. A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira. **Revista Jurídica**, Brasília, v. 10, n. 90, Ed. Esp., p.01-34, abr./maio, 2008. Disponível em <www.planalto.gov.br/revistajuridica>. Acesso em 07 out. 2008.

Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento do Recurso de *Habeas Corpus* 79785/RJ, defende o *status* supralegal e infraconstitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, também com base na supremacia do texto constitucional e na importância dos direitos fundamentais, os quais possuem o condão de condicionar as leis ordinárias a respeitá-los, tese vigente na Alemanha e na França.

Apesar da prevalência da posição que advoga pela força constitucional dos tratados internacionais ter se estabelecido pelo art. 5º, § 3º, CF, resta dúvida quanto aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados antes da Emenda Constitucional nº 45/2004, à possibilidade de constitucionalização parcial do tratado e à condição do tratado internacional de direitos humanos quando sua ratificação não atinge o *quorum* fixado no dispositivo constitucional.

Apesar de grande dissenso acerca da constitucionalização dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados antes da Emenda Constitucional nº 45/2004, apresentam Vanessa Oliveira Batista, Luciana Boiteux de Figueiredo Rodriguez e Thula Rafaela Pires a possibilidade de criação de uma Comissão Especial, formada por membros das Comissões de Constituição, Justiça e Cidadania, Relações Exteriores e Defesa Nacional e de Direitos Humanos e Minorias com o fim de apreciar projetos de decretos legislativos tendentes à constitucionalização dos tratados internacionais de direitos humanos¹⁵⁸. Por sua vez, Lilian Balmant Emerique e Sidney Guerra defendem que os referidos tratados, mesmo que anteriores à Emenda Constitucional nº 45/2004, foram recepcionados como normas constitucionais¹⁵⁹, apresentando-se, com fulcro no art. 5º, § 2º, da CF como normas materialmente constitucionais.

No que toca à constitucionalização parcial dos tratados internacionais sobre direitos humanos, é patente a sua impossibilidade, na medida em que é vedado ao Congresso Nacional apresentar emendas ou ressalvas ao texto do tratado, só podendo aprová-lo ou rejeitá-lo totalmente, posto que a negociação envolvida nos tratados internacionais é de competência exclusiva do Presidente da República, sendo certo que o entendimento contrário implicaria em séria violação ao princípio da separação harmônica dos Poderes¹⁶⁰.

158 BATISTA, Vanessa Oliveira; RODRIGUEZ, Luciana Boiteux de Figueiredo; PIRES Thula Rafaela. A Emenda Constitucional n.º 45/2004 e a constitucionalização dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil. **Revista Jurídica**, Brasília, v. 10, n. 90, Ed. Esp., p.32-33, abr./maio, 2008. Disponível em <www.planalto.gov.br/revistajuridica>. Acesso em 07 out. 2008.

159 EMERIQUE, Lilian Balmant; GUERRA, Sidney. A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira. **Revista Jurídica**, Brasília, v. 10, n. 90, Ed. Esp., p.18, abr./maio, 2008. Disponível em <www.planalto.gov.br/revistajuridica>. Acesso em 07 out. 2008.

160 BATISTA, Vanessa Oliveira; RODRIGUEZ, Luciana Boiteux de Figueiredo; PIRES Thula Rafaela. A Emenda Constitucional n.º 45/2004 e a constitucionalização dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil. **Revista Jurídica**, Brasília, v. 10, n. 90, Ed. Esp., p. 33, abr./maio, 2008. Disponível em

Com relação aos tratados cuja internalização é aprovada com *quorum* inferior a três quintos em cada casa do Congresso Nacional, afigura-se inconveniente a imposição de um caráter de lei ordinária, pois, não obstante a menção expressa ao *quorum* pelo § 3º do art. 5º, o § 2º do mesmo dispositivo inclui expressamente na categoria dos direitos e garantias fundamentais os “tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, sem fazer qualquer ressalva quanto ao *quorum* de sua aprovação, razão pela qual devem ser considerados materialmente constitucionais¹⁶¹.

Diante da natureza constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, independentemente de seu modo de introdução no direito interno e de serem materialmente e formalmente ou só materialmente constitucionais, a linha divisória entre os direitos humanos e os direitos fundamentais é, portanto, transponível, mas tão somente no sentido dos primeiros para os segundos, diante da proibição inserida no art. 60, § 4º, IV, da CF:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...]

IV - os direitos e garantias individuais.

Isto posto, uma vez internalizado o tratado internacional de direitos humanos, passa a ter eficácia de emenda constitucional, assim, de direitos fundamentais, não podendo ser alvo de outra emenda constitucional com o fim de lhe abolir, à vista da expressa vedação contida no citado art. 60, § 4º. Uma vez que não pode ser revogado, não pode se desvincular da eficácia de norma constitucional, que, consoante já exposto, trata de direitos fundamentais.

O entendimento contrário levaria à situação de se possuir diplomas que, não obstante o fato de serem efetivamente emendas constitucionais, têm como objeto direitos humanos e não direitos fundamentais, contrariando a posição doutrinária inicialmente exposta.

Ademais, a divisão proposta é desnecessária, na medida em que tanto um, quanto o outro, possuem o escopo de exigir atitudes negativas e positivas do Estado a fim de se proteger o patrimônio jurídico inerente à condição de ser humano e permitir o exercício das prerrogativas advindas de tal condição.

<www.planalto.gov.br/revistajuridica>. Acesso em 07 out. 2008.

161 BATISTA, Vanessa Oliveira. RODRIGUEZ, Luciana Boiteux de Figueiredo; PIRES Thula Rafaela. A Emenda Constitucional n.º 45/2004 e a constitucionalização dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil. **Revista Jurídica**, Brasília, v. 10, n. 90, Ed. Esp., p. 34, abr./maio, 2008. Disponível em <www.planalto.gov.br/revistajuridica>. Acesso em 07 out. 2008.

A separação evidencia também, ao menos aparentemente, um retrocesso. Os primeiros documentos sobre o tema, como a Carta Magna de 1215¹⁶² e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789¹⁶³ tratavam dos direitos em comento, os quais, segundo a doutrina citada, por estarem presentes em diplomas nacionais, eram direitos fundamentais. Com o passar do tempo e as crescentes violações destes direitos através de dois conflitos mundiais, os direitos dispostos naqueles documentos passaram a ser reconhecidos por diversas nações, através de tratados internacionais, como necessários, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos do Homem¹⁶⁴, alcançando o *status* de direitos humanos e no Brasil, após a EC 45/04, estes mesmos direitos humanos, se internalizados, vão ao pódio de direitos fundamentais.

Mais uma justificativa para a desnecessidade da distinção reside no fato de o art. 5º da Constituição não ser um rol taxativo, mas exemplificativo, como assevera Pedro Lenza¹⁶⁵ ao citar o § 2º do referido artigo. Os direitos e garantias fundamentais, por expressa previsão, não estão adstritos àqueles dispostos no art. 5º, CF, podendo inclusive abranger os tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil, criando uma confusão entre direitos humanos e direitos fundamentais, do contrário, chegar-se-ia ao absurdo de não se poder invocar a proteção jurídica a um direito inerente à natureza humana pelo simples fato de tal direito não estar previsto no art. 5º ou mesmo de atacar o dito direito sob o fundamento de não estar previsto no elenco do artigo acima.

3.3 Os direitos fundamentais na Constituição Federal

Os direitos fundamentais são, não sem razão, uma das questões de maior preocupação do Direito brasileiro e estrangeiro, é por isso que a Constituição da República Federativa do Brasil dedica um dos maiores dispositivos já constatados em qualquer legislação pátria, o art. 5º e seus numerosos incisos, à proteção dos direitos e garantias individuais.

Conforme já explicitado, o rol de direitos fundamentais não é taxativo, mas exemplificativo e não restrito ao Título II, mas infiltrado nos diversos dispositivos do texto constitucional. A falta de organização sistemática dos direitos de terceira dimensão, ao contrário dos de primeira e segunda dimensão, que estão dispostos nos arts. 5º a 17, não significa sua supressão, o que pode ser evidenciado pela leitura, a título de exemplo, dos arts.

162 BRANDÃO, Adelino. **Os direitos humanos: antologia de textos históricos**. São Paulo: Landy, 2001. p. 65-

163 *Ibid.* p. 43-46.

164 *Ibid.* p. 97-105.

165 LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 591.

225 (direito a um meio ambiente equilibrado) e art. 4, VI e VII (defesa da paz e solução pacífica dos conflitos)¹⁶⁶, ressalvada a respeitável posição de Paulo Bonavides de ser este último um direito de quinta geração.

Ao dispor de maneira tão pormenorizada, a CF/88 está em perfeita sintonia com a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, que em seu artigo 16 estabelece: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.”

Neste sentido, quase todas as constituições brasileiras previram direitos de ordem fundamental¹⁶⁷. A Constituição do Império garantia em seu art. 179 a inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros.

A primeira Constituição da República estabeleceu a liberdade de culto, ampliou os direitos individuais do cidadão e introduziu o *habeas corpus* na ordem jurídica nacional.

A Constituição de 1934 adicionou os direitos sociais à categoria dos direitos fundamentais, ampliou os direitos e garantias individuais, introduziu o mandado de segurança e a ação popular como remédios constitucionais.

A Constituição do Estado Novo, por ser uma constituição de cunho autoritário, foi um retrocesso para a crescente evolução dos direitos humanos no Brasil, restringindo-os e acabando com o mandado de segurança e a ação popular.

A Constituição Federal de 1946 reintroduziu o mandado de segurança e a ação popular no texto constitucional e restabeleceu a democracia.

A carta política de 1967, mais uma vez, freou a evolução dos direitos fundamentais, restringindo os direitos individuais e autorizando sua supressão em certos casos.

A Emenda Constitucional de 1969 foi o ápice do retrocesso, sendo até por muitos doutrinadores chamada de anticonstituição, pois autorizava a sujeição da Lei Superior aos atos institucionais.

A atual e celebrada Constituição de 1988, também chamada de Constituição Cidadã, em virtude de suas garantias de ordem individual, coletiva, social e política, em patente contraposição ao período da ditadura militar, inovou ao dispor sobre os direitos fundamentais antes da organização do Estado, o que destaca a importância, hoje, destes direitos no Brasil; restabeleceu o regime democrático, ampliou sobremaneira a lista de garantias e direitos, introduziu novos remédios constitucionais, como o *habeas data*, o mandado de segurança

166 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6ª ed. rev., aum. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 80.

167 CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 12ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 343-348.

coletivo e o mandado de injunção; restabeleceu as demais ações constitucionais anteriormente suprimidas, criou os direitos difusos e coletivos na ordem nacional, ampliou os direitos sociais e políticos, dentre outras providências não menos gloriosas.

Pelo que exposto, é evidente a preocupação da atual Carta Política com os direitos fundamentais e sua mais eficaz tutela, tutela esta que, por estarem inseridos no texto constitucional, afigura-se plenamente válida pela via do controle de constitucionalidade.

3.4 A eficácia dos direitos fundamentais na Constituição de 1988

A questão da eficácia dos direitos fundamentais é um tema controverso na doutrina. Muito embora a redação do art.5º, § 1º seja clara, ao menos a princípio, não há acordo quanto à sua abrangência.

Para início do estudo proposto, importa explicitar a classificação das normas constitucionais quanto à sua eficácia, apresentada pelo professor José Afonso da Silva¹⁶⁸, em normas de eficácia plena, normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada. Não obstante o brilhantismo de outras proposições, como a da professora Maria Helena Diniz¹⁶⁹, a classificação elaborada pelo doutrinador de São Paulo parece suficiente para ilustrar a problemática em discussão sem adentrar na seara da eficácia das normas constitucionais como um todo.

Normas de eficácia plena são aquelas que desde a sua criação já possuem força normativa suficiente para, de pronto, produzir efeitos sem necessidade de qualquer regulamentação posterior.

Normas de eficácia contida são normas constitucionais que, embora sejam prontamente aplicáveis e eficazes como as normas de eficácia plena, podem sofrer restrições à sua eficácia por força de lei infraconstitucional.

Já as normas de eficácia limitada não possuem força suficiente para gerar efeitos desde sua origem, carecendo de posterior diploma legal que lhe garanta a força e eficácia normativa para gerar efeitos no plano concreto, dentre estas encontram-se as normas declaratórias de princípios programáticos e as declaratórias de princípios institutivos e organizatórios. Aquelas prevêm, resumidamente, objetivos ou programas a serem alcançados e seguidos pelo Estado no exercício de suas funções, conceituação importante para este ponto do estudo.

168 SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 89-91.

169 DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 98-103.

Retomando a temática dos direitos fundamentais, levanta-se uma dúvida quanto à sua eficácia diante do texto do art. 5º, § 1º, CF, o qual estabelece que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais terão aplicabilidade imediata, dando a entender que todas as normas contidas no Título II são de eficácia plena.

Contudo, a técnica de positivação de cada instituto fundamental pode levar a entendimento contrário, posto que muitos dispositivos contidos no Título II da Constituição Federal possuem feições de normas constitucionais de eficácia limitada¹⁷⁰.

Para iniciar a solução do problema, é pertinente a classificação apresentada por Ingo Wolfgang Sarlet, que apresenta os direitos fundamentais como direitos de defesa e direitos a prestações. Aqueles dizem respeito às prerrogativas protetivas à atuação estatal titularizadas pelo indivíduo enquanto pessoa humana, enquanto estes compreendem o conjunto de direitos a uma prestação do ente estatal em respeito à dignidade humana de seus cidadãos¹⁷¹.

Em virtude da necessidade da atuação positiva do Estado para a efetivação dos direitos a prestações e da positivação de tais dispositivos, ao menos aparentemente, como normas programáticas, questiona-se quanto à aplicabilidade imediata conferida pelo art. 5º, § 1º, CF.

Portanto, importa avaliar a abrangência do art. 5º, § 1º, CF, para verificar qual a verdadeira eficácia dos direitos fundamentais inscritos na Carta Política de 1988.

Uma interpretação topográfica e mesmo gramatical pode levar ao entendimento de que o instituto em comento se relaciona somente com os direitos abarcados no Título II, pois a eficácia plena dos direitos fundamentais está disposta no art. 5º, que faz parte do referido Título, e menciona seu nome: “Direitos e Garantias Fundamentais”. Contudo, há que se observar a amplitude material dos direitos fundamentais expressa no art. 5º, § 2º da Lei Suprema, a qual abarca como direitos fundamentais outros não expressos no extenso rol do art. 5º, levando a um entendimento, por interpretação sistemática de que o art. 5º, § 1º, combinado com o art. 5º, § 2º, confere a todos os direitos fundamentais, independentemente de sua forma de positivação ou localização no texto constitucional, eficácia plena e imediata¹⁷².

O entendimento, apesar de seu espírito garantista, encontra óbices na efetivação de alguns direitos, principalmente naqueles que possuem evidentes características programáticas, visto que carecem da vontade legislativa para a edição de sua norma regulamentadora e de vontade política para a materialização dos atos tendentes ao cumprimento do direito no plano

170 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6ª ed. rev., aum. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 268.

171 *Ibid.* p. 270.

172 *Ibid.* p. 271-274.

concreto. Há, ainda, um argumento tendente a impedir, a aplicação do parágrafo em comento a esta categoria de direitos fundamentais “programáticos”, assentando que o legislador constituinte derivado está limitado e vinculado ao que foi estabelecido pelo legislador constituinte originário¹⁷³, portanto, se este deu à norma eficácia limitada, não poderia aquele, no exercício do poder de reforma, ampliar o que foi restritivamente imposto pelo redator original da Constituição.

Em sentido contrário, a aplicabilidade imediata determinada pelo legislador constituinte derivado só estabeleceu, de forma automática, o que era deferido pelo texto original ao permitir a efetivação dos direitos fundamentais dependentes de regulamentação infraconstitucional pela via da ação direta de inconstitucionalidade por omissão ou pelo mandado de injunção¹⁷⁴, este permitindo a provocação direta do Judiciário pelo titular do direito carente de lei de regência.

A despeito de quaisquer entendimentos contrários à aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais de aparência programática, é certo que estes se encontram na categoria de direitos fundamentais, ou seja, no Título II, merecendo, por força da literalidade do art. 5º, § 1º, pronta eficácia, independentemente de sua forma de positivação ou dependência de regulamentação infraconstitucional¹⁷⁵. Entretanto, não há como negar a dificuldade de plena efetivação concreta de tais direitos na medida em que muitos dependem da realização de políticas públicas ou mesmo obras, como, a título de exemplo, a construção de hospitais e postos de saúde para a plenitude do direito à saúde. Ainda assim, apesar da influência do mínimo existencial, da reserva do possível e fatores extrajurídicos restringindo o exercício desta espécie de direitos fundamentais, é evidente que sua natureza e a disposição do texto constitucional em comento garantem, ao menos, um mínimo de eficácia a estes direitos¹⁷⁶, mesmo que não gerando a efetiva proteção visada pela norma, sob pena de se negar efetividade art. 5º, § 1º.

Diante desta constatação, verifica-se que, dentro da classificação proposta por José Afonso da Silva, os direitos fundamentais “programáticos” não se enquadram em nenhuma das três categorias. Não são normas de eficácia plena, pois dependem de atuação do legislador para que gerem seus efeitos totais, não são normas de eficácia contida, pois não têm plena eficácia e esta não pode ser restringida por lei infraconstitucional, mas maximizada ou

173 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22ª ed. aum. e atual. São Paulo: Malheiros. 2008. p.

151.

174 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6ª ed. rev., aum. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 275.

175 *Ibid.* p. 281-283.

176 *Ibid.* p. 305-309

otimizada, e não são normas de eficácia limitada, pois, a despeito da ausência de plenitude de efeitos, possuem um mínimo de força eficaz, de modo que geram certos efeitos independentemente de regulamentação pelo legislador ordinário.

Os efeitos que independem de regulamentação para que se verifiquem são: a força revogatória, a vinculação do legislador ordinário, a limitação à atuação do Estado, a criação de cláusula pétrea e, em todos os casos, a formação de um paradigma de constitucionalidade para a aferição da conformidade das leis com a Constituição Federal ou de um critério de interpretação¹⁷⁷.

A norma fundamental revogará todo o texto legal que com ela seja contrário, recepcionando todas as normas com ela condizentes, que só poderão, *in casu*, ser atacadas via ADPF, e funcionará como paradigma para o controle de constitucionalidade das leis inferiores, autorizando, de plano, a não aplicação por inconstitucionalidade do diploma em choque com o direito fundamental e criando, também, parâmetro para a interpretação de leis e atos normativos do Poder Público para sua adequação à Constituição Federal.

Imporá, ainda, ao legislador a elaboração da lei regulamentadora e ao Poder Executivo a realização das políticas públicas necessárias à concretização do direito fundamental “programático” dentro dos limites impostos em seu texto e nunca em sentido contrário a ele, sob pena de inconstitucionalidade atacável pelas vias de controle abstrato já estudadas, principalmente pela ADIn por omissão, com a possibilidade de responsabilização do Executivo e de constituição em mora do legislador.

Mesmo que a concretização do direito fundamental de cunho prestacional não seja possível, ele impõe ao Estado sua observância como limite à atuação estatal, funcionando, neste momento, como direito negativo ao impedir que a Administração Pública atue no sentido contrário à norma de direito fundamental, o que também possibilita a declaração de inconstitucionalidade do ato do Poder Público por meio da ADPF autônoma.

Por fim, o direito fundamental “prestacional” ou “programático” institui uma cláusula pétrea, por ser um direito fundamental, mesmo que de efeitos reduzidos em virtude de sua baixa densidade normativa, por força do art. 60, § 4º, CF.

Em que pese a plausibilidade da tese da mínima eficácia dos direitos fundamentais, o STF, no julgamento do Mandado de Injunção nº 438/GO¹⁷⁸, que versava sobre o direito de

¹⁷⁷ *Ibid.* p. 309-314.

¹⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Administrativo. Direito de greve de funcionários públicos. Art. 37, VII, da Constituição Federal. Mandado de injunção nº 438. Impetrante: Sindicato dos Trabalhadores em Educação de Goiás – SINTEGO. Impetrados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Néri da Silveira. Brasília, 11 de novembro de 1994. Diário da Justiça. Brasília, 16 de junho de 1995. p. 18267.

greve de professores e funcionários administrativos da Secretaria de Educação, Cultura e Desporto do Estado de Goiás, limitou-se a constituir o legislador ordinário em mora para que elabore a lei regulamentadora do exercício de greve previsto no art. 37, VII, CF, sem, contudo, determinar qualquer outra providência no sentido de aplicar o referido dispositivo constitucional.

Muito embora este posicionamento tenha sofrido temperamentos atualmente, é de se ressaltar que a mudança de entendimento do Supremo se deu após longa data, desde a constituição em mora do legislador, sendo que até agora manteve-se inerte acerca da elaboração da lei regulamentadora. Evidenciando a relutância da Suprema Corte em garantir um mínimo de eficácia em um primeiro momento, só o fazendo posteriormente se persistir a inércia legislativa.

4 A TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

De todo o exposto até o momento é possível entender que os direitos fundamentais, por estarem inseridos no texto constitucional, mesmo como regras apenas materialmente constitucionais, por força do art. 5º, § 2º, CF, podem servir como padrão para a aferição da constitucionalidade das leis, como ficou claro no último ponto exposto quando da análise da eficácia mínima dos direitos fundamentais dependentes de ulterior interposição do legislador ordinário.

Assim, neste momento, estuda-se a tutela dos direitos fundamentais pela via do controle de constitucionalidade, fazendo-se um breve paralelo com os remédios constitucionais, os quais também servem a este fim.

4.1 Os remédios constitucionais

Ainda que não se pretenda nesta seara empreender um estudo aprofundado sobre os efeitos das ações constitucionais, cumpre, ao menos, traçar suas linhas gerais posto que também são importantes ferramentas para a defesa dos direitos fundamentais.

Os remédios constitucionais pressupõem um caso concreto de violação de direitos, destinando-se a restabelecer a observância àquele direito desrespeitado. Neste intuito, como já foi possível explicitar, também se presta o controle de constitucionalidade pela via difusa, como forma incidental de verificação da inconstitucionalidade de lei que se apresenta como questão prejudicial ao mérito deduzido em juízo. Contudo, neste âmbito só é possível o ataque a ato normativo, descabendo a vulneração de ato administrativo ou qualquer outro ato de autoridade que importe em restrição de direitos. Para este fim, mostram-se mais eficazes os remédios constitucionais, quais sejam, o *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança e o mandado de injunção, que já foi tratado quando da exposição da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

O *habeas corpus*, ação constitucional com o intuito de proteger o direito ambulatorial de restrição ilegal, ou ameaça de restrição, perpetrada por autoridade judiciária, policial ou mesmo particulares¹⁷⁹, possui seu amplo campo de atuação no processo penal, onde são comuns a ameaça e a violação ao direito de ir, vir e permanecer. A celeridade conferida ao processamento da ação, o efeito de imediata soltura se verificada a violação à liberdade do

179 FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Prática de processo penal**. 28ª ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 682-684.

paciente e a possibilidade de pedido liminar¹⁸⁰ fazem com que o *habeas corpus* se torne uma medida extremamente eficaz para a garantia do direito fundamental à liberdade física insculpido no art. 5º, *caput* e LXI, da Constituição Federal.

O *habeas data* é uma ação tendente a garantir o direito de acesso e retificação de informações pessoais do impetrante que constem de banco de dado governamental, ai entendidos os entes da Administração Pública Direta e Indireta, quando houver negativa por parte deste em prestar ou corrigir as informações, podendo o impetrante valer-se do Judiciário¹⁸¹. O rito do *habeas data*, apesar de não ser tão célere quanto o do *habeas corpus*, possui o condão de garantir o direito a prestação e correção de informações pessoais com considerável presteza e com um procedimento simplificado.

O mandado de segurança nasceu com a restrição do âmbito do *habeas corpus*, surgindo como ação destinada a fazer cessar coação ou ameaça de coação a direito líquido e certo praticada por autoridade pública ou que esteja no exercício de função pública, podendo ser particular¹⁸². O impetrante pode ser o titular do direito líquido e certo ou por ente coletivo como partido político com representação no Congresso Nacional ou entidade de classe, sindicato e associações com funcionamento há, no mínimo, um ano, podendo a impetração ser realizada com pedido liminar se existente o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*¹⁸³.

4.2 Os direitos humanos na jurisprudência em sede de controle de constitucionalidade

O tema dos direitos fundamentais já foi amplamente tratado em diversos casos de controle de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, alguns de maior repercussão que outros, a seguir serão estudados os de grande impacto para a tutela dos direitos fundamentais, sempre sob a ótica da proteção destes direitos.

4.2.1 A ADPF 54-DF

De grande importância para este trabalho é o estudo da ADPF 54/DF. A ação versa sobre a permissão da interrupção da gravidez em caso de verificada a anencefalia do nascituro, mediante descriminalização desta forma de aborto com a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto do arts. 124, 126, *caput* e 128, I e II, do Código

180 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 7ª ed. rev., aum. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 770-771.

181 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 453-457.

182 LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12ª ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. P. 158. p. 644-647.

183 *Ibid.* p. 644-650.

Penal¹⁸⁴, sob a justificativa de violação dos princípios da dignidade da pessoa humana, liberdade e saúde¹⁸⁵.

Ainda que não se pretenda aqui tratar minuciosamente sobre os princípios em comento, visto não ser o fim precípua deste escrito, cumpre, ao menos, tecer algumas mínimas considerações a seu respeito para melhor entendimento do problema. O princípio da dignidade da pessoa humana toca no respeito à condição de ser humano, respeito este ao qual têm direito todos os seres humanos pela sua natureza humana e que impõe a observância de um mínimo de direitos necessários à manutenção da condição humana do indivíduo, seja por atitudes positivas ou negativas¹⁸⁶. A liberdade importa na ausência de constringências físicas que impeçam ou restrinjam o direito ambulatorial ou de barreiras à livre manifestação do pensamento e à liberdade de informação e de consciência¹⁸⁷, inspirando o direito à impetração de *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII), *habeas data* (art. 5º, LXXII), liberdade de consciência e de crença (art. 5º, VI), liberdade de opinião (art. 5º, IV), dentre muitos outros. A saúde concerne à integridade física e mental do indivíduo e está intimamente ligado ao direito à vida, informando diversos direitos constitucionais como o respeito à integridade física e moral dos presos (art. 5º, XLIX), repúdio à tortura (art. 5º, III), o direito a indenização por danos morais desatrelados a danos materiais (art. 5º, V e X) e a vedação à pena de morte (art. 5º, XLVII, “a”)¹⁸⁸.

Segundo Luís Roberto Barroso, patrono da parte autora, os referidos princípios seriam violados pela conduta do Estado de criminalizar o aborto de feto anencefálico, sendo a ADPF o único meio apto a este desiderato.

No julgamento do feito, foi deferido o pedido liminar pelo Ministro Marco Aurélio, determinando o sobrestamento das ações relativas ao tema, bem como o reconhecimento da interrupção dos partos de fetos acometidos pela anencefalia. Todavia, a decisão liminar não foi confirmada em sua totalidade pelo Pleno permanecendo somente a parte que toca na suspensão dos processos em curso que tratem do aborto de fetos nestas condições¹⁸⁹.

184 BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Rio de Janeiro, DF, 31 de dezembro de 1940.

185 BARROSO, Luís Roberto. Petição inicial da arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 54. **Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro, 16 de junho de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/fazerDownload.asp?classe=ADPF&processo=54>>. Acesso em 02 de novembro de 2008.

186 MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 17ª ed. atual. São Paulo: Atlas, 2005. p. 16.

187 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 236-256.

188 *Ibid.* p. 199-205.

189 BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 279-280.

Muito embora o caso seja de grande repercussão no mundo jurídico e na sociedade como um todo não se busca aqui emitir juízo de valor quanto ao mérito em debate, mas somente explicitar a importância do manejo da ADPF para a proteção dos direitos fundamentais.

In casu, verifica-se que os princípios invocados como violados pela norma penal inspiram o art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, que é, em si mesmo, uma norma instituidora de direitos fundamentais prontamente eficazes em maior ou menor grau, dependendo de sua forma de posituação, mas sempre possuindo uma carga eficaz mínima e, portanto, passíveis de gerar efeitos na esfera individual e serem resguardados pela via do controle de constitucionalidade.

Em que pese a consistente construção jurídica erigida pelo eminente doutrinador, é certo que o tema demanda um profundo estudo pelo Supremo Tribunal Federal, mormente em virtude das consequências do aborto e do direito supremo à vida, não sendo possível nesta sede levantar uma opinião a respeito. Contudo, deve-se registrar as profundas marcas que serão deixadas pela futura decisão do STF e pela já vigente suspensão das demandas em curso. Em decidindo pela improcedência da ADPF, o aborto em casos de anencefalia continuará criminalizado e pouco será alterado na órbita jurídica. Entretanto, se procedente, aumentarão os gastos para o Poder Público, na medida em que deverá sustentar o ônus das intervenções cirúrgicas para este fim quando realizadas pelo SUS, os processos suspensos, se já realizado o parto da gestante deverão ser convertidos em perdas e danos, ante a impossibilidade jurídica do pedido de aborto, a medicina deverá aprimorar-se para detectar com maior certeza os casos de anencefalia sob pena de realizar o aborto de muitos fetos saudáveis em virtude de diagnósticos errados, dentre muitas outras situações agora previsíveis e imprevisíveis.

Do exposto verifica-se que as consequências de uma ação de controle de constitucionalidade deste porte serão ainda maximizados por causa da eficácia *ex tunc* e *erga omnes*, parecendo cabível, em virtude dos graves prejuízos advindos do efeito retroativo da decisão, ser aplicado o art. 11 da Lei 9.882/99 para conferir eficácia prospectiva à decisão final.

4.2.2 A IF 114-5-MT

Tratava-se de ação direta interventiva proposta pelo Procurador-Geral da República, requerendo a decretação da intervenção federal no estado do Mato Grosso, tendo em vista a impotência da força policial matogrossense em resguardar a integridade física e dignidade de três ladrões dos ataques de uma turba enfurecida com o delito cometido pelos três indivíduos.

Segundo o relatório do Ministro Néri da Silveira¹⁹⁰, os três assaltantes mantinham crianças e adultos sob a mira de armas de fogo quando, finalmente, se entregaram à polícia civil e militar matogrossense que realizava um cerco à residência onde estavam os ladrões e os reféns. Contudo, os policiais não conseguiram conter as várias pessoas que se aglomeravam e conseguiram subtrair os três criminosos da guarda da polícia e, de maneira brutal, foram agredidos e queimados vivos pela multidão.

Muito embora a representação tenha sido julgada improcedente¹⁹¹, posto que restou comprovado que o estado do Mato Grosso estava investigando o ocorrido, foi de grande importância para a tutela dos direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana, vida e saúde, *in casu*, na medida em que o Supremo Tribunal Federal conheceu ação direta interventiva não com o fim de declarar a inconstitucionalidade de ato comissivo ou lei do Poder Público, mas de reconhecer a inconstitucionalidade da omissão do Estado em garantir os direitos fundamentais, gerando importante precedente na jurisprudência do STF que aponta para uma ampliação das hipóteses de cabimento da ação direta interventiva e aumenta, também, o espectro de proteção dos direitos humanos, agora, defendidos também contra a omissão do Estado.

4.2.3 A ADIn 3510-DF

Esta ADIn foi alvo de grande atenção da mídia e do público em geral, pois tratava da declaração de inconstitucionalidade do art. 5º, e seus parágrafos, da Lei nº 11.105/05¹⁹² (Lei de biossegurança), que permitem a utilização de células-tronco de embriões originados *in vitro* e não utilizados, para fins terapêuticos e científicos, tendo sido proposta pelo Procurador-Geral da República, indicando como vulnerados os arts. 1º, III e 5º, *caput*, da Constituição Federal¹⁹³, direitos já tratados na análise da ADPF 54-DF.

190 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Intervenção Federal. Dignidade da pessoa humana. Direito à vida. Impotência da força policial matogrossense. Morte de ladrões já sob a custódia da polícia. Intervenção federal nº 114-MT. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Estado do Mato Grosso. Relator: Ministro Néri da Silveira. Brasília, 13 de março de 1991. Diário da Justiça. Brasília, 27 de setembro de 1996. p. 36154.

191 *Idem*.

192 BRASIL. Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 28 de março de 2005.

Após um longo julgamento, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, aos 29 dias do mês de Maio de 2008, julgou improcedente a ação, por maioria de votos, declarando a constitucionalidade dos dispositivos legais hostilizados, entendendo que a pesquisa científica com células-tronco está em consonância com o texto constitucional, inexistindo violação ao direito à vida ou à dignidade da pessoa humana, visto que o embrião ainda não possui vida, não sendo, portanto, titular de tais direitos¹⁹⁴.

Vencidos os Ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Ricardo Lewandowski, César Peluso, Eros Roberto Grau e Gilmar Ferreira Mendes, que votaram pela procedência parcial da ADIn, para, em suma, realizar a interpretação conforme a constituição, para que a utilização e pesquisa das células-tronco embrionárias fossem fiscalizadas por um ente governamental que deveria ser criado por lei.

A decisão do STF, pendente de publicação, não só abriu caminho para a pesquisa com células-tronco no Brasil, mas estabeleceu, juridicamente, que o início da vida humana não ocorre com a fecundação, mas somente quando o óvulo fecundado é implantado no útero materno e a gravidez torna-se viável. Até este momento não há que se falar em vida humana, posto que, segundo os Ministros, ela ainda não existe, possibilitando a utilização das células do embrião em pesquisas médicas ou medidas terapêuticas.

A determinação do início da vida humana no momento do contato do embrião com a parede uterina importa em dizer que o zigoto que não iniciou este processo não é titular de quaisquer direitos fundamentais, sejam eles materialmente ou formalmente constitucionais, portanto, não é pessoa humana, podendo ser utilizado em pesquisas e tratamentos.

A ausência de qualquer modulação temporal dos efeitos da decisão ou ressalva permitem sua pronta aplicação, com efeitos retroativos e *erga omnes*, autorizando a utilização de células de embriões gerados e congelados mesmo antes da futura publicação do acórdão, se observados os requisitos dispostos no art. 5º da Lei nº 1.1105/05.

No campo dos direitos fundamentais, a decisão estabeleceu um importante marco inicial para a aplicação dos direitos fundamentais, cabendo ressaltar que, a partir daquele momento estabelecido pelo voto dos ministros, já é obrigatória a observância dos direitos

193 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Controle abstrato de constitucionalidade da Lei nº 1.1105/2005. Inconstitucionalidade dos arts. 5º e parágrafos afastada. Ação direta de inconstitucionalidade nº 3510-DF. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Carlos Ayers Britto. Brasília, 29 de maio de 2008. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=3510&processo=3510>> . Acesso em 02 de novembro de 2008.

194 STF libera pesquisas com células-tronco embrionárias. **Notícias STF**, Brasília, 29 de maio de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=89917&caixaBusca=N>>. Acesso em 02 de novembro de 2008.

fundamentais do feto, mesmo aqueles carentes de ulterior regulamentação do legislador ordinário, posto que, como visto anteriormente, possuem uma carga de eficácia mínima independente de qualquer interposição legal.

5 CONCLUSÃO

De todo o exposto até o momento, desde as origens do controle de constitucionalidade, passando pelo conceito e eficácia dos direitos fundamentais, até a aplicação destes direitos, depreende-se que a tutela dos direitos fundamentais se apresenta como um tema de extrema relevância para o indivíduo, posto que importa na manutenção de seus direitos e de sua natureza de ser humano.

Dada a importância de tais direitos, o ordenamento constitucional não só os garante em seu texto, como também fornece os meios aptos a garantir sua observância se violados. Como foi possível mencionar, ao lado do controle de constitucionalidade, a tutela dos direitos fundamentais também pode ser realizada pela via dos remédios constitucionais, mormente a proteção ao direito à liberdade, à informação e direitos fundamentais de características programáticas, estes através do mandado de injunção.

Também como foi possível observar, tais ações constitucionais se prestam, muitas vezes de forma célere, à garantia dos direitos fundamentais somente quando há uma violação concreta ou ameaça de violação e, por se tratarem de verdadeiras ações judiciais, produzem efeitos *inter partes*, ou seja, não extensíveis a terceiros que não participaram da relação jurídica processual.

Ainda que, a princípio, os remédios constitucionais possam garantir mais eficazmente os direitos fundamentais que o controle de constitucionalidade pela via incidental, posto que em ambos os casos há uma situação jurídica concreta, evidencia-se que o controle difuso, apesar de desenvolver-se como questão prejudicial dentro de um processo já em curso, o que pode se tornar demorado, existe a vantagem de que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade com vistas a salvaguardar os direitos fundamentais pode atingir terceiros estranhos às partes litigantes quando a lei questionada tiver sua execução suspensa com fulcro no art. 52, X, CF, hipótese inexistente no caso dos remédios constitucionais, que, independentemente atingirem ou não o STF em grau de recurso, manterão seus efeitos *inter partes*.

No que concerne ao controle concentrado de constitucionalidade, é patente a sua ineficácia para a solução de situações de premente urgência, em virtude, também, de seu rito, contudo, quando possível a discussão da questão constitucional perante o Supremo no âmbito da jurisdição constitucional (em seu sentido restritivo, como já foi possível anotar), o impacto

na interpretação e aplicação dos direitos humanos é muito grande, como constatou-se nos comentários à ADIn 3510-DF.

A eficácia *ex tunc* autoriza a extensão dos efeitos de uma decisão assecuratória dos direitos fundamentais a situações que ocorreram mesmo anos antes da publicação da decisão final do STF. Da mesma forma, a modulação temporal dos efeitos da decisão, seja a partir da publicação da decisão final, seja em qualquer outro momento, esta é ampla concordância com o respeito ao direito adquirido, ato jurídico perfeito e à coisa julgada, todos direitos fundamentais inscritos no art. 5º, XXXVI, da Constituição Cidadã. A concessão de efeitos oponíveis a todos também faz coro com o texto constitucional, pois garante a isonomia, direito fundamental entalhado no art. 5º, *caput* e I, da Lei Maior.

Apesar da ampla legitimação para a propositura dos remédios constitucionais, observa-se que seus efeitos são restritos, enquanto o estreito rol de legitimados para a provocação do controle de constitucionalidade pode dar causa à declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de ato normativo ou administrativo com efeitos *erga omnes*. Ademais, a legitimação ativa indistinta para o controle concentrado seria inconveniente na medida em que afogaria o Supremo Tribunal Federal em ações, emperrando mais ainda sua já emperrada marcha rumo à defesa do Texto Maior.

Não só os direitos fundamentais que independem de lei regulamentadora são passíveis de defesa pela via do controle de constitucionalidade. Consoante disposto em momento anterior, mesmo aqueles que carecem de vontade política e legislativa para sua máxima efetivação impõem respeito ao seu texto, colidindo com leis que lhes sejam contrárias e reclamando sua nulidade por vício de constitucionalidade. Igualmente, autorizam a propositura de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, se não for editada sua lei de regência, e de arguição de descumprimento de preceito fundamental, se praticado ato administrativo contrário às suas disposições.

Também os tratados internacionais de direitos humanos, uma vez internalizados, estabelecem novo paradigma de constitucionalidade, ensejando a revogação dos diplomas legais que lhes sejam contrários e a propositura de ação de controle constitucional quando detectada leis posterior que viole suas disposições. É certo que tal tratamento aos tratados internacionais de direitos humanos é conferido independentemente de sua internalização como emenda constitucional ou como lei ordinária, já que, em ambos os casos, por se tratar de norma de direitos humanos, será tratada como materialmente constitucional por força do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal.

Assim, apesar de suas deficiências, o controle de constitucionalidade se apresenta como um importante meio de garantia aos direitos fundamentais não só pela extensão de seus efeitos, mas pela ampla aplicabilidade dos direitos fundamentais erigidos na Constituição Federal nos seus mais variados efeitos.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Petição inicial da arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 54. **Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro, 16 de junho de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/fazerDownload.asp?classe=ADPF&processo=54>>. Acesso em 02 de novembro de 2008.

BATISTA, Vanessa Oliveira; RODRIGUEZ, Luciana Boiteux de Figueiredo; PIRES Thula Rafaela. A Emenda Constitucional n.º 45/2004 e a constitucionalização dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil. **Revista Jurídica**, Brasília, v. 10, n. 90, Ed. Esp., p.01-44, abr./maio, 2008. Disponível em <www.planalto.gov.br/revistajuridica>. Acesso em 07 out. 2008.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. São Paulo: Campus. 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22ª ed. aum. e atual. São Paulo: Malheiros. 2008.

BRANDÃO, Adelino. **Os direitos humanos: antologia de textos históricos**. São Paulo: Landy, 2001.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Diário Oficial União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 08 de outubro de 1988.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Rio de Janeiro, DF, 31 de dezembro de 1940.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 17 de janeiro de 1973.

BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 11 de novembro de 1999.

BRASIL. Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 06 de dezembro de 1999.

BRASIL. Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 28 de março de 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Administrativo. Direito de greve de funcionários públicos. Art. 37, VII, da Constituição Federal. Mandado de injunção nº 438. Impetrante: Sindicato dos Trabalhadores em Educação de Goiás – SINTEGO. Impetrados:

Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Néri da Silveira. Brasília, 11 de novembro de 1994. Diário da Justiça. Brasília, 16 de junho de 1995. p. 18267.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Controle abstrato de constitucionalidade da Lei nº 1.1105/2005. Inconstitucionalidade dos arts. 5º e parágrafos afastada. Ação direta de inconstitucionalidade nº 3510-DF. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Carlos Ayers Britto. Brasília, 29 de maio de 2008. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=3510&processo=3510>> . Acesso em 02 de novembro de 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Administrativo. Direito de greve de funcionários públicos. Art. 37, VII, da Constituição Federal. Mandado de injunção nº 438. Impetrante: Sindicato dos Trabalhadores em Educação de Goiás – SINTEGO. Impetrados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Néri da Silveira. Brasília, 11 de novembro de 1994. Diário da Justiça. Brasília, 16 de junho de 1995. p. 18267.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Intervenção Federal. Dignidade da pessoa humana. Direito à vida. Impotência da força policial matogrossense. Morte de ladrões já sob a custódia da polícia. Intervenção federal nº 114-MT. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Estado do Mato Grosso. Relator: Ministro Néri da Silveira. Brasília, 13 de março de 1991. Diário da Justiça. Brasília, 27 de setembro de 1996. p. 36154.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 12ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CASTRO, Reginaldo Oscar de. MARTINS, Marcelo Mello. Petição inicial da ação direta de inconstitucionalidade nº 2231-8. **Supremo Tribunal Federal**. Brasília, 16 de junho de 2008. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/fazerDownload.asp?classe=ADI&processo=2231>>. Acesso em 02 de novembro de 2008.

COMPARATO. Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

EMERIQUE, Lilian Balmant; GUERRA, Sidney. A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira. **Revista Jurídica**, Brasília, v. 10, n. 90, Ed. Esp., p.01-34, abr./maio, 2008. Disponível em <www.planalto.gov.br/revistajuridica>. Acesso em 07 out. 2008.

FAVOREU, Luis. **As cortes constitucionais**. 1ª ed. São Paulo: Landy, 2004.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Prática de processo penal**. 28ª ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12ª ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17ª ed. atual. São Paulo: Atlas, 2005.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 7ª ed. rev., aum. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa, de 25 de abril de 1976. **Diário da República**, Lisboa, 12 de agosto de 2005, I série A, p. 4642-4686.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6ª ed. rev., aum. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

STF libera pesquisas com células-tronco embrionárias. **Notícias STF**, Brasília, 29 de maio de 2008. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=89917&caixaBusca=N>>. Acesso em 02 de novembro de 2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Informativo nº 253, de 03 a 07 de dezembro de 2001. Dispõe sobre o julgamento da ADIn 2231-8-DF, dentre outras matérias. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo253.htm>>. Acesso em 06 de novembro de 2008.

VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. Em vista de um conceito de Jurisdição Constitucional. In: PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO. **Direito, Estado e Sociedade**, nº. 15. Rio de Janeiro, 1999, p. 119-126.