

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL COMO INSTRUMENTO DE
DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS**

Felipe Garcia Teló

Presidente Prudente/SP

2010

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL COMO INSTRUMENTO DE
DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS**

Felipe Garcia Teló

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do professor Sérgio Tibiriçá Amaral.

Presidente Prudente

2010

A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL COMO INSTRUMENTO DE DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS

Trabalho de Conclusão de Curso
aprovado como requisito parcial para
obtenção do Grau de Bacharel em Direito

Professor Sérgio Tibiriçá Amaral

Professor Gelson Amaro de Souza

Professor José Artur Teixeira Gonçalves

Presidente Prudente, 22 de outubro de 2010

O fim do Direito é a paz; o meio de atingi-lo, a luta. O Direito não é uma simples idéia, é força viva. Por isso a justiça sustenta, em uma das mãos, a balança, com que pesa o Direito, enquanto na outra segura a espada, por meio da qual se defende. A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada é a impotência do Direito. Uma completa a outra. O verdadeiro Estado de Direito só pode existir quando a justiça brandir a espada com a mesma habilidade com que manipula a balança.

Rudolf von Jhering

AGRADECIMENTOS

Em princípio, agradeço a Deus Todo Poderoso, por nos amar em tamanha magnitude a ponto de dar seu filho unigênito para que não perecêssemos, mas tivéssemos vida plena e eterna, em abundância, mesmo não sendo merecedores de tamanho amor e misericórdia.

Agradeço também a meus genitores, João Carlos Garcia Teló e Marlei Bedin Teló, exemplos de labor e superação, fonte de inspiração e norte moral e espiritual, por não terem medido esforços em minha criação e pelo infindável apoio concedido para superação das mazelas da vida e na busca constante pela felicidade e consecução de meus sonhos.

Do mesmo modo, agradeço a Guilherme Garcia Teló (mais do que um irmão, meu melhor amigo), a sua esposa, Ana Carolina Dias Teló, e meu estimado sobrinho, Matheus Dias Teló, o pequeno prodígio.

In memoriam, agradeço a Eldir Gertrudes dos Santos Bedin, minha saudosa e amada *nonna*, falecida no decorrer da elaboração deste trabalho, pelas incansáveis orações pelas madrugadas, pelos conselhos sempre pertinentes e amorosos, pelas correspondências trocadas e todas as pequenas demonstrações de amor, que marcaram minha vida para sempre.

Agradeço também ao Professor Sérgio Tibiriçá Amaral, ao qual tenho na mais alta estima, pelos incansáveis esforços que tem despendido para o aumento crescente da qualidade do ensino nesta sublime instituição, bem como por ter prontamente aceito a tarefa de orientar-me durante a elaboração deste trabalho, sem o qual a presente pesquisa não teria se concretizado.

Igualmente, agradeço ao Professor José Artur Ferreira Gonçalves, que tem labutado intensamente pela difusão da pesquisa científica entre os acadêmicos desta instituição, por ter prontamente aceito o convite que lhe fiz para integrar a banca examinadora.

Agradeço ainda ao Professor Gelson Amaro de Souza, ilustre docente desta casa, exemplo de cavalheirismo e humildade, verdadeiro merecedor da denominação “jurista”, por ter em muito contribuído pela minha introdução no mundo da pesquisa científica, como pesquisador que fui de seu grupo de pesquisa, bem como por fazer despertar em mim a paixão pela disciplina do Direito Processual Civil e por, gentilmente, aceitar integrar a banca examinadora.

Agradeço ainda aos estimados amigos que conquistei durante esta árdua caminhada, com os quais espero manter laços de amizade por toda a caminhada da vida, em especial: Alexandre Janólio Isidoro Silva (grande amigo e leal companheiro ambientalista), Caique Montanholi Bueno (grande companheiro e amigo), Carla Caroline Santana, Érica Massuda, Fabrício Bonini Ramos Amorim (grande amigo dos momentos descontraídos, com o qual partilho muitas idéias em comum), Fernando Soares Tolomei (grande e douto companheiro de tantos ideais em comum, pelo qual cultivo inabalável apreço e admiração, ao qual tenho a honra de chamar de amigo), Gelson Amaro de Souza Filho (grande amigo), Jackson Marson (“o Forrest”, pelas infindáveis situações cômicas), Luiz Felipe Badan (exemplo de

companheirismo e grande amigo – que faz valer a literalidade do adjetivo), Lúcia Galindo, Mário Yudi Takada, Rodrigo Ramos Todescatt, Sandro César Ramos Bertasso, Suzana de Alencar Gonçalves, Vinícius Marçal (amigo e companheiro de grupo de estudos), Vinícius Manoel e Vitor Marçal (amigo verdadeiro, leal e sincero, por todos os momentos de descontração, inobstante os já superados momentos de tensão e constrangimento do passado, atirados no abismo do esquecimento).

Por fim, muito embora a limitação de espaço obste a extensão a mais nomes, também seguem meus sinceros agradecimentos a tantos outros parentes, amigos e irmãos na fé, que em muito me apoiaram, de todos os modos possíveis e imagináveis.

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo primordial a análise da jurisdição constitucional, vista como instrumento de proteção dos direitos humanos. Para isto, discorrerá, em princípio, quanto ao processo de afirmação histórica dos direitos humanos, até sua posição atual de destaque dentro do constitucionalismo moderno. Posteriormente, passará a relacionar o instituto em questão com a hierarquia normativa vertical, discorrendo primeiramente sobre o controle de legalidade das leis e atos normativos e culminando no controle de constitucionalidade dos mesmos, tendo por base a hierarquia da Constituição. Em seguida, procede-se a uma explanação da origem histórica e também das particularidades no direito brasileiro dos dois principais métodos de controle repressivo posterior judicial de constitucionalidade existentes no mundo, quais sejam: o modelo difuso norteamericano e o modelo concentrado austríaco. Traçam-se, a partir disto, os caminhos ou formas processuais pelas quais se procedem tais formas de controle constitucionalidade no Direito pátrio, a princípio na via difusa, com ênfase especial concedida ao mandado de injunção, e, posteriormente, na via concentrada, com as cinco modalidades processuais constitucionais previstas por nossa Lei Fundamental. Reflete-se, no capítulo derradeiro, sobre a necessidade de adoção de determinadas posturas ativas pelos juízes e tribunais, quando atuam em sua função jurisdicional, para que se tenha uma proteção efetiva dos direitos humanos.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direitos Humanos. Jurisdição Constitucional. Controle de Legalidade. Controle de Constitucionalidade.

ABSTRACT

The following essay objectives analyzing the constitutional jurisdiction, seen as an instrument of human rights protection. For that, it will discourse, primarily, about the process of historical affirmation of human rights, until its current position of prominence within the modern constitutionalism. Later, it passes to relate the concerned institute with the legal vertical hierarchy, discussing primarily on the control of the legality of laws and normative acts and culminating in the constitutional control of the same, based on the hierarchy of the Constitution. Then, it proceeds to an explanation of the historical origins and also of the peculiarities in the Brazilian law of the two main methods of judicial review of constitutionality in the world, namely: the North American judicial review and the Austrian concentrate control. From this, it draw up the paths or procedural forms by which to carry out such forms of constitutional control in the Brazilian law, formerly through the North American judicial review, with special emphasis given to the Brazilian writ of injunction, and, posteriorly, through the Austrian concentrate control, with the five constitutional procedural modalities laid down by the Brazilian Constitution. Finally, in the ultimate chapter, it proposes a reflection about the need of adoption of certain active stances by the judges and courts, when acting in their judicial function, in order to have effective protection of human rights.

Keywords: Constitutional Law. Human Rights. Constitutional Jurisdiction. Legality Control. Judicial Review.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS	13
2.1 MAGNA CHARTA LIBERTATUM – INGLATERRA, 1215	13
2.2 HABEAS CORPUS ACT – INGLATERRA, 1679.....	19
2.3 BILL OF RIGHTS – INGLATERRA, 1689.....	23
2.4 A DECLARAÇÃO DE INDEPENDÊNCIA E A CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA DO NORTE.....	25
2.5 A REVOLUÇÃO FRANCESA E A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO.....	33
2.6 A CARTA DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS	37
2.7 A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS – 1948	42
2.8 PANORAMA GERAL	47
3 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	55
3.1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	58
3.2.1 O MODELO NORTE-AMERICANO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	62
3.2.1.1 NOÇÕES GERAIS DO CONTROLE DIFUSO NO BRASIL	68
3.2.2 O MODELO AUSTRIACO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	75
3.2.2.1 NOÇÕES GERAIS DO CONTROLE CONCENTRADO NO BRASIL	79
4 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A TUTELA DOS DIREITOS HUMANOS.....	82
4.1 FORMAS PROCESSUAIS ADEQUADAS NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE	82
4.1.1 MANDADO DE INJUNÇÃO	86
4.2 FORMAS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE.....	100
4.2.1 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE GENÉRICA	100
4.2.2 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE INTERVENTIVA.....	112
4.2.3 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO.....	116
4.2.3.1 DIFERENCIAÇÃO EM RELAÇÃO AO MANDADO DE INJUNÇÃO	121
4.2.4 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL.....	122
4.2.5 AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE	128
5 A ATIVIDADE JURISDICIONAL E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.....	134
5 CONCLUSÃO	144

BIBLIOGRAFIA	149
---------------------------	------------

1 INTRODUÇÃO

Na história da espécie humana, o homem, inerentemente sociável desde os primórdios da vida terrena, sempre buscou associação com seus semelhantes, necessitando de outras pessoas e de determinados bens da vida para alcançar sua plenitude. Não em vão o próprio Aristóteles já afirmara ser o homem um animal, por natureza, social.

Tal sociabilidade foi levando a criação e organização de pequenos grupos. Com o passar do tempo, apercebeu-se que *“ubi societas, ibi jus”*, isto é, onde há sociedade, há Direito. Ou seja, as sociedades primitivas perceberam a relação essencial de interdependência existente entre o Direito e a viabilidade da vida em sociedade, o que levou ao desenvolvimento de regras primitivas de cunho jurídico-religioso, como forma de viabilização da vida social.

Ocorre que com o aumento significativo do quantitativo numérico de pessoas, passou a ser necessário, também, a instituição de um meio eficiente de estruturação destas sociedades, que necessitavam, principalmente, de proteção. Surge, assim, a figura do Estado primitivo, com a função essencial de resguardar aqueles que nele habitavam.

Lamentavelmente, os Estados, que surgiram com a função de proteção do povo, passaram a não conferir peso algum aos indivíduos, que praticamente não existiam, senão como objetos de poder e domínio dos muitos soberanos. Inobstante honrosas exceções, em decorrência da corrupção pelo poder, o povo nada mais foi do que oprimido pelos senhores.

Justamente aí se inicia um longo e paulatino processo, que objetiva, acima de tudo, a proteção da figura humana frente ao próprio Estado. Já na Idade Antiga, em circunstâncias, modalidades, tempo e espaços diversos, mas coincidentes em essência, se pode identificar os primeiros passos desta luta, que lograria seus primeiros triunfos expressivos apenas na Idade Média, passando pela Idade Moderna e alcançando seu âmago somente a partir do século XX, já na Idade Contemporânea.

Nos tempos atuais, a hodierna democracia, fruto desta mesma luta, acabou consolidando, com imensa contribuição do constitucionalismo, um sistema que não só expressamente prescrevesse a proteção dos direitos humanos, mas que também cuidasse de sua defesa, guarda e curadoria, como maneira de garantir sua efetivação.

Institui-se, assim, uma jurisdição constitucional, de cunho essencialmente democrático, especialmente idealizada para garantir a vontade suprema da Constituição, anulando as disposições que se encontrem sob o auspício da inconstitucionalidade, violando os preciosos direitos humanos.

Isto posto, o presente trabalho, utilizando-se dos métodos histórico, dedutivo e comparativo, tem por objeto a análise da jurisdição constitucional, passando desde sua conceituação e pressupostos, até o controle de legalidade e de constitucionalidade das leis e atos normativos, com destaque para o surgimento dos principais sistemas existentes de controle normativo vertical hierárquico judicial, bem como de suas particularidades e formas processuais no Direito brasileiro, como figura posta para efetiva proteção dos direitos humanos.

Em outras palavras, buscou-se no presente trabalho, notadamente por meio de pesquisas bibliográficas, o alcance da finalidade de realização de uma apreciação plena da jurisdição constitucional, como forma de salvaguarda dos direitos humanos, tanto em face do próprio Estado quanto em face de particulares, questão que envolve essencialmente, e por fim, a postura dos magistrados, quando atuam em sua função jurisdicional.

Em síntese, é apenas conhecendo pormenorizadamente o instituto da jurisdição constitucional, bem como seus pressupostos e desenrolamentos, associado a uma postura mais ativa quando da realização da atividade jurisdicional, é que se poderá efetivamente acenar para sua essencial função de proteção da pessoa humana.

Portanto, é primordial que tal abordagem inicie-se a partir de uma perspectiva histórica geral do processo de evolução ou afirmação histórica dos direitos humanos.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS

2.1 Magna Charta Libertatum – Inglaterra, 1215

A “*Magna Charta Libertatum seu Concordiam inter regem Johannem et Barones pro concessione libertatum ecclesiae et regni Angliae*” (“Carta Magna das Liberdades ou Concórdia entre o rei João e os Barões para outorga das liberdades da Igreja e do reino Inglês”) foi uma outorga de direitos e promessas reais do rei João I da Inglaterra, mais conhecido como João “Sem-Terra”, perante o clero, a burguesia e os barões do Reino Britânico, datada de 15 de junho de 1215.

O documento foi redigido em latim bárbaro e não continha divisões ou parágrafos, mas assentou-se o costume de dividi-lo em um preâmbulo e sessenta e três cláusulas ou parágrafos.

Embora não possua a Inglaterra uma Constituição propriamente dita, condensada em um único texto normativo, possui leis, com status constitucional, que estruturam o ordenamento jurídico britânico, construídas a partir de um longo processo de evolução histórica, iniciado com a Magna Carta, verdadeiro embrião da democracia moderna.

A doutrina tradicional aponta-a como marco inicial da monarquia constitucional bretã, bem como dos direitos fundamentais, uma vez que suas cláusulas permitiram caminhar rumo ao constitucionalismo e a conseqüente limitação do poder estatal. Segundo Sérgio Tibiriçá Amaral, por meio dela

Ficou comprovado a possibilidade de limitação do soberano por meio de um pacto que estabelecesse parcelas de direitos inatingíveis, mesmo por quem exerça o poder. E, esse pacto, uma vez formalizado, pôde ser alegado por aqueles que estivessem na iminência de ter suas liberdades violadas (2006, p. 226).

Desde o século XI era claro o delineamento de centralização do poder nos Estados europeus. Esta tendência absolutista fica demonstrada pela frase

supostamente proferida pelo monarca absolutista francês Luís XIV, de Bourbon, “*L’État c’est moi*”, isto é, “*O Estado Sou Eu*”.

Segundo leciona Fábio Konder Comparato, “contra a tendência de instituição de um poder real soberano, os senhores feudais se manifestaram, já desde os fins do século XII, em declarações e petições sucessivas” (2008, p. 73).

João, o “Sem-Terra”, do inglês “*Lackland*”, supostamente era assim conhecido por ser o mais novo de quatro filhos, não tendo recebido terras como herança, ao contrário de seus irmãos (AMARAL, 2006, p. 202). Durante o início de seu reinado, iniciado em 1199, em decorrência do falecimento de seu irmão, o rei Ricardo, “Coração de Leão”, alguns fatores levaram ao enfraquecimento paulatino da idéia de supremacia do rei sobre os senhores feudais, reforçada veementemente até então.

Uma parcela da nobreza afirmava ser Artur I da Bretanha, sobrinho de João, o herdeiro por direito trono inglês. Em razão disto, João invadiu o ducado da Bretanha, em 1202. Artur não foi capturado, mas não viu outra alternativa senão rogar pelo auxílio de Filipe II, rei da França, declarando-se vassalo deste. Em 1204, Filipe atacou e conquistou o ducado da Normandia e o condado de Anjou, pertencentes a João por herança hereditária (família Plantagenet), territórios estes jamais reconquistados pelas forças inglesas, não obstante sucessivas incursões beligerantes contra a França, com esta finalidade.

A questão religiosa também foi relevante. João entrou em conflito com o Vaticano ao declarar apoio a seu sobrinho, o imperador Óton IV, de Brunwick, em luta contra o rei da França, aliado papal. Além disso, João foi excomungado pelo Papa Inocêncio III, em 1211, em razão de recusar a designação, por este, de Stephen Langton como cardeal da Cantuária (*Canterbury*). Tal disputa, denominada “querela das investiduras”, entre as autoridades monárquicas e a papal, tendo por divergência a confirmação, pelos poderes laicos, de nomeações de bispos, era constante faziam dois séculos. Em 1059 o Papa Nicolau II promulgou um primeiro decreto (edito) repudiando a investidura de bispos e abades pelo poder laico. Tal proibição pontifícia foi reafirmada por sucessivos papas. Não diversamente, o Papa Gregório VII, o grande reformador da Igreja Católica Apostólica Romana na Idade Média, também recusou a prerrogativa de investidura de bispos e abades pelo poder

laico, mas em caráter mais doutrinário, com o “*Dictatus Papae*”, de 1075 (AMARAL, 2006, p. 203). Segundo observa Fábio Konder Comparato, em nota de rodapé,

[...] para os imperadores, o poder de investidura dos bispos era de grande importância política, pois implicava a vassalagem episcopal ao imperador; portanto, a supremacia do imperador sobre o papa, no governo local. (2008, p. 73).

Além disso, a participação do irmão de João, a quem sucedeu no trono, Ricardo “Coração de Leão”, na chamada “Terceira Cruzada” (1189 a 1191) causou grande insatisfação entre o povo britânico, bem como o crescimento das influências do clero, da nobreza e da burguesia inglesa, uma vez que, por um longo período, o rei encontrou-se ausente da Inglaterra.

Não obstante, João constantemente descontentava a todos, exigindo dos barões mais do que costumeiramente se exigia, oprimindo os pequenos senhores e cobrando grandes contribuições dos comerciantes (SAMPAIO, 2004, p. 151).

Este foi o contexto que levou a Inglaterra a um quase colapso financeiro, impondo ao rei João à necessidade de aumentar os impostos, de modo a financiar sua guerra contra a França e os exorbitantes gastos da cruzada de seu falecido irmão. Aqueles que se opunham à cobrança de tais tributos eram arbitrariamente presos por ordem do monarca bretão.

A nobreza, que a tempos imemoriais ansiava pela formalização de direitos, aproveitou-se da situação, passando a condicionar o pagamento de tais impostos ao reconhecimento formal destes.

Ainda assim, a situação chegou a tal ponto crítico que, no ano de 1215, os barões organizaram uma revolta armada, ocupando Londres. João permaneceu prisioneiro dos nobres por mais de um mês, até que as partes chegaram a um “acordo” quanto à assinatura de uma “Carta de Liberdades”, nos moldes concedidos anteriormente por Henrique I, Stephen e Henrique II, como modo de impedir arbitrariedades do rei (SAMPAIO, 2004, p. 150). Em verdade, João Sem-Terra viu-se obrigado a assinar a *Magna Carta*. Assim o fez, em 10 de junho de 1215, no campo de *Runnymede*, como condição para cessação das hostilidades.

Logo após a assinatura da “Grande Carta”, João Sem-Terra recorreu ao Papa Inocêncio III, do qual havia se tornado vassalo para revogação de sua excomunhão, e este declarou o documento nulo, por ter sido obtido por meio de coação. Isto provocou uma guerra civil, conhecida como “A Primeira Guerra dos Barões” (1215 a 1217), eficazmente reprimida por João.

Uma vez lançada a semente da liberdade, a nobreza estava determinada a não permitir o retrocesso que o retorno da ilimitação dos poderes reais representaria. Destarte, embora tenha João tentando revogar as concessões de reconhecimento de limites do poder real, as disposições da Magna Carta foram reafirmadas solenemente por sucessivos monarcas ingleses subseqüentes a ele. Seu filho, Henrique III, assinou a Carta um total de sete vezes, o que acabou por incorporar suas disposições ao direito inglês. Ainda assim, Eduardo I, neto de João Sem-Terra, foi obrigado a republicar por duas vezes a Carta dos Barões. Eduardo III, sucessor de Eduardo I, foi coagido a assinar o documento nada mais nada menos do que quatorze vezes. Após ele: seis vezes Ricardo II, seis vezes Henrique IV, uma vez Henrique V e uma vez Henrique VI (AMARAL, 2006, p. 204-205).

Não obstante sua imensa importância histórica no longo processo de desenvolvimento da teoria dos direitos humanos fundamentais, a Magna Carta era um documento relativamente vago, vez que muitas de suas cláusulas se limitavam a dispor sobre situações específicas, de importância meramente transitória (SAMPAIO, 2004, p. 150). Tanto é verdade que, quando de sua assinatura, o próprio diploma previa vigência predeterminada de apenas três meses (COMPARATO, 2008, p. 79). A inclusão, porém, no preâmbulo da Carta, da obrigação de respeito às suas disposições pelos sucessores de João acabou por obrigar os soberanos subseqüentes a jurá-la (AMARAL, 2006, p. 207).

O documento foi tão a frente de seu tempo que três de suas disposições ainda fazem parte da legislação inglesa em vigor, constando, ainda que parcialmente, do *Statute Book*, registro oficial das leis inglesas: as de números 1 (um), que trata dos privilégios da Igreja Católica Apostólica Romana, 9 (nove), que trata dos privilégios das cidades, e 29 (vinte e nove), que trata do julgamento pelos pares – Tribunal do Júri – e do devido processo legal (COMPARATO, 2008, 79) (AMARAL, 2006, p. 220 e 221).

A Magna Carta marca o início da monarquia constitucional inglesa. Por meio dela afirmou-se, ainda que implicitamente, pela primeira vez na história medieval e, quiçá, da humanidade, que o rei encontra-se vinculado pelas próprias leis que edita. Cinco séculos antes, Santo Isidoro (560 a 636), bispo de Sevilha, já havia defendido que o príncipe deveria submeter-se às leis que ele próprio promulgara, pois “*só quando também ele respeita as leis, pode-se esperar que elas sejam obedecidas por todos*” (COMPARATO, 2008, p. 80).

Justamente aí reside a pedra angular para construção da moderna democracia: a limitação do poder dos governantes, não apenas por normas superiores, costumeiras ou canônicas, mas também por direitos subjetivos escritos dos governados (AMARAL, 2006, p. 219). Foi, em síntese, um tratado de direitos e deveres limitador do poder do Estado – um documento oficial de concessões e reconhecimento de limites do poder real.

Entre suas principais disposições, merece destaque o reconhecimento das liberdades eclesiásticas, com a garantia de livre designação do clero pela Igreja Católica Apostólica Romana sem interferência ou necessidade de confirmação real, indicando a futura separação entre a Igreja e o Estado. Destaque-se: não se trata de liberdade religiosa, mas da liberdade que gozaria o papado e o clero nas eleições dos ocupantes de cargos de destaque, como bispos e arcebispos, bem como a liberdade no exercício das funções sacerdotais, consubstanciando verdadeira forma de reconhecimento da superioridade papal (AMARAL, 2006, p. 208).

Relevante, também, o postulado básico de que o exercício da tributação deve ser consentido pelos súditos, por meio de seus representantes (*no taxation without representation*) (COMPARATO, 2008, 81). Segundo as cláusulas 12 (doze) e 14 (quatorze), todas as vezes que o rei desejasse perceber subsídios extraordinários, deveria contar com a aprovação do “Grande Conselho”, integrado pela nobreza e pelo clero, origem remota do Parlamento britânico. Tal dispositivo, acima de tudo, serviu como arma por meio da qual os nobres assumiram o papel de legisladores e controladores da atividade governamental, papel mais importante dentro da organização estrutural estatal (AMARAL, 2006, p. 208).

A Carta foi rica, ainda, em assegurar garantias penais e processuais penais.

Previu a proporcionalidade da pena à gravidade da transgressão, iniciando um lento processo histórico de erradicação de penas criminais arbitrárias e desproporcionais, anterior 549 (quinhentos e quarenta e nove) anos à celebre obra de Cesare Beccaria, “*Dos Delitos e das Penas*”, que levou tal discussão a seu âmago.

Assumiu o compromisso de garantir o livre e desimpedido acesso à justiça, consagrado na Constituição Federal brasileira de 1988 como o princípio fundamental da “inafastabilidade da jurisdição” (art. 5º, XXXV).

Instituiu a norma fundamental segundo a qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, isto é, o “princípio da legalidade” (CF, art. 5º, II), posto em relevo não apenas mediante o *lawfull process of law of land*¹, mas também mediante vários outros dispositivos, como o que suspendia multas ilegais (cláusula 55) e o da garantia a um julgamento justo, presidido por magistrado que conhecesse e cumprisse as leis do rei (cláusula 45) (SAMPAIO, 2004, p. 154).

Aperfeiçoou as bases do julgamento pelos pares – Tribunal do Júri –, já conhecido pelos ingleses desde 1166, e do devido processo legal, inclusive com a garantia do *habeas corpus* (AMARAL, 2006, p. 214 e 215). Assim dispunha a cláusula 39 (trinta e nove):

No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgment of his equals or by the law of the land. (s. d., s.p.)²

Talvez as mais importantes disposições do documento, pode-se dizer serem elas o “coração” da Carta Magna, por terem desvinculado da pessoa do monarca tanto a lei quanto a jurisdição (COMPARATO, 2008, p. 82).

¹ Em tradução livre: processo legal pelas leis da terra.

² Em tradução livre: nenhum homem livre deverá ser apreendido ou detido, despojado de seus direitos ou possessões, declarado fora da lei, exilado ou privado de seus direitos de qualquer outro modo, nem procederemos forçosamente contra ele, ou ordenaremos outros a fazê-lo, exceto pelo julgamento legal por seus pares ou pela lei da terra.

Ainda, assegurou a liberdade de locomoção (cláusulas 41 e 42) e vedou ao confisco ilegal (cláusulas 7 a 12). A previsão, pela cláusula 61 (sessenta e um), da criação de um Conselho de Barões, com poderes para até mesmo atuar contra o rei, se as disposições da Carta deixassem de ser por ele cumpridas, representa verdadeiro antecedente medieval do “Direito de Resistência a Opressão”, preconizado por John Locke em seu “Segundo Tratado do Governo Civil”, mostrando a extensão da preocupação dos nobres e do clero com a efetivação de tais direitos, de tempos imemoriais. Aos reis acabou não restando outra opção (e a história assim nos mostra) senão cumprir suas determinações, uma vez que os nobres tinham exércitos (GANSHOF, 1996, p. 212), podendo deles se valer para atuar contra o rei se deixasse de cumprir as prescrições da Magna Carta.

Destarte, não obstante tenha sido a Magna Carta significativamente estamental, não somente por representar o restabelecimento das relações estremecidas entre a nobreza e a coroa, mas também por ter sido por aquela redigida, não fica ofuscada a importância que teve no processo de desenvolvimento histórico dos direitos humanos fundamentais.

Por meio dela estabeleceu-se, talvez pela primeira vez na história, um rol de direitos oponíveis ao rei, limitando sua esfera de arbitrariedades e excessos, implicando não mais um dever moral, mas essencialmente jurídico, de reconhecimento de prerrogativas, ainda que apenas de alguns dos cidadãos, em face do Poder Público. Serviu, sem dúvidas, como um farol, guiando pensadores, filósofos, juristas e pensadores em geral na longa jornada afirmativa dos direitos e garantias fundamentais (SAMPAIO, 2004, p. 154).

2.2 Habeas Corpus Act – Inglaterra, 1679

O *Habeas Corpus Act*, de 27 de Maio de 1679, oficialmente “*An Act for better securing the liberty of the subject, and for prevention of imprisonments beyond the sea*” (“*Um Ato para melhor assegurar a liberdade dos sujeitos, e para prevenção de prisões no além-mar*”), é um ato do parlamento inglês aprovado durante o reinado de Carlos II, da dinastia Stuart, um dos últimos soberanos católicos da Inglaterra. O

Parlamento, majoritariamente protestante, buscou, por meio dele, limitar o poder real de prender opositores políticos sem submissão a processo criminal regular (COMPARATO, 2008, p. 88).

O primeiro reconhecimento formal do *writ* do *habeas corpus* encontra-se na *Magna Charta Libertatum*, de 1215 (cláusula 39). Todavia, o instrumento já estava em uso, muito antes desta (MIRANDA, 1999, p. 58).

É possível traçar as origens do *habeas corpus* até o antecedente romano do interdito “*libero homine exhibendo*”, hábil à atacar qualquer que fosse o constrangimento ilegal à liberdade física. Também anteriormente à Magna Carta, haviam remédios jurídicos processuais de uso constante com a mesma finalidade do *habeas corpus*, como o “*de homine replegiando*”, o “*Mainprize*” e o “*de odio et atia*”, que foram lentamente deixando de serem utilizados após 1215 (MIRANDA, 1999, p. 58).

Destarte, o ato de 1679 não tinha por objetivo instituir o *habeas corpus* como remédio jurídico, mas o condão de reafirmar e fortalecer sua antiga prerrogativa, vez que o referido *writ* já era conhecido e utilizado no sistema jurídico inglês a pelo menos três séculos, como mandado judicial em caso de prisão arbitrária (COMPARATO, 2008, p. 88). Segundo Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, “*o instituto vem de muitos séculos, tido sempre como melhor remédio jurídico processual*” (1999, p. 46).

Pode-se dizer que o *habeas corpus* é o mandado voltado para reivindicação sumária do direito de liberdade pessoal, quando ilegalmente restrita, estendendo-se a todos os casos de prisão ou constrangimento ilegal, por ato de autoridade pública ou mesmo de particular. Devido a sua origem inglesa, é comumente chamado de *writ*, do inglês “*written*” (“escrito”), significando, em linguagem jurídica, um mandado expedido pelo órgão jurisdicional competente, no exercício de sua função jurisdicional, endereçado a quem quer que esteja a ilegalmente restringir a liberdade de pessoa alheia, seja autoridade ou mesmo particular, devendo este apresentá-la perante aquele para que venha a decidir o destino a ser dado ao paciente (MIRANDA, 1999, p. 110-111). É ele adstrito à liberdade física, ao direito de locomoção, até onde não lhe proíba a lei.

Segundo Diomar Ackel Filho, o *habeas corpus*,

Na gênese das garantias fundamentais do direito do homem, ocupa o primeiro lugar, pois inaugurou o rol dos instrumentos que asseguraram as liberdades públicas. É uma síntese de ação mandamental de grande eficácia, remédio e garantia, a serviço da liberdade (1991, p. 29).

Quanto à etimologia da denominação, “*habeas corpus*” eram as palavras iniciais no mandado emitido pelo Tribunal, endereçado a quem quer que tivesse sob sua guarda ou poder o “corpo” do detido. “*Habeas*”, de *habeo*, *habere*, exhibir, trazer, o “*corpus*”, literalmente o “corpo” do detido, submetendo-o, juntamente com o caso, à apreciação do Tribunal (MIRANDA, 1999, p. 56). Destarte, por meio dele, leva-se à presença do órgão jurisdicional competente tanto o corpo quanto o caso do paciente, cuja liberdade pessoal está a ser ilegalmente restrita.

Embora tenha sido precedido por um anterior *Habeas Corpus Act*, de 1640, o ato de 1679 é lembrado como um dos mais importantes estatutos da história constitucional inglesa. O saudoso Pontes de Miranda a ele se referiu como “*uma outra Magna Carta*” (1999, p. 46), vez que, embora já existisse na Inglaterra, o *habeas corpus* tinha sua eficácia extremamente reduzida, por inexistência de regras processuais adequadas. Neste diapasão,

[...] as ordens de *habeas corpus* eram denegadas a cada momento. Muitas vezes, o que era bem pior, desobedecidas. Os sofismas, a trapaça e a timidez conspiravam, de mãos dadas ao rei, contra o inestimável remédio processual. De posse de certos ‘precedentes’, tudo se conjecturava e entretecia para tornar ineficazes as ordens de soltura. A parte que tinha um homem preso podia deixar de obedecer ao primeiro *writ*, e esperar, sem que apresentasse ao tribunal o corpo do paciente, a expedição da segunda ou mesmo terceira ordem, a que se davam os nomes de *alias* e *pluries*. (MIRANDA, 1999, p. 91)

Entre as principais garantias estabelecidas pelo documento, pode-se destacar: o direito de toda pessoa presa, sendo conduzida à presença de magistrado, receber ordem de *habeas corpus*, devendo ser relaxada a prisão se pudesse ela prestar uma caução, comprometendo-se a comparecer aos tribunais ordinários; a instituição de pesada multa (£ 500,00) em face dos magistrados que se recusassem à apreciar pedido de *habeas corpus*, bem como ao oficial público ou carcereiro que se descuidasse de elaborar relatórios sobre a execução da ordem de

habeas corpus, deixasse de remeter o prisioneiro, nas seis horas posteriores ao interrogatório, cópia da ordem de prisão ou transportasse o preso de uma prisão para outra, sem motivo suficiente ou autorização (£ 100,00, ou £ 200,00, no caso de reincidência), todas revertidas em proveito da parte lesada (paciente); a proibição de deportação para lugares além-mar, compreendidos ou não nos territórios do domínio britânico, à exceção dos criminosos condenados que solicitassem-na; a proibição de pessoa posta em liberdade por ordem de *habeas corpus* ser novamente presa, pelo mesmo delito (sob pena de multa de £ 500,00); e, por fim, a fixação de prazo máximo de 20 (vinte) dias para levar um preso à presença dos juízes do reino (MIRANDA, 1999, p. 96-97).

Face à influência inglesa sobre suas então Treze Colônias da América do Norte, houve importação do Direito britânico a elas, que, quando vieram a tornar-se a “*grande República do Norte*” (MIRANDA, 1999, p. 71), inseriram em sua Constituição a expressa garantia de que: “*The Privilege of the Writ of Habeas Corpus shall not be suspended, unless when in Cases of Rebellion or Invasion the public Safety may require it*” (Constituição dos Estados Unidos da América, art. 1º, seção 9). Portanto, foi reafirmada a garantia do *habeas corpus* como remédio processual constitucional, reproduzindo o instituto previsto há séculos na legislação da ex-Metrópole estadunidense. Ficou, assim, garantido que tal direito não pode ser suspenso, exceto nos casos de rebelião ou invasão, se assim requerer a segurança pública.

A violação à liberdade implicou na criação do “direito ao mandado” (*right to the writ*) (MIRANDA, 1999, p. 93), traduzindo-se, desde logo, em sólida garantia individual, retirando dos déspotas uma de suas armas mais preciosas: as prisões arbitrárias (SILVA, 1999, p. 153).

Segundo Fábio Konder Comparato,

A importância histórica do *habeas-corpus*, tal como regulado pela lei inglesa de 1679, consistiu no fato de que essa garantia judicial, criada para proteger a liberdade de locomoção, tornou-se a matriz de todas as que vieram a ser criadas posteriormente, para a proteção de outras liberdades fundamentais. Na América Latina, por exemplo, o *juicio de amparo* e o mandado de segurança copiaram do *habeas-corpus* a característica de serem ordens judiciais dirigidas a qualquer autoridade pública acusada de violar direitos líquidos e certos, isto é, direitos cuja existência o autor pode demonstrar

desde o início do processo, sem a necessidade de produção ulterior de provas (2008, p. 89).

O *Habeas Corpus Act*, de 1679, foi, sem dúvidas, “*um desses monumentos históricos que, à semelhança da escultura grega, definem a sua época, salientam seu ideal, molduram as suas virtudes*” (MIRANDA, 1999, p. 98). Representa o início da lenta conquista dos meios processuais de transformação de um direito nominal em direito material, efetivando tal ação mandamental garantista como remédio constitucional, a serviço da liberdade (ACKEL FILHO, 1991, p. 29).

2.3 Bill of Rights – Inglaterra, 1689

Entre os anos de 1685 e 1689 tomou lugar na Inglaterra a chamada “Revolução Gloriosa”, por meio da qual o rei Jaime II, católico, da dinastia Stuart, foi removido do trono britânico, sendo substituído por sua filha, Maria II, e pelo seu genro, o holandês Guilherme, Príncipe de Orange, ambos protestantes.

Durante seu breve reinado, Jaime II viu-se em meio a uma disputa política entre católicos e protestantes e entre os direitos da coroa e os poderes parlamentares. Disputa esta agravada pelo fato de ter Jaime se convertido ao catolicismo, o que provocava restrições frente aos dois principais partidos políticos presentes no Parlamento: os conservadores *Tories* e os liberais *Whigs* (COMPARATO, 2008, p. 92 e 93).

Paulatinamente, Jaime foi perdendo o pouco prestígio que tinha, em virtude de “políticas indesejadas”, como a restauração do catolicismo como religião oficial e o arresto de protestantes, que, caso não aceitassem converterem-se à religião católica, tinham suas ordens de *habeas corpus* denegadas (CASTILHO, 2010, p. 46).

. A questão chegou ao seu clímax quando do nascimento do infante Jaime Francisco Eduardo Stuart, filho de Jaime II. Até então, as sucessoras do trono britânico eram suas duas únicas filhas, Maria e Ana Stuart, protestantes. Tornou-se, assim, iminente a perspectiva de uma dinastia católica, o que levou membros do

partido *Torie*, até então leais ao Rei, a unirem-se aos liberais *Wighs*. Um grupo de sete nobres dos dois partidos políticos convidou Maria II e seu consorte, Guilherme de Orange a assumirem o trono inglês (COMPARATO, 2008, p. 92 e 93).

Guilherme, que liderava os Países Baixos (“Holanda”) na Guerra da Grande Aliança contra a tradicional inimiga dos ingleses, a França, vendo a hipótese de adicionar a Inglaterra à sua coalizão, aceitou o convite, desembarcando em *Torbey* aos 5 de novembro de 1688, com um grande número de tropas (COMPARATO, 2008, p. 93). O exército do Rei Jaime II desertou e ele, apesar de capturado pelas tropas holandesas, foi autorizado a fugir para a França por Guilherme, que não desejava torná-lo mártir.

A fuga de Jaime II para a França foi considerada, pelo Parlamento, como renúncia ao trono britânico, que foi declarado vago. A coroa foi oferecida conjuntamente a Guilherme de Orange e a Maria Stuart (duarquia), com a condição de que eles aceitassem, integralmente, uma Declaração de Direitos (*Bill of Rights*) votada pelo Parlamento, que visava dar fim, de uma vez por todas, ao regime absolutista, bem como assegurar a intolerância ao catolicismo e a liberdade de expressão (AMARAL, 2006, p. 223).

O *Bill of Rights*, de 1689, oficialmente “*An Act Declaring the Rights and Liberties of the Subject and Settling the Succession of the Crown*” (“*Um Ato declarando os direitos e liberdades dos sujeitos e estabelecendo a sucessão da coroa*”), comumente chamado de “*English Bill of Rights*”, pôs fim ao regime absolutista pela primeira vez desde seu surgimento na Europa renascentista. Embora não tenha sido uma declaração de direitos dos cidadãos propriamente dita, o documento representou a definitiva divisão de poderes no Estado inglês, criando, nas palavras de Fábio Konder Comparato,

[...] aquilo que a doutrina constitucionalista alemã do século XX viria a denominar, sugestivamente, uma garantia institucional, isto é, uma forma de organização do Estado cuja função, em última análise, é proteger os direitos fundamentais da pessoa humana. (2008, p. 93 e 94).

O documento implicou na institucionalização permanente da separação dos poderes do Estado, à qual, meio século depois, se referiu elogiosamente Montesquieu (COMPARATO, 2008, p. 93). Com isto,

A partir de 1689, na Inglaterra, os poderes de legislar e criar tributos já não são prerrogativa do monarca, mas entram na esfera de competência reservada do Parlamento. Por isso mesmo, as eleições e o exercício das funções parlamentares são cercados de garantias especiais, de modo a preservar a liberdade desse órgão político diante do chefe de Estado. (COMPARATO, 2008, p. 93).

Se, porém, de um lado, o *Bill of Rights* de 1689 estabeleceu pela primeira vez a separação dos poderes, como forma de garantia de liberdades civis, por outro lado, constituiu-se em instrumento político de imposição de uma religião oficial: o anglicanismo (COMPARATO, 2008, p. 95).

Entre as principais garantias políticas estabelecidas pelo *Bill of Rights* de 1689, vale destacar: a proibição ao rei de suspender leis ou autorizar seu descumprimento, bem como a necessidade de autorização do Parlamento para a cobrança de impostos ou instituição de um exército permanente; a inviolabilidade dos parlamentares no exercício de suas funções; a proibição de prisão sem demonstração efetiva e convincente de culpa; o fortalecimento da instituição do tribunal do júri; o direito de qualquer súdito peticionar ao rei a correção de injustiças, cometidas por qualquer autoridade do reino, antecedente histórico do “direito de petição”, expressamente assegurado pela Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 5º, XXXIV, alínea “a”; e a reiteração da proibição de imposição de penas inusitadas ou cruéis.

O *Bill of Rights* de 1689, é considerado, ainda hoje, um dos mais importantes textos constitucionais da Grã-Bretanha, integrando a Constituição do Reino Unido.

2.4 A Declaração de Independência e a Constituição dos Estados Unidos da América do Norte

Em Julho de 1776, Thomas Jefferson, um jovem advogado virginiano de 33 anos, escreveu uma ode extasiada à liberdade humana, em menos de trezentas palavras, cuja influência foi e tem sido, até os dias de hoje, excepcional (APTHEKER, 1969, p. 107). Embora não tenha sido o único autor da Declaração de Independência dos Estados Unidos, uma vez que Benjamin Franklin e John Adams também participaram do comitê de redação, a maior parte do texto foi redigida por Jefferson.

O documento não foi pautado, em sua redação, por pretensões de originalidade, mas apenas pelo anseio de apresentação do senso comum da matéria, como pensamento originalmente “americano”. Tanto é verdade que várias de suas disposições podem ser diretamente remontadas à Declaração de Direitos da Virgínia (*Virginia Declaration of Rights*), de 12 de Junho de 1776, redigida majoritariamente por George Mason com a finalidade de proclamar direitos naturais inerentes do homem.

São os principais enunciados da Carta Virginiana: que todos os homens nascem igualmente livres e independentes, sendo titulares de direitos certos, essenciais e naturais, destacadamente a vida, a liberdade, a propriedade, a *procura da felicidade* e a segurança (art. 1º); que toda a autoridade pertence e emana do povo, sendo os magistrados seus mandatários (art. 2º); que o governo deve ser instituído para o bem comum e segurança do povo, sendo o melhor aquele que possa garantir, no mais alto grau, a felicidade e a segurança da população contra o perigo da má-administração e, assim sendo, todas as vezes que um governo mostrar-se incapaz de preencher tal finalidade, ou lhe seja contrário, a maioria tem o direito indubitável de reformá-lo, mudá-lo ou aboli-lo, da forma que julgar mais apropriada (art. 3º); o repúdio aos privilégios, vantagens ou prestígios, principalmente hereditários, por serem *absurdos e contrários à natureza* (art. 4º); que os Poderes Legislativo e Executivo devem ser distintos e separados da autoridade judiciária, responsável por reprimir todo o desejo de opressão dos dois primeiros, no que se percebe a arraigada cultura de fé no judicialismo americano (art. 5º); que as eleições devem ser livres (art. 6º); reafirmou-se a proteção da propriedade frente o Estado, que não pode ser por este tomada (art. 7º); de que, em todos os processos, todos os indivíduos tem o direito de conhecimento da natureza da acusação intentada e de conhecer seu acusador, podendo acarear as testemunhas, exigir

processo rápido por júri imparcial de sua circunvizinhança, podendo ser declarado culpado apenas por consentimento unânime, vedada a obrigação de produção de provas contra si mesmo e a privação da liberdade sem o devido processo legal (art. 10º); a proibição de penas cruéis (art. 11º); que “*a liberdade de imprensa é um dos mais fortes baluartes da liberdade do Estado e só pode ser restringida pelos governos despóticos*” (art. 14º); que o povo tem direito a um governo uniforme, não devendo ser legitimamente instituído nem organizado nenhum governo separado ou independente do da unidade federativa (art. 16º); e, por fim, que todo homem deve gozar de inteira *liberdade de culto*, ditado pôr sua consciência, a menos que sob este pretexto perturbe a paz ou segurança da sociedade (art. 18º).

No dizer de Antonio Truyol y Serra:

Prescindiendo de la Declaración de Independencia de 4 de julio de 1776, que da por supuestos “ciertos derechos inalienables”, entre los que sólo destaca expresamente los relativos a “la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad”, es la Declaración de derechos (*Bill of Rights*) de Virginia, de 12 de junio del mismo año, redactada por George Mason, la primera que contiene un catalogo específico de los derechos del hombre y del ciudadano. (1994, p. 17)

Portanto, a Declaração de Direitos da Virgínia foi um dos primeiros documentos a declarar direitos inerentes a todos os indivíduos, como pessoas humanas, se convertendo em ponto de partida para toda a evolução posterior em matéria de direitos e liberdades do homem, influenciando não só a Declaração de Independência das Treze Colônias Americanas, mas também o *Bill of Rights* estadunidense e a *Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen*, ambos de 1789, entre outros.

Embora a Declaração de Independência repetisse vários dispositivos da Declaração de Direitos da Virgínia, ao tomarem conhecimento dela, os membros do Congresso Continental logo a reconheceram por sua magistralidade, por sua objetividade e, principalmente, concisão. Após duas pequenas alterações (a mais significativa delas resultante no corte de um trecho de aproximadamente 150 palavras, que condenava a escravidão e o comércio de escravos incentivados pela

coroa inglesa, na pessoa do rei Jorge III), o documento foi aprovado, aos 4 de Julho de 1776, considerado o dia da independência dos Estados Unidos da América.

A Declaração de Independência das então Treze Colônias inglesas na América consiste numa enumeração das usurpações, injúrias e abusos do governo britânico em relação aos colonos, caracterizando uma tirania absolutista sobre aqueles Estados.

O documento já destaca em seu princípio que, em respeito à opinião pública universal, é necessário que os revolucionários declarem o que os impele. Isto, somente em si, já foi uma extraordinária novidade, refletindo a essência da filosofia política que viria a ser adotada pelo novo Estado: a *soberania popular*. Ou seja, “se a vontade do povo é suprema, então sua boa-vontade deve ser onipotente” (APTHEKER, 1969, p. 109).

As razões apresentadas aos povos do mundo para a revolução consistem em três idéias básicas: a primeira, de que os seres humanos são iguais em atributos, necessidades, obrigações e desejos e tem o direito básico à vida, à liberdade e à *busca da felicidade*; a segunda, que para concretização desses direitos é que os governos foram criados pelos homens; e, por fim, a terceira, segunda a qual o governo que não respeita tais direitos é *tirano* e não só pode, mas *deve* ser alterado ou abolido pelo povo, que tem o direito-dever de criar uma forma de governo que lhe pareça mais adequada à promoção de sua segurança e felicidade.

Como se infere ante o exposto, a teoria política da Declaração é de cunho densamente democrático. Por meio dela, assinalou-se a revolução da ciência política, desfazendo-se o conceito medieval da inferioridade qualitativa da vida terrena, comparada com os gozos celestiais. Isto é, segundo Jefferson, a vida não deve ser admitida como um vale de sofrimentos e lágrimas, repleta de sucessivos padecimentos, como que intermináveis, que devem ser suportados para garantir a entrada no céu; o trabalho não deve ser uma cruz a ser carregada porque o homem é, por natureza, mau; os governos não são os braços seculares de Deus, bem como os sacerdotes não são Seus braços eclesiásticos (APTHEKER, 1969, p. 110). Destarte, foi negado tal aparato, inteiramente elaborado com o fim de justificar e perpetuar a hierarquia da ordem feudal. Tal hierarquia foi, portanto, rejeitada, juntamente com a aristocracia e a monarquia justificada no direito divino, sendo substituídas pela *igualdade entre os homens*.

Porém, cabe assinalar que tal “igualdade” era, em verdade, relativa. A Declaração da Independência dos Estados Unidos da América era *limitada* pelas condições e costumes sociais vigentes à sua época, bem como pela classe que a idealizou e produziu: a burguesia revolucionária, que via o Estado de forma muito abstrata, confinando a teoria da igualdade nos limites políticos, de forma altamente parcial. O maior exemplo disso foi que, enquanto o documento pregava esta pretensa *igualdade* entre os homens, bem como *liberdade*, havia cerca de seiscentos mil escravos negros nas colônias americanas (APTHEKER, 1969, p. 116).

Conforme dito, na versão original da Declaração, Thomas Jefferson chegou a fazer uma crítica à escravidão e ao comércio de escravos. Porém, devido a contundentes objeções dos delegados escravocatas da Geórgia, Carolina do Sul e, embora em menor escala, de Massachusetts, Connecticut e Rhode Island, onde o comércio de escravos representava relevante parcela da economia local, toda esta passagem foi excluída.

Ocorre que o próprio Jefferson era senhor de um número considerável de escravos. Em sua visão, a escravidão era antieconômica, não *imoral*. Era a favor da *abolição gradual*, o sentimento predominante na época. Em seu testamento, deixou instruções para que seus escravos fossem libertados após a morte de sua mulher, com o recebimento de um valor, a ser descontado de um fundo comum. Suas opiniões, portanto, eram as de um *dono de escravos*, não as de um reformador (WRIGHT, 1963, p. 203 e 204).

Segundo Herbert Aptheker, tal visão burguesa foi duramente criticada por Friedrich Engels, em seu *Anti-Düring* sobre a Constituição Americana, que muito bem se pode aplicar à Declaração de Independência:

É próprio do caráter puramente burguês desses direitos humanos que a Constituição Americana, a primeira a reconhecer os direitos humanos, estivesse simultaneamente confirmando a escravidão das raças escuras da América. (1969, p. 116-117)

Outro reflexo das limitações do documento é que afirma serem “*todos os homens criados iguais*”, mas não inclui aí as *mulheres*. Por isso, Abigail, mulher de John Adams, segundo presidente dos Estados Unidos da América e membro do Congresso Continental, escreveu-lhe:

Não posso dizer que o acho muito generoso para com as damas; pois, enquanto proclama a paz e a boa-vontade entre os homens, emancipando todas as nações, insiste em manter um poder absoluto sobre as mulheres. (APTHEKER, 1969, P. 117)

Embora tais limitações não tivessem passado despercebidas na época, quase que certamente, se o documento pregasse a absoluta igualdade entre as mulheres e homens, não seria ratificado. Igualmente, se fizesse menção à abolição da escravatura, seria rejeitado, principalmente pelos delegados das colônias escravistas do sul. Portanto, a introdução de idéias altamente inovadoras e liberais para a época, como a igualdade entre homens e mulheres e abolição da escravatura negra tornou-se impossível. Era preciso que todas as Treze Colônias unissem-se sob uma única ideologia, pois só assim poder-se-ia obter triunfo sobre os *Red Coats*, e isto não teria ocorrido se o documento apresentasse tão inovadores conceitos.

Os efeitos deste segregacionismo vieram a ser experimentados inexoravelmente no século seguinte, quando da Guerra Civil Americana, confronto bélico com maior número de fatalidades na história americana. A escravidão foi legalmente abolida após tal conflito, por meio da 13^a emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, ratificada no final de 1865. Porém, a segregação racial é uma marca fortemente imprimida na sociedade americana até os dias de hoje, tendo atingido seu auge em meados da década de 1920, capitaniada pela Klu Klux Klan (KKK), conjunto de organizações racistas dos Estados Unidos que apóiam a supremacia branca, o protestantismo em detrimento de outras religiões e que empregava a violência para perseguir afro-americanos, de forma a defender a segregação racial.

A independência das Treze Colônias inglesas na América representa o ato inaugural da moderna democracia, combinando a representação popular (destaque-se, enquanto praticamente toda a Europa vivia sob o julgo de déspotas

absolutistas!), a limitação dos poderes estatais e o respeito aos direitos humanos sob a égide de uma Constituição. Nesse último sentido, inclusive, a Constituição dos Estados Unidos da América, de 1787, foi um documento ainda mais revolucionário: trata-se da primeira Constituição escrita, reunida em um único texto normativo, da história político-jurídica da humanidade.

As disposições da Carta Política dos Estados Unidos da América do Norte são dignas de nota. O documento é altamente paradoxal. Retoricamente seco, legalístico, carente de eloqüência, revelando, porém, visão realística da realidade da natureza humana. É até os dias de hoje venerada pelos estadunidenses, aos quais representa praticamente um dogma, num verdadeiro “culto à Constituição”, entendida como realização maravilhosa da Declaração de Independência. Na lição de Nuno Rogeiro, “a Constituição de 1787 penetrou a ‘cultura cívica’ americana e se ‘socializou’, sendo a sua percepção apreciativa transmitida pelas gerações, até se concretizar num valor simbólico do quotidiano” (1993, p. 89).

Tem-se, assim, quase que uma “religião cívica” norte-americana, sendo o Estado é concebido não como um mero sistema político, mas como uma “comunidade pactuante”, na qual há compromisso com a liberdade, sob a égide da lei (KRISTOL, 1988, p. 1-14).

Seu significado histórico transpõe as fronteiras daquele país, oferecendo, até os dias de hoje, uma lição e um exemplo a Estados Democráticos de Direito por todo o mundo. Nas palavras de Saul Kussiel Padover:

A Constituição Norte-Americana revelou-se, talvez, o mais feliz exemplo histórico de instrumento legal que serviu tanto como salvaguarda da liberdade individual quanto como laço de unidade nacional. Hoje, várias gerações após a sua elaboração, continua a ser um documento vivo, satisfazendo as necessidades, como sempre fez, de uma república grande, crescente, poderosa, tecnologicamente envolvida, independente. Em matéria de duração, flexibilidade e prudência democrática fundamental, nada existe que se lhe compare em parte nenhuma do mundo. (1964, p. 3)

O referido autor não poderia ser mais preciso. A Constituição norte-americana foi uma obra magnífica, inovadora e que se demonstra perfeitamente apta

até os dias de hoje para organizar uma nação de dimensões continentais como os Estados Unidos da América, em apenas algumas dezenas de artigos.

Certamente, trata-se de um feito excepcional. Os brasileiros que o digam. Em nossa história constitucional, já vigoraram sete diferentes Constituições. Oito se contarmos o Ato Institucional n.º 5, de 1969, classificado por muitos constitucionalistas como uma outra Constituição. Em décadas e mais décadas de independência, o Brasil nunca foi capaz de produzir uma Constituição que sequer chegasse perto de atingir os mais de duzentos anos de vigência da Constituição estadunidense.

A Constituição dos Estados Unidos merece tais elogios, pois coloca-se acima de qualquer outra Constituição escrita. Isto se dá pela excelência do esquema de suas disposições, adaptação às circunstâncias e à realidade de seu povo, precisão de linguagem, excepcional mistura de princípios e pormenores e, principalmente, sua brevidade e notável simplicidade. Nesse sentido as palavras proferidas pelo ex-presidente dos Estados Unidos da América, Franklin Delano Roosevelt, em 1933:

A nossa Constituição é tão simples e prática que é possível sempre enfrentar necessidades extraordinárias por mudanças na acentuação e na disposição sem a perda da forma essencial. Eis por que o nosso sistema constitucional se demonstrou o mecanismo político mais soberbamente duradouro jamais produzido pelo mundo moderno. (PADOVER, 1964, p. 57).

Talvez, outro fator para sua excepcional durabilidade é que a Constituição norte-americana não foi concebida para introduzir alterações radicais na sociedade daquele país, como o fez a nossa Constituição de 1988, mas apenas para garantir e tutelar o *modus vivendi* dos estadunidenses. Não que tenhamos errado ao assim conceber a Constituição Cidadã, pois muitas das mudanças sociais que tencionou introduzir eram e ainda são necessárias, embora, mesmo passadas duas décadas, muitas delas ainda estejam longe de concretizarem-se. A passos curtos, porém firmes, o Brasil caminha para isto.

O que há de ser destacado é que o fato de existir uma norma jurídica impondo algo, ainda que de *status* constitucional, por si só, não tem eficácia para mudar a realidade social. Não há maior exemplo deste fato do que a Constituição Indiana de 1950, que embora tenha proibido a divisão social em castas e sua conseqüente discriminação (arts. 14, 15, 16 e, principalmente, 17³), não fez com que tal “*costume*” indiano, impregnado naquela sociedade a séculos, cessasse em existência.

Não há melhor modo de fortalecer uma democracia justa e igualitária do que lentamente, por meio de instituições fortes, como um Estado que seja capaz de dar à população saúde e educação de qualidade, bem como qualidade de vida digna, assim como o papel fundamental que instituições como o Ministério Público, o Poder Judiciário, as Defensorias Públicas e muitas outras vem desenvolvendo. Mas este processo é lento, gradual, paulatino, não devendo ser apressado, levando à sua desestabilização.

Destarte, o maior exemplo que a Constituição norte-americana pode nos dar é este: o fortalecimento democrático está intimamente ligado à estabilidade estatal, e nossa Constituição, embora não seja simples e breve como a dos Estados Unidos da América, é, também, um documento excepcional, capaz de ajudar o Brasil a alcançar tal nível de estabilidade e desenvolvimento.

2.5 A Revolução Francesa e a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão

Em 1789, aproximadamente 28 milhões de franceses, em sua maioria camponeses, viviam sob o regime monárquico absolutista. A França era uma nação relativamente organizada, rica, com a sociedade dividida em três ordens essenciais: o Primeiro Estado, constituído pelo clero, o Segundo Estado, constituído pela nobreza e o Terceiro Estado, constituído por todo o remanescente populacional. Os

³ Assim dispõe o art. 17 da Constituição Indiana: “*Untouchability*” is abolished and its practice in any form is forbidden. The enforcement of any disability arising out of “*Untouchability*” shall be an offence punishable in accordance with law.”. Em tradução livre: A “intocabilidade” é abolida e sua prática, em qualquer forma, proibida. A execução de qualquer discriminação (inaptidão) em decorrência da “intocabilidade” será considerada ofensa punível de acordo com a lei.

dois primeiros eram altamente privilegiados, em detrimento do terceiro. O país sofria de vários males, sendo a necessidade de reformas sentida por maioria absoluta da população.

A realidade era muito mais complexa do que a monarquia absoluta dos Bourbons, dita “pura” e “sem laços”. A monarquia francesa, ainda que supostamente desvinculada, era socialmente limitada, principalmente pela tradição cristã e costumes. Ainda que em pequenos círculos da elite burguesa, dissociava-se, cada vez mais, o sagrado do profano, com a conseqüente rejeição da teoria do direito divino. A centralização do poder era excessivamente imperfeita, existindo excessivos privilégios, costumeiramente concedidos durante séculos às províncias, cidades, ordens, corporações e alguns indivíduos, o que acabou por paralisar a autoridade do monarca sobre seus oficiais (BLUCHE, RIALS e TULARD, 1989, p. 9).

A tudo isto, acrescentasse a personalidade de Luís XV, que oscilava entre firmeza e fraqueza, estimulando intrigas no seio político. Além disso, a divisão tradicional da sociedade da ordem medieval em três ordens, acima citada, perdeu em grande parte sua legitimidade. Isto tudo, aliado a uma série de outros fatores, como crises de ordem econômica, financeira e agrícola, caracterizada pelo *déficit* de alimentos em decorrência da explosão populacional, e altos índices de desemprego, tornaram a situação insustentável.

Então, em Maio de 1789 deu-se início à Revolução Francesa, conjunto de acontecimentos que violentamente destruíram o *Ancien Régime*, impulsionados, entre outros fatores, pelas circunstâncias acima descritas, que viria a terminar somente em Novembro de 1799. Tais acontecimentos alteraram profundamente o quadro político e social da França, dando início à Idade Contemporânea, abolindo a servidão e os direitos feudais. A partir dela, operou-se uma mudança de compreensão semântica do próprio termo “revolução”, antes concebido como uma restauração dos antigos costumes ou liberdades (“revolver às origens”). Segundo Fábio Konder Comparato,

Desde então, o termo passou a ser usado para indicar uma renovação completa das estruturas sociopolíticas, a instauração *ex novo* não apenas de um governo ou regime político, mas de toda uma sociedade, no conjunto das relações de poder que compõem a sua estrutura. Os revolucionários já

não são os que se revoltam para restaurar a antiga ordem política, mas os que lutam com todas as armas – inclusive e sobretudo a violência – para induzir o nascimento de uma sociedade sem precedentes históricos. (2008, p. 129)

Grande foi a influência exercida, no espírito dos homens que puserem fim ao Antigo Regime, das declarações de direitos norte-americanas. Nos debates da Assembléia Nacional francesa, vários deputados referiram-se à “exemplos da América” como modelos a serem seguidos (COMPARATO, 2008, p. 149). Não se tratou, porém, de uma *cópia* da experiência americana. O advento do Estado Liberal já vinha sendo preparado pelos revolucionários franceses ao longo do século XVIII. Embora tenham eles se valido da técnica das declarações estadunidenses, é nítido o reflexo do pensamento político europeu e internacional do século XVIII, corrente geral (de todas as nações), comum aos pensadores de todos os países (SILVA, 2008, p. 157).

Porém, é a perspectiva holística que distingue, nitidamente, a *Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen*, de 26 de agosto de 1789, que sintetiza, em dezessete artigos, os ideais revolucionários da Revolução Francesa, dos *bills of rights* dos Estados Unidos da América. Os revolucionários franceses julgavam-se “apóstolos de uma nova ordem”, a ser anunciada a *todos* os povos. Pela primeira vez foram proclamadas liberdades e direitos fundamentais de *todos* os homens, com intenção clara no sentido de que as disposições do documento fossem de todos os tempos, de todas as nações, visando abarcar não somente os franceses ou europeus, mas toda a *humanidade*. Justamente aí reside sua monumental relevância: embora existentes declarações de grande importância anteriores a ela, possuíam alcance apenas dentro de um território nacional delimitado. Aqui, ao contrário, se pôs em prática a *universalidade* dos direitos do homem.

Efetivamente, em pouquíssimo tempo o espírito da Revolução foi difundido a todo o mundo conhecido, influenciando diversas revoltas e ditas “revoluções”, como a Conjuração Baiana de 1798 (Revolta dos Alfaiates), cujo hino falava dos Estados Unidos da América e sua “imitação” pelos franceses. Aliás, nas palavras de Isabel Lustosa, “daí em diante, América, França e a Razão, como

mestra dos governos, estariam em quase todos os discursos radicais sul-americanos.” (2004, p. 28).

A Declaração representou a efetiva instauração de um regime de liberdades individuais, que alcançaram, por meio dela, definitivo delineamento. O documento reforçou o princípio da igualdade entre os homens (art. 1º); erigiu à categoria de direitos naturais, imprescindíveis aos homens, a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão (art. 2º); instituiu o princípio da soberania nacional (art. 3º); delineou os contornos do direito à liberdade (art. 4º); assentou o princípio do direito privado, segundo o qual tudo o que não é expressamente vedado pela lei é permitido (art. 5º); afirmou que ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão em virtude de lei, em consonância com as formas por esta prescrita (art. 7º); instituiu, no campo penal, a noção da lei penal apenas como *ultima ratio* (art. 8º, primeira parte), o fundamental princípio segundo o qual não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem fixação legal (art. 8º, *in fine*) e o princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade (art. 9º); garantiu, ainda, a liberdade de opinião, bem como sua livre manifestação (arts. 10º e 11º); firmou, também, o princípio da estrita legalidade na criação e cobrança de tributos (arts. 13 e 14), bem como o direito de toda a sociedade pedir contas a qualquer agente público pelos atos de sua administração (art. 15) e, por fim, protegeu-se a propriedade privada contra expropriações abusivas (art. 17). Segundo José Afonso da Silva:

O texto da Declaração de 1789 é de estilo lapidar, elegante, sintético, preciso e escoreito, que, em dezessete artigos, proclama os princípios da *liberdade*, da *igualdade*, da *propriedade* e da *legalidade* e as garantias individuais liberais que ainda se encontram nas declarações contemporâneas, salvas as liberdades de reunião e de associação que ela desconhecera, firmado que estava numa rigorosa concepção individualista. (2008, p. 158).

Destarte, não seria exagero dizer que a Declaração foi o Atestado de Óbito do *Ancien Régime*.

Deve-se à Revolução Francesa, conjuntamente à Constituição dos Estados Unidos da América, de 1788, a moderna forma de representação política, em que os representantes são eleitos pela coletividade global de cidadãos, considerada um todo homogêneo.

Extinguiu-se, de supetão, as servidões feudais, os privilégios religiosos, a perseguição aos judeus, bem como o tráfico de escravos nas colônias. Todavia, dentro deste panorama, sem dúvida alguma, foi a *igualdade* que representou o ponto central do movimento, impulsionando a supressão de desigualdades entre grupos sociais e indivíduos como o mundo jamais vira até então

Embora não tenha sido expressamente derrubada a barreira entre os sexos, tal qual ocorrera nos Estados Unidos da América, quando da Revolução Americana, a influência da Revolução Francesa é patente no desenvolvimento do feminismo, sendo encontrados registros de participação ativa das mulheres na revolução. Ademais, a Declaração Universal serviu de base ao desenvolvimento teórico do feminismo, influência facilmente notada nos trabalhos de Mary Wollstonecraft, autora da obra “*A Reivindicação dos Direitos da Mulher*” (“*A Vindication of the Rights of Woman*”), de 1790, considerada a pioneira do feminismo moderno (TRUYOL SERRA, 1994, p. 23). Marie Gouze Olympe de Gouges, já em 1791, escreveu e publicou um manifesto denominado “Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã”, reivindicando a extensão das disposições da Declaração “original” também às damas (CASTILHO, 2010, p. 69). Portanto, muito embora não se tenha acatado de imediato tais reivindicações, tem-se o marco inicial da luta pelo reconhecimento dos direitos civis e políticos das mulheres, bem como pela igualdade para com os homens, numa verdadeira *democratização* da concepção dos direitos humanos.

2.6 A Carta da Organização das Nações Unidas

A instituição e atuação de organizações internacionais tem sido uma constante na evolução do direito internacional moderno. Todavia, a idéia de uma organização de Estados visando garantir o respeito ao direito internacional e a

solução justa dos conflitos entre as nações é remota. Henrique IV, rei de França, já havia idealizado uma “*Grande República Cristã*” dos Estados Europeus. Gottfried Wilhelm von Leibniz, filósofo e matemático alemão nascido em 1646, propusera a criação de um “*Império Universal*” das Nações Cristãs, presidido pela Papa e pelo Imperador. Ainda, Charles-Iréné Castel, Abade de Saint Pierre, apresentou ao Congresso de Utrechet, em 1713, seu “Projeto de Paz Perpétua”, preconizador da criação de uma “*Confederação de Estados Europeus*”, composta de 19 potências, sendo os direitos recíprocos dos seus membros determinados por uma Constituição comum. Porém, tais planos não logram êxito, sendo a idéia das organizações internacionais colocada efetivamente em prática apenas após a Primeira Guerra Mundial (1914 a 1918), com a Sociedade das Nações.

Todavia, a Sociedade das Nações, organização precursora das Nações Unidas fundada em 1919 com a finalidade de promover a cooperação internacional e obter a paz e a segurança, fracassou monumentalmente em sua missão, não sendo capaz de evitar a deflagração da Segunda Guerra Mundial (1939 a 1945), confronto bélico considerado por muitos historiadores como *retomada das hostilidades* da Primeira Grande Guerra, que ceifou a vida de aproximadamente 60 milhões de seres humanos. Segundo Fábio Konder Comparato,

[...] enquanto a Sociedade das Nações não passava de um clube de Estados, com liberdade de ingresso e retirada conforme suas conveniências práticas, as Nações Unidas nasceram com a vocação de se tornarem a organização da sociedade política mundial, à qual deveria pertencer portanto, necessariamente, todas as nações do globo empenhadas na defesa da dignidade humana. (2008, p. 214)

A Segunda Guerra Mundial soou ao mundo, por todos os acontecimentos que englobou, como um *prelúdio do Apocalipse*. Nela, deflagrou-se projeto de subjugação e extermínio em massa de povos considerados inferiores: o *holocausto*, talvez apenas comparável aos massacres cometidos por Hernán Cortés e seus homens contra os povos pré-colombianos das Américas, em especial a civilização Asteca. O ato final da tragédia, que poria, de uma vez por todas, fim ao conflito, igualmente espantou o mundo: os lançamentos das bombas atômicas

americanas sobre as cidades japonesas de Hiroshima e Nagasaki, em 6 (seis) e 9 (nove) de agosto de 1945. A civilização tomou conta de que chegara a tal nível de desenvolvimento tecnológico que poderia atingir o extremo da destruição de toda e qualquer forma de vida da Terra.

Dos horrores da era de Adolf Hitler, percebeu-se que a sobrevivência da humanidade exigiria a colaboração e o esforço conjunto de todos os povos, com base no respeito integral à liberdade e à diversidade humana. Como resposta, começa a aflorar o processo de internacionalização dos direitos humanos, tornando possível a responsabilização dos Estados no plano externo e criando uma sistemática internacional de proteção aos direitos fundamentais. Segundo Valerio de Oliveira Mazzuoli,

[...] foi a partir do surgimento da Organização das Nações Unidas, em 1945, e da conseqüente aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, que o Direito Internacional dos Direitos Humanos começa a aflorar e a solidificar-se de forma definitiva, gerando, por via de conseqüência, a adoção de inúmeros tratados internacionais, destinados a proteger os direitos fundamentais dos indivíduos. Trata-se de uma época considerada como verdadeiro marco divisor do processo de internacionalização dos direitos humanos. Antes disso, a proteção aos direitos do homem estava, mais ou menos, restrita a apenas algumas legislações internas [...] (2002, p. 48)

Nesse mesmo sentido, ensina Flávia Piovesan:

A Carta das Nações Unidas de 1945 consolida o movimento de internacionalização dos direitos humanos, a partir do consenso de Estados que elevam a promoção desses direitos a propósito e finalidade das Nações Unidas. Definitivamente, a relação de um Estado com seus nacionais passa a ser uma problemática internacional, objeto de instituições internacionais e do Direito Internacional. Basta, para tanto, examinar os arts. 1º (3), 13, 55, 56, 62 (2 e 3), da Carta das Nações Unidas. (1997, p. 152)

Assim, o cidadão, antes vinculado única e exclusivamente à sua Nação, passa a tornar-se, também, *cidadão do mundo*. Afirma-se a concepção contemporânea dos direitos humanos, como sendo *universais, indivisíveis, inalienáveis e interdependentes*, vedando-se o relativismo, fundado, em especial, na diversidade cultural, como justificativa de violação dos direitos do homem.

Tendo por principais objetivos facilitar a *cooperação internacional*, o progresso social e o respeito aos direitos humanos, bem como deter guerras entre países e fornecer uma plataforma para o diálogo, foi assinada, em 26 de Junho de 1945, a Carta de São Francisco, mundialmente conhecida como Carta das Nações Unidas, documento que formou e estabeleceu aquela organização internacional, com sede na cidade de Nova York, Estados Unidos da América.

Segundo o *sítio* digital da Organização das Nações Unidas (ONU) no Brasil:

A Organização das Nações Unidas é uma instituição internacional formada por 192 Estados soberanos, fundada após a 2ª Guerra Mundial para manter a paz e a segurança no mundo, fomentar relações cordiais entre as nações, promover progresso social, melhores padrões de vida e direitos humanos. Os membros são unidos em torno da Carta da ONU, um tratado internacional que enuncia os direitos e deveres dos membros da comunidade internacional. (s. a., s. d., s. p.)

De modo a alcançar a concretização das liberdades que prevê, preconiza a Carta um esforço global, de *cooperação internacional*, conforme disposto em seu art. 55, alínea “b”. Nesse sentido, o próprio *site* da entidade no Brasil afirma que

A missão da ONU parte do pressuposto de que diversos problemas mundiais – como pobreza, desemprego, degradação ambiental, criminalidade, Aids, migração e tráfico de drogas – podem ser mais facilmente combatidos por meio de uma cooperação internacional. As ações para a redução da desigualdade global também podem ser otimizadas sob uma coordenação independente e de âmbito mundial, como as Nações Unidas. (s. a., s. d., s. p.)

A Carta previu, ainda, o *direito efetivo ao desenvolvimento*. Muito embora tal prerrogativa tenha vindo desprovida de necessários instrumentos de garantia e concretização, trata-se de uma importante afirmação, especialmente para as nações pobres de todo o mundo.

Outra importante disposição do documento – talvez uma de suas bases – é a afirmação explícita quanto à existência de um *direito à autodeterminação dos povos*, tendo se consubstanciado no principal fundamento do movimento de descolonização no período neocolonialista, em especial na África da década de 1960, que produziu resultados mais do que satisfatórios (TRINDADE, 2009, p. 26-27).

Segundo Antonio Cassese,

Tre grandi ideali – il diritto dei popoli all'autodeterminazione, i diritti umani, il pacifismo (non quello "ingenuo" degli illuministi, ma un pacifismo "armato") – venero così consacrati nella Carta dell'Onu. In particolare, in quella Carta furono inseriti ben sette riferimenti ai diritti umani, ed in sostanza si tracciò un programma di azione per il futuro, senza porre invece impegni precisi per gli Stati né nel campo dei diritti umani né in quello del diritto dei popoli all'autodeterminazione. (1999, p. 18)

Isto é, três grandes ideais vieram destacadamente consagrados na Carta da ONU: o direito à autodeterminação dos povos, os direitos humanos e o pacifismo (embora numa perspectiva “armada” – não “ingênua”). Em particular, naquela Carta foram inseridas sete referências aos direitos humanos e, em essência, se traçou um programa de ação para o futuro, sem designar compromissos precisos aos Estados, nem no campo dos direitos humanos, nem no campo da autodeterminação dos povos⁴.

Deste modo, foi a ideologia histórico e política posterior à adoção da Carta que acabou dando vida à ideologia dos direitos humanos e da autodeterminação dos povos, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o

⁴ Tradução livre do trecho em língua italiana, acima transcrito.

Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Resolução n.º 1514 (XV) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 14 de dezembro de 1960, conhecida como “*Declaração Anti Colonialista*”, que declarou o direito à independência dos países e povos coloniais – portanto, na qual a autodeterminação dos povos vinha explicitamente enunciada. Tais princípios acabaram por contribuir intensamente na *democratização* das relações internacionais.

É bem verdade que a ONU tem falhado em sua tarefa de manutenção da paz e segurança internacional, muito em função de estrutura organizacional, em especial do Conselho de Segurança, onde os membros permanentes (China, Estados Unidos da América, França, Reino Unido e Rússia) tem poder de veto. A autoridade da Corte Internacional de Justiça, seu principal órgão jurisdicional, também é *limitada*, uma vez que os Estados membros de seu Estatuto instituinte não se submetem, de pleno direito, à sua jurisdição (Estatuto, art. 36, 2).

Todavia, a passos lentos, o mundo tem presenciado progresso social, das condições de vida e maior respeito aos direitos humanos, impulsionado pelas Nações Unidas e suas missões através do globo, como a proteção de refugiados, fornecimento de alimentos, combate a doenças e fortalecimento de regimes democráticos por todo o mundo.

2.7 A Declaração Universal dos Direitos Humanos – 1948

A motivação para criação de um documento universal de direitos humanos anda de mãos dadas com a que inspirou a própria criação da Organização das Nações Unidas. Nas palavras do preâmbulo da Declaração, “o advento de um mundo em que as pessoas gozem de liberdade de palavra, de crença e liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum”. Havia, também, a necessidade de concretizar direitos e liberdades fundamentais previstos na Carta das Nações Unidas.

A ONU se destaca pela amplitude de sua esfera de atuação, envolvendo, basicamente, todas as questões mais relevantes das relações internacionais, especialmente em relação à manutenção da paz, segurança e

respeito aos direitos humanos. A realização de tais propósitos é flagrantemente marcada por uma *vocação universal*.

Tal vocação foi que levou à elaboração de um dos mais importantes documentos atinentes à pessoa humana na história: a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela ONU por meio da Resolução n.º 217, de 10 de dezembro de 1948, documento que daria a devida expressão à *universalidade* dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Retomando ideais da Revolução Francesa, a Declaração reconheceu, em âmbito universal, os valores soberanos de igualdade, liberdade e fraternidade entre todos os homens e mulheres, como ficou consignado em seu art. 1º, nos seguintes termos: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.”.

A Declaração, nas palavras de Antônio Augusto Cançado Trindade, marca o princípio de “um movimento universal irreversível de resgate do ser humano como sujeito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, dotado de plena capacidade jurídica internacional” (1999, p. 14). Justamente esta era a principal preocupação da época: o estabelecimento de um direito internacional em que os indivíduos e grupos sociais tivessem reconhecida capacidade processual, no plano internacional.

Sua adoção marca o início do processo de *generalização* da proteção da pessoa humana no plano internacional. A partir dela, já não se trata mais de proteger determinados indivíduos ou grupos sociais, mas de resguardar o ser humano, como sujeito dotado de capacidade jurídica plena na esfera internacional. Nesse sentido, disserta Maria Fernanda Figueira Rossi:

Esse documento consagrou um conjunto de princípios que deveriam ser atingidos por todos os povos e resultou na evolução dos direitos humanos para o plano universal, o que permitiu que qualquer pessoa o invocasse contra qualquer Estado e reclamasse para si as condições humanas ali estabelecidas. Ademais, tornou-se obrigatório o respeito dos princípios e regras relativos aos direitos fundamentais da pessoa humana por cada Estado, perante os outros estados. (2004, p. 346)

De modo a concretizar tão sagrada igualdade, foi extensa a gama dos direitos proclamados na Declaração Universal, compreendendo os de caráter pessoal, as liberdades públicas, os direitos políticos, econômicos, sociais e culturais, bem como os atinentes às relações dos indivíduos com grupos e com o mundo exterior.

Antonio Cassese (1999, p. 38) afirma que a Declaração repousa sobre quatro pilares fundamentais: os *direitos da pessoa* (direito à igualdade, à vida, à liberdade, à segurança *etc.*); os direitos que esperam os indivíduos frente aos grupos sociais dos quais participam (direito à privacidade da vida familiar e direito de esposar-se; liberdade de movimento, tanto dentro do próprio Estado quanto para o exterior; direito à nacionalidade; direito de propriedade; liberdade religiosa); os *direitos políticos* (liberdade de pensamento e reunião; direitos políticos ativos e passivos; direito de acesso ao governo e à administração pública); e os direitos do campo econômico e social (direito ao trabalho e a uma remuneração justa; direito à descanso semanal remunerado; direito à assistência sanitária *etc.*).

Segundo Valerio de Oliveira Mazzuoli,

[...] a Declaração Universal de 1948, composta de trinta artigos, precedidos de um “Preâmbulo” com sete *considerandos*, conjugou, num só todo, tanto os direitos civis e políticos, tradicionalmente chamados de *direitos e garantias individuais* (arts. 1º ao 21), quanto aos direitos sociais, econômicos e culturais (arts. 22 ao 28). O art. 29 proclama os deveres da pessoa para com a comunidade, onde o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível; e o art. 30 consagra um princípio de interpretação da Declaração, sempre a favor dos direitos e liberdades nela proclamados. Assim o fazendo, combinou a Declaração, de forma inédita, o *discurso liberal* com o *discurso social*, ou seja, o valor da liberdade com o valor da igualdade. (2002, p. 53)

Ainda, a Declaração afirma ser a Democracia o único regime político compatível com o pleno respeito aos direitos humanos (arts. 11 e 19, alínea 2), afirmando ser o regime democrático a única forma *legítima* de estruturação estatal.

Todavia, sua importância não se restringiu aos limites do próprio documento, tendo a Declaração aberto o caminho a sucessivos tratados e instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos, hoje operantes nos planos regionais e, também, no global. Deste modo, o Direito Internacional foi utilizado como instrumento para aprimorar, ampliar e fortalecer a proteção dos direitos humanos, complementando-os, o que levou à criação de uma nova disciplina da ciência jurídica: o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Ademais, as disposições da Declaração também se projetaram nas ordens jurídicas internas de inúmeros Estados, encontrando expressão em diversas Constituições nacionais, sendo, portanto, consubstanciadas como direitos fundamentais.

Os direitos proclamados na Declaração foram confessadamente concebidos como inerentes a *todos* os seres humanos, precedentes de qualquer forma de organização, social ou política. Destarte, quando as vias internas estatais se mostrassem incapazes de assegurá-los, aí, principalmente, deveriam ser acionados os mecanismos internacionais de proteção. Deste modo, trata-se, também, da essencial proteção do homem frente ao próprio Estado. É exatamente a isto que se refere o doutrinador Fernando Quintana ao afirmar que

Hoy en día no existe más necesidad de estar protegido contra reyes o dictadores, sino más bien contra una nueva forma de tiranía: aquella ejercida por el Estado [...] que decide de todas las relaciones humanas y de todas las ideas, eliminando de este modo todas las fuentes de donde el hombre puede sacar sus convicciones. El Estado insiste sobre los deberes y las obligaciones del individuo. Esto constituye un serio peligro, ya que el hombre no es el esclavo del Estado, y no puede existir solamente para servirle. (1999, p. 128-129)

Passa, assim, a ser dever do Estado, no plano internacional, o respeito a tais direitos, bem como o asseguramento de seu respeito na ordem interna. Isto somente pode ser alcançado por meio de medidas positivas dos próprios Estados, como a adequação da ordem jurídica interna às normas internacionais de proteção, inclusive com o suprimento de eventuais lacunas normativas no direito interno. É

necessário o concurso de todos os poderes e prerrogativas do Estado, bem como de seus órgãos e agentes, para que sejam cumpridas tais obrigações gerais. Neste diapasão, ensina J. J. Gomes Canotilho:

Os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo (sic), normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo (sic), o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa). (1998, p. 373)

Nas palavras de Michael Ignatieff,

Ma anche se lo stato-nazione rimane il principal escudo protettivo dei diritti, i movimenti internazionali per i diritti umani e le convenzioni hanno acquisito un'influenza significativa sui regimi di diritto nazionali. Sebbene lo 'stato di inerzia' dell'ordine internazionale continui a proteggere la sovranità almeno in parte è condizionato dall'osservanza di un comportamento corretto nei confronti dei diritti umani. (2003, p. 22).

Isto é, enquanto o “Estado-nação” permanece como principal escudo protetor dos direitos, o movimento internacional dos direitos humanos e a Declaração alcançaram uma influência significativa sobre os regimes nacionais. Assim, embora o estado de inércia da ordem internacional continue a proteger a soberania dos Estados, ao menos em parte tal posição passa a ser condicionada à observância de um comportamento compatível com os direitos humanos⁵, sendo que, a partir do momento em que um Estado deixe de cumprir tal dever, torna-se alvo imediato de críticas e sanções, bem como, em *ultima ratio*, de intervenção militar.

⁵ Tradução livre do trecho em língua italiana, acima transcrito.

Quanto à eficácia das normas da Declaração, ela, por si, só, não dispõe de aparato próprio que a faça valer. Nesse diapasão, disserta Carlos Weis:

A Declaração Universal, porém, possui seus problemas, a começar pela completa ausência de mecanismos de implementação dos direitos humanos, o que é explicado pelo contexto político em que se vivia, tendo-se chegado à solução pela criação da Carta Internacional dos Direitos Humanos, a que já se aludiu. (1999, p. 70)

Destarte, da busca por assegurar a proteção dos direitos fundamentais do homem consagradas pela Declaração Universal, decorre a tendência de consolidação de pactos e convenções internacionais, bem como de instituição de jurisdições extranacionais, sob o patrocínio das Nações Unidas.

Em síntese, o ponto mais significativo da Declaração foi sua concepção *holística* de todos os direitos humanos, rompendo as barreiras de seu tempo, fazendo com que sucessivas gerações de seres humanos, das mais distintas culturas, nos mais diversos cantos do mundo, nela reconhecessem uma meta comum (*common standard of achievement*) a ser alcançada pela humanidade (TRINDADE, 1999, p. 18). Constituiu ela um dos fatores de *unificação da humanidade*, sendo por isso definida pela então primeira dama dos Estados Unidos da América do Norte, Eleanor Roosevelt, em 9 de dezembro de 1948, como “a *Magna Carta de toda a humanidade*” (CASSESE, 1999, p. 48).

2.8 Panorama geral

No presente capítulo, buscamos traçar um panorama geral do processo de afirmação histórica dos direitos humanos através do decurso da história.

É bem verdade que se poderia afirmar termos cometido verdadeiras injustiças ao omitirmos partes vitais deste longo e paulatino processo.

Antecedentes mesmo às primeiras declarações de direitos, já na Idade Antiga podem ser identificados os primeiros passos dos direitos humanos, em circunstâncias, modalidades, tempo e espaços diversos, mas coincidentes em essência, embora se *inadmitisse* a noção de direitos subjetivos *oponíveis* ao Estado, onde o homem era considerado como que um escravo daquele. Nesse sentido, disserta Antonio Cassese:

[...] tratto peculiare della comunità internazionale di questo periodo consiste in ciò: i popoli e gli individui non hanno alcun peso. Sembra quasi che non esistano, assorbiti e sovrachiati come sono dai "principi": gli Stati sovrani, unici veri interlocutori sulla scena del mondo. I popoli non sono che oggetto del dominio dei vari sovrani. (1999, p. 7-8)

Portanto, era característica peculiar desse período a “ausência de peso” do povo e dos indivíduos, que pareciam mesmo inexistir, absorvidos e oprimidos pelos “príncipes”, sendo o Estado soberano o único “verdadeiro” interlocutor no cenário político. O povo nada mais era do que *objeto* de domínio dos vários soberanos⁶.

Todavia, há uma série de importantes antecedentes históricos dos direitos humanos, alguns dos quais muito anteriores à própria Magna Carta de 1215.

O Código babilônico de Hamurabi (séculos XXI a XVIII a.C.), que vigorou por aproximadamente quinze séculos, conferia proteção às viúvas, aos órfãos e os inermes. No Egito, no mesmo período, que corresponde ao Médio Império, a filosofia política era rica na prática democrática, destacando certa concepção de *justiça social*, à qual o próprio soberano devia obediência, compreendido o poder público como um *serviço* visando à proteção dos fracos, promoção da harmonia e prosperidade social e responsabilização penal dos culpados, tudo isto pautado pelo critério da imparcialidade (D'ANGELIS, 2004, p. 408).

Na civilização egéia ou egeana (de 3.000 a 1.100 a.C.) não há registro de escravidão ou trabalhos forçados. No auge do período minóico, as mulheres

⁶ Tradução livre do trecho em língua italiana, acima transcrito.

ocupavam papel de relevo na sociedade. Ao que tudo indica, não lhes era vedada qualquer atividade pública, liberdade inexistente nos demais povos de então.

Em função do judaísmo, do mundo hebraico também vieram importantes conceitos de justiça social. A religião hebraica submete preceitos éticos rígidos indistintamente a todos, sejam pobres ou poderosos. No *Tanakh* (ou *Tanach*), conjunto dos principais livros sagrados do judaísmo (a “Bíblia judaica”, consistente dos livros encontrados no Velho Testamento da Bíblia protestante, mas enumerado e ordenado de maneira diversa), se percebe um grande *esforço de moralidade* dos hebreus, conduzindo à compassividade para com os pobres e humildes, à caridade, à prescrição das dívidas ao fim de cada sete anos (Deuteronômios 15, 1-3) e os deveres dos juízes e do rei.

Siddharta Gautama, vulgo Buda (do sânscrito Buddha, que significa “desperto” ou “iluminado”), fundador do budismo, enunciou valores como a supremacia do Direito e da Justiça, paz, fraternidade e igualdade entre as pessoas, embora limitada em função do histórico sistema de castas indiano.

Confúcio (Kung-Fu-Tze, que significa “Mestre Kong”), pregou, em sua doutrina central (“Cinco Ching” ou “Livros Canônicos”), o amor, a solidariedade, o respeito ao próximo, a cortesia e a busca da virtude, que conduzem à paz, pessoal e coletiva.

No período helênico da Antiguidade Clássica, a democracia das *polis* gregas também é importante antecedente, consistente na divisão do poder entre os cidadãos, embora desse conceito se excluíssem as mulheres, estrangeiros e escravos. Em Roma, a plebe conseguiu lentamente, a custosas penas, a criação de certos títulos ou cargos, como os “tribunos da plebe” e os “edis curuis” (magistraturas plebéias), que acabaram colocando-os mais próximos aos patrícios em direitos, sendo o fato mais relevante deste período a proibição de escravidão por dívidas.

Ainda no mundo greco-romano, além das contribuições de Sócrates, Platão, Gaio, Ulpiano e outros, o pensamento *sofístico* aproxima-se da tese da igualdade natural e da noção de humanidade, tendo por base a natureza biológica ordinária dos homens. Neste diapasão, defendera o sofista Antifon que “*por natureza são todos iguais, quer sejam bárbaros ou helenos*”. Também no pensamento

estóico, assume o princípio da igualdade um lugar proeminente, tendo por fundamento o fato de que todos os homens se encontrarem sobre um *nomos* unitário, sendo, por isto, convertidos em cidadãos do “grande Estado universal”, no que se pode ver um dos primeiros antecedentes da noção de *universalização* dos direitos humanos, embora tais ideais não tenham conseguido ultrapassar o plano filosófico e converter-se em categoria jurídica (CANOTILHO, 1998, p. 351).

O Cristianismo também é parte fundamental deste processo. A partir dos ensinamentos de Jesus Cristo, surgiu pela primeira vez na história *igualdade* concreta e absoluta entre todos os homens, feitos “à imagem e semelhança” de Deus (Gênesis 1, 26). Os ensinamentos do nazareno também enfatizam a paz, a justiça, a solidariedade, a humildade, a caridade, o desapego aos bens materiais e inauguram a noção de desvinculação entre religião, Direito e Estado (“*Daí, pois, a César o que é de César, e a Deus o que é de Deus*” – Mateus 22, 21).

O Islamismo também somou à concepção de igualdade entre os homens, partindo da comum identidade, origem única e destino comum da humanidade. Prescreveu, ainda, a fraternidade, a solidariedade, a supremacia da Justiça e o direito à educação. Condenou a opressão, prevendo o direito de resistência a ela. Determinou ser a casa espaço inviolável.

Na Idade Média, de certo modo reconhecia-se que os homens integravam uma ordem ético-natural cujos fundamentos, procedentes do estoicismo antigo e do cristianismo (conforme acima dito), são a unidade do gênero humano, a dignidade da pessoa humana, feita à imagem e semelhança de Deus, e a igualdade essencial entre os homens. Tais fundamentos permitiram a parcela da doutrina, especialmente a São Tomás de Aquino e sua escola, reconhecer aos “infiéis” um direito natural que colocava-os, teoricamente, à salvo de um suposto “direito natural de conquista” por parte dos cristãos, com base na infidelidade, que muitos defendiam. Esta foi, também, a posição da teologia moral espanhola dos séculos XVI e XVII, sistematicamente desenvolvida quando do descobrimento da América e sua ocupação pelos espanhóis, com conseqüências de grande alcance para o *direito das gentes* e de *colonização*. Neste sentido a lição de Antonio Truyol y Serra:

En realidad, la Edad Media no desconocía que todos los hombres, más allá de su *status* social y político, participan de un orden ético-natural cuyos principios de base, procedentes del estoicismo antiguo y del cristianismo, son la unidad del género humano, la dignidad de la persona humana, hecha “a imagen y semejanza de Dios”, la igualdad esencial de los hombres. Estos principios permitieron a un sector de la doctrina, especialmente a Santo Tomás de Aquino y su escuela, reconocer a los infieles un derecho natural de dominio privado y público, que les ponía teóricamente a salvo de un supuesto derecho natural de conquista por parte de los cristianos fundados en la infidelidad, que muchos defendían. Aquella fue asimismo la posición de la teología moral española de los siglos XVI y XVII: Vitoria, Las Casas, Soto, Suárez y otros, quienes la desarrollaron sistemáticamente con ocasión del descubrimiento de América y su ocupación por los españoles, con consecuencias de gran alcance para el derecho de gentes y el derecho de colonización (así, las célebres *Leyes de Indias*). (1994, p. 12-13)

Também na era medieval, as cartas de franquias concedidas pelos reis aos vassallos desempenharam papel fundamental, embora não consubstanciassem manifestação da idéia de direitos inatos ao ser humano, mas afirmação de direitos corporativos da aristocracia feudal em face da coroa. Ainda assim, acabaram por fornecer aberturas para ampliação dos direitos corporativos para direitos do homem (CANOTILHO, 1998, p. 352). Nesse diapasão, valem ser citados as Cartas de franquia ou *foros* da Espanha, obtidas pelos burgueses a partir do século XI; a *Carta de Neuchatel* (atual Suíça), de 1214; a *Magna Charta Libertatum*, da Inglaterra (1215); o *Edito de Nantes*, França (1589); a *Petition of Rights* (1628), o *Habeas Corpus Act* (1679), o *Bill of Rights* (1689) e o *Act of Settlement* (1701), todos da Inglaterra.

O direito consuetudinário germânico e algumas produções literárias implicaram na noção de direitos fundamentais, bem como alguns textos legislativos, dentre os quais podem ser destacados os *Decretos da Cúria de Leon* (1188); o Código castelhano das *Siete Partidas* (1260-1265); o *Código Legislativo sueco* de Magnus Erikson (1350); a Constituição *Nihil Novi*, da Polônia (1505); o *Mayflower Compact*, de 1620; a Ata de Westphalia (*Peace of Westphalia*), de 1640, e, principalmente, a Declaração de Direitos da Virgínia (*Virginia Declaration of Rights*), de 1789.

A Reforma Protestante, iniciada no século XVI, deu início à luta pela liberdade pessoal de opção religiosa e, por via reflexa, também ao direito à liberdade de consciência, pedindo alguns reformadores, como consequência, a separação da Igreja e do Estado. Segundo Antonio Truyol y Serra:

Fueron los grupos religiosos minoritarios (como en Francia los calvinistas) perseguidos por igual por los Estados confesionales de viejo o nuevo cuño y las Iglesias oficiales, quienes primero reclamaron la tolerancia y luego el derecho a la libertad de conciencia, pidiendo finalmente algunos, como consecuencia, la separación de la Iglesia y el Estado. (1994, p. 14)

Os reformadores protestantes (Martinho Lutero, Úlrico Zwínglio, João Calvino, Guilherme Farel, Teodoro de Beza, John Knox *et. al.*), pretendendo “purificar” o Cristianismo, acabaram por abalar a ideologia de sustentação da organização social e política medieval. As soluções jurídico-positivas da “tolerância” (liberdade religiosa e de consciência), nas mais variadas modalidades que se deram, implicaram no progresso na via de aceitação do *pluralismo*.

Durante o Renascimento (século XVII), promove-se o retorno de valores da civilização greco-romana e exaltasse a grandeza humana, estimulando a secularização da vida. Abre-se caminho à emancipação da razão, valorizando o espírito crítico e a fé na ciência. O direito à liberdade religiosa, luta dos protestantes, é associado ao problema dos direitos civis e políticos em geral. Tal reivindicação se acentua com a ascensão da burguesia e sua reclamação pela supressão dos privilégios da nobreza e busca de igualdade perante a lei. Seu ideal, porém, é o liberalista-individualista: os direitos humanos que se buscam são os *direitos de liberdade*, notadamente à propriedade.

Ambos (o Renascimento e a Reforma Protestante), dentre o complexo de circunstâncias em interação, influíram na extinção do sistema feudal e do absolutismo, bem como na formação do Estado nacional e expansão do mercantilismo.

Porém, por não ser o objetivo primordial deste trabalho a discussão, única e exclusivamente, do processo de afirmação histórica dos direitos chamados

humanos, tivemos de escolher os que julgamos mais relevantes dentro deste processo, o que não exclui a importância primordial dos acima citados, bem como de muitos outros que poderiam ser elencados.

O que se pode perceber é que a luta pelo reconhecimento dos direitos humanos data de *tempos imemoriais*, sendo anseio das coletividades há muitos e muitos séculos. Ao longo de muito tempo, por meio de infindável luta entre o homem e o Estado, assentou-se o reconhecimento de tais direitos, limitando-se as prerrogativas outrora ilimitadas dos Estados. Assim,

[...] com o advento do constitucionalismo, movimento proveniente da oposição aos Estados absolutistas, teve início a reestruturação dos Estados nacionais e a redação de seus respectivos textos constitucionais, contendo limitações aos poderes do Estado e a descrição de direitos e garantias para os indivíduos de modo a coibir abusos e reger as relações entre governantes e governados. Ocorreu, então, a incorporação por parte dos ordenamentos jurídicos nacionais de direitos intitulados direitos humanos, corroborando na prática para o seu desenvolvimento. (TEIXEIRA, 2008, p. 76)

Por conseguinte, hoje, a democracia moderna, fruto desta luta histórica entre soberanos e governados, acabou por consolidar, com grande contribuição do constitucionalismo, não só a previsão de direitos humanos, mas igualmente um sistema para sua defesa, guarda e curadoria, pois de nada adiantaria atribuir aos direitos humanos um caráter superior, ainda que em posição de destaque dentro dos ordenamentos jurídicos internos, se inexistisse um sistema ou órgão capaz de defender a vontade suprema da Constituição.

Independentemente de a quem deve ser entregue tal prerrogativa (Legislativo, Executivo, Judiciário ou mesmo um órgão não integrante da Trindade dos Poderes), tal tarefa deve ser realizada, sob pena de violação da própria essência da democracia.

Esta preocupação com a “guarda” da Constituição é remota, o que acabou levando a doutrina a construir a noção de que deve ser constituída uma *jurisdição* que assegure a vontade da Lei Maior, competente para anular as

disposições que se encontrem sob o auspício da inconstitucionalidade, violando os preciosos direitos humanos.

Surge, assim, a chamada *jurisdição constitucional*, com sua função de interpretar e indicar o sentido da Constituição, de modo a frear o Poder pelo Poder, numa concretização do sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), fazendo valer a força e vontade da Lei Maior, especialmente ante o Poder Legislativo.

3 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

O escalonamento normativo é pressuposto básico da supremacia constitucional, ocupando a Constituição o topo do sistema normativo vertical hierárquico. Segundo José Afonso da Silva,

A constituição do Estado, considerada sua lei fundamental, seria, então, a organização dos seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, a Constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado. (2009, p. 37-38)

Outros autores, como Pedro Lenza (2008, p. 17-21), preferem a idéia da expressão tipologia dos conceitos de Constituição em várias acepções: sociológica, política, material e formal, jurídica, e culturalista, por fim concluindo que a Constituição deve trazer em si os elementos integrantes ou constitutivos do Estado (soberania, finalidade, povo e território).

Alexandre de Moraes, por sua vez destaca a acepção *jurídica* de Constituição, segundo a qual a

Constituição deve ser entendida como a lei fundamental e suprema de um Estado, que contém normas referentes à estruturação do Estado, à formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos. (2004, p. 38)

Percebe-se, portanto, a posição de destaque no ordenamento que é dada à Constituição, muito bem expressa pela denominação alemã *Grundgesetz*,

isto é, “Lei Fundamental”, que também pode ser traduzida como “Lei Básica”. De tal posição de destaque decorre a maior dificuldade para sua alteração ou modificação do que para alteração das demais normas jurídicas. Segundo Hans Kelsen,

A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental [...] Se começarmos levando em conta apenas a ordem jurídica estadual, a Constituição representa o escalão de direito positivo mais elevado. A Constituição é aqui entendida num sentido material, quer dizer: com esta palavra significa-se a norma positiva ou as normas positivas através das quais é regulada a produção das normas jurídicas gerais. (1998, p. 247).

Sendo a Constituição, portanto, um corpo rígido de leis obrigatórias, é necessário a existência de mecanismos de controle de sua efetividade. Pressuposto básico da necessidade de tal controle é a *rigidez constitucional*, decorrente do princípio basilar da supremacia da constituição. Tanto é verdade que, no Estado onde inexistir controle, a Constituição será flexível, estendendo-se o Poder Constituinte ilimitado às mãos do legislador ordinário (MORAES, 2000, p. 30).

Neste diapasão, entra em cena a jurisdição constitucional, que segundo o ilustre constitucionalista luso José Joaquim Gomes Canotilho,

Consiste em decidir vinculativamente, num processo jurisdicional, o que é direito, tomando como parâmetro material a constituição ou o bloco de legalidade reforçada, consoante se trate de fiscalização da constitucionalidade ou da legalidade. (1998, p. 859)

Destarte, pode-se dizer, sucintamente, que a jurisdição constitucional é a atuação dos órgãos jurisdicionais destinada à fiscalização do cumprimento das determinações normativas e principiológicas da Constituição.

Portanto, é através da jurisdição constitucional que o Poder Judiciário garante a defesa e a supremacia dos preceitos constitucionais, por meio das formas de controle de constitucionalidade e legalidade previstas na Lei Fundamental.

Destaque-se, porém, que a jurisdição constitucional não se limita ao controle de *constitucionalidade* das leis e atos normativos, mas também abrange o controle de *legalidade* destes, como se pode constatar por uma mera leitura da definição de jurisdição constitucional pelo brilhante constitucionalista Canotilho.

A hierarquia dos atos normativos tem por ápice a Constituição, à qual são diretamente subordinadas todas as demais leis ou atos. Abaixo dela, encontram-se outras normas, que, por sua vez, comandam outros atos normativos, que lhe seguem em hierarquia, e assim sucessivamente, no chamado escalonamento vertical de normas. Assim, diferencia-se *inconstitucionalidade* de *ilegalidade*. Porém, como aponta Oswaldo Luiz Palu,

Por vezes, confunde-se *inconstitucionalidade* com *ilegalidade*. Ambos os conceitos têm relação com a contrariedade a normas. Entretanto, tudo depende da norma que disciplina o ato em questão. Se aquela for a Constituição, o ato será inconstitucional; caso contrário, se o requisito encontra-se na lei, a sua falta torna o ato ilegal. (2001, p. 72)

Portanto, a jurisdição constitucional brasileira não se limita à atuação do Supremo Tribunal Federal, quando atua julgando concentradamente, mas abrange também a atuação de qualquer juiz ou Tribunal, quando decidem no controle difuso.

O objeto principal da jurisdição constitucional são tanto leis alegadamente incompatíveis com o texto constitucional quanto qualquer ato imediatamente subordinado à Constituição. Neste sentido, Teori Albino Zavascki afirma que

É equivocada, destarte, a idéia de que a inconstitucionalidade é apenas a incompatibilidade da norma com a Constituição, ou, em outras palavras, que apenas o *legislador* comete ofensa à Carta Magna. Na verdade, as “inconstitucionalidades” podem derivar do comportamento de vários agentes

e ser perpetradas por diversos modos. Inconstitucional será o ato ou omissão do particular não-compatível com o catálogo dos deveres que a Constituição lhe impõe ou com os direitos que assegura a outrem. Inconstitucional será também o ato ou omissão do administrador público, quando não observar os mandamentos e princípios da boa administração ou não atender aos direitos subjetivos públicos previstos na Carta Constitucional. Inconstitucional será o ato do juiz que desrespeitar, no comando do processo, as garantias e prerrogativas dos litigantes. E assim por diante (2001, p. 13-14).

Conseqüentemente, aos órgãos jurisdicionais, por investimento da jurisdição constitucional, pode ser submetida a apreciação de qualquer ato ou omissão inconstitucional, não importando quem seja o agente violador.

3.1. Controle de Constitucionalidade

A existência de uma Constituição rígida gera uma relação em pirâmide entre esta e todas as demais normas do ordenamento jurídico, que devem manter compatibilidade com aquela. Neste aspecto, a Constituição é considerada a norma fundamental e suprema de um ordenamento jurídico, no qual todos os demais “graus” da ordem jurídica devem encontrar seu fundamento de validade.

Neste sentido, afirma Hans Kelsen que “cada grau da ordem jurídica constitui, pois, ao mesmo tempo, uma produção de direito com respeito ao grau inferior e uma reprodução do direito com respeito ao grau superior” (KELSEN, 2003, p. 126).

Tem-se, assim, um sistema instituído com a finalidade de garantir a superioridade e preeminência dos vetores normativos e principiológicos constitucionais.

Deste modo, a responsabilidade pelo controle e repressão das violações aos direitos humanos fundamentais por meio de leis ou atos normativos é incumbida ao Poder Judiciário, que tem a função de apaziguar conflitos sociais com

harmoniza suficiente para tomar medidas que garantam tais direitos, restringindo os dos demais indivíduos da menor maneira possível.

É bem verdade que tal prerrogativa não é exclusiva do Poder Judiciário, existindo um controle preventivo de constitucionalidade, que ocorre antes ou mesmo durante o processo legislativo, tendo por finalidade evitar a entrada de uma norma inconstitucional no *ordo juris*. Porém, se ainda assim uma lei ou ato normativo inconstitucional vier a adentrar no ordenamento jurídico, nossa Constituição Federal incumbe ao Poder Judiciário à importante prerrogativa de realização do controle repressivo posterior de constitucionalidade, visando o extirpamento da norma do sistema jurídico. Tal noção está diretamente ligada à supremacia da Constituição, bem como à rigidez constitucional, tendo como finalidade primordial a proteção dos direitos fundamentais.

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho,

Controle de constitucionalidade é, pois, a *verificação da adequação de um ato jurídico* (particularmente da lei) à Constituição. Envolve a verificação tanto dos *requisitos formais* – subjetivos, como a competência do órgão que o editou – objetivos, como a forma, o prazo, o rito, observados em sua edição – quanto dos *requisitos substanciais* – respeito aos direitos e garantias consagrados na Constituição – de constitucionalidade do ato jurídico. (2007, p. 34)

Portanto, o dever de compatibilidade vertical das leis e atos com a Lei Maior obedece a dois parâmetros: um *formal* e outro *material*. O primeiro deles diz respeito aos meios constitucionalmente previstos para a regular introdução de normas no ordenamento jurídico. O segundo, por sua vez, refere-se ao conteúdo de tais normas, que deve ser integralmente compatível com as disposições constitucionais (ARAUJO e NUNES JÚNIOR, 2004, p. 25). Nesse sentido, disserta Hans Kelsen, em sua “Teoria Pura do Direito”:

A questão da legalidade de uma decisão judicial ou da constitucionalidade de uma lei é, formulada em termos gerais, a questão de saber se um ato que surge com a pretensão de criar uma norma está de acordo com a

norma superior que determina a sua criação ou ainda o seu conteúdo. [...] Da análise precedente resulta que entre a lei e a decisão jurisdicional, entre a Constituição e a lei, a Constituição e o decreto, a lei e o decreto, ou, numa fórmula inteiramente geral, entre uma norma superior e uma norma inferior de uma ordem jurídica, não é possível qualquer conflito que destrua a unidade deste sistema normativo, tornando impossível descrevê-lo em proposições jurídicas que não sejam contraditórias entre si. (1998, p. 305-306)

Segundo Alexandre de Moraes,

O controle de constitucionalidade configura-se, portanto, como garantia de supremacia dos direitos e garantias fundamentais previstos na constituição que, além de configurarem limites ao poder do Estado, são também uma parte da legitimação do próprio Estado, determinando seus deveres e tornando possível o processo democrático em um Estado de Direito. (2004, p. 599).

Por sua vez, Oswaldo Luiz Palu define o controle de constitucionalidade dos atos normativos como

[...] o ato de submeter-se à verificação de compatibilidade normas de um determinado ordenamento jurídico, inclusive advindas do Poder Constituinte derivado, com os comandos do parâmetro constitucional em vigor, formal e materialmente (forma, procedimento e conteúdo), retirando do sistema jurídico (nulificando ou anulando) aqueles que com ele forem incompatíveis. (2001, p. 65)

É, portanto, finalidade primária do controle de constitucionalidade extrair do sistema jurídico os atos incompatíveis com a Constituição. Justamente em decorrência disto é que Hans Kelsen entendia a fiscalização de constitucionalidade como espécie de função constitucional onde o órgão responsável por tal controle teria como atribuição “legislar negativamente”, revogando, total ou parcialmente, as

leis que contrariassem a Lei Fundamental, evitando a existência de contradição no sistema jurídico.

Quanto à idealização de um controle repressivo posterior de validade das normas, há indícios que sugerem que em Atenas, no século IV a.C., foi instituído um instituto denominado *graphé paranomón*, uma espécie de arguição de inconstitucionalidade que tornava todos os cidadãos atenienses responsáveis pela defesa das leis e da “Constituição”. Tal instituto possibilitava a denúncia de lei ou ato como inconstitucional ou contrário ao interesse público, tendo, inclusive, efeito retroativo (POLETTI, 1997, p. 9-12).

Porém, é na Inglaterra do século XVII, por volta de 1633, que se encontra o precursor mais importante do controle repressivo posterior judiciário de constitucionalidade. Lord Edward Coke (1552 a 1634), que foi advogado, membro do Parlamento (1594), Procurador Público (*Attorney General*), *Chief Justice of Common Pleas*, *Lord Chief Justice of England* e *Chief Justice of The King’s Bench* (1613), autor de diversas obras jurídicas, defendeu a supremacia do *common law* sobre às prerrogativas reais, não aceitando, inclusive, o poder ilimitado do Parlamento.

Sir Edward defendia pela nulidade das deliberações legislativas que, frontalmente, contrariassem o direito costumeiro (*common law*). Em sua concepção, o Estado britânico era composto por Tribunais, entre eles o próprio Parlamento, ficando seus atos necessariamente submissos ao exame do direito comum. Por conseguinte, ficou estabelecido que o rei poderia julgar apenas por intermédio dos juízes, de acordo com o direito e o costume da Inglaterra, e que não tinha ele poder para alterar o Direito britânico, especialmente para criar novos delitos. (MOTTA FILHO e SANTOS, 2002, p. 34-35).

Ademais, não se tratava de posição isoladamente defendida por Coke. Vários magistrados da época se posicionaram no mesmo sentido em decisões judiciais. Segundo Ronaldo Poletti, “a história constitucional da Inglaterra, sobretudo no século XVIII, está marcada de episódios em que os tribunais protegeram dissidentes religiosos dos exageros legislativos do Parlamento intolerante” (POLETTI, 1997, p. 18-19).

Entretanto, tais exemplos são mera exceção, vez que ainda assim o entendimento majoritário permaneceu no sentido de ter o Parlamento poder

ilimitado. Tal construção, capitaneada por Lord Coke, acabou por influenciar de maneira mais incisiva apenas no controle de decretos e ordenanças da coroa do que contra atos do Parlamento, propriamente ditos. O direito inglês, contudo, havia germinado, sem nem mesmo saber, princípios que viriam por florescer no Novo Mundo.

3.2.1 O modelo norte-americano de controle de constitucionalidade

Embora a concepção de Lord Edward Coke tenha malogrado, tendo ele próprio, mais tarde, reconhecido o caráter absoluto do Parlamento, tal experiência jurisdicional inglesa acabou por germinar em terras americanas. Segundo Sacha Calmon Navarro Coêlho,

Esta crença na justiça dos juízes, antes que na justiça da lei, irá fecundar nos EUA o *judicial review*. Não foi a frustração inglesa que fecundou o controle jurisdicional difuso nos EUA; foi a própria experiência jurisdicional inglesa que continuou a evoluir em terras americanas. O controle difuso, e só o difuso, pôde erguer-se nas ex-colônias anglôfonas. (1999, p. 53)

Portanto, embora a organização política adotada pelos Estados Unidos da América seja essencialmente antagônica à da Inglaterra, tanto a ex-Metrópole quanto a ex-colônia sempre confiaram nos juízes no que tange ao controle das leis – sob este aspecto, os Estados Unidos são uma continuidade manifesta do sistema jurídico britânico.

Há divergência quanto à origem da supremacia pretoriana como controlador da constitucionalidade das leis e atos normativos dos Estados Unidos. Para alguns, a continuação da evolução da breve experiência inglesa de controle de constitucionalidade somente se deu de forma mais contundente a partir da aprovação, em 1787, da Constituição dos Estados Unidos, primeiro exemplo de uma carta escrita e solenemente ratificada, documento inaugurador do constitucionalismo

moderno. Para outros, trata-se de construção jurisprudencial anterior mesmo ao célebre caso *Marbury versus Madison*, de 1803.

Reforçando o segundo posicionamento, hoje amplamente aceito pela doutrina, está a posição dos “federalistas” Alexander Hamilton, James Madison, John Jay. Nos artigos de “*O Federalista*” (“*The Federalist Papers*”), basicamente, é desenvolvida toda a doutrina do controle de constitucionalidade. No número 78 (“*Da Inamovibilidade do Poder Judiciário*”) da citada coletânea de artigos, o Poder Judiciário é eleito como Poder responsável pelo *judicial review*, por ser, como preconizara Montesquieu, o mais fraco dos Poderes do Estado, sendo o último na capacidade de ferir ou violar os direitos constitucionalmente previstos. Portanto, segundo a posição ali exposta, a Constituição deveria ser vista pelos juízes como uma lei fundamental, com *preferência* sobre a lei ordinária, motivo pelo qual seria verdadeiro *dever* dos juízes e tribunais “declarar nulos todos os atos manifestamente contrários aos termos da Constituição” (HAMILTON, MADISON e JAY, 2003, p. 458-459).

Desta arte, deveria a Constituição conter específicas restrições à autoridade dos demais poderes, em especial do Legislativo – uma vez que nenhum um ato legislativo contrário à Constituição pode ser válido. Portanto, apenas através das Cortes de Justiça se poderia concretizar, na prática, tais limitações, devendo estas declararem nulos os atos contrários à disposições constitucionais, efetivando as garantias de direitos dos cidadãos. Isto porque “não pode haver liberdade onde o poder de julgar não estiver bem separado do de fazer as leis e do de as executar” (HAMILTON, MADISON e JAY, 2003, p. 458).

Nesse sentido, digna de nota é a lição de Ronaldo Poletti,

Nos debates que precederam as convenções estaduais, para a ratificação da Constituição, John Marshall, na Convenção de Virgínia, chegou a afirmar: ‘Se eles (o Congresso) elaborarem uma lei não permitida por um dos poderes enumerados, ela deve ser considerada, pelos juízes, como infringente à Constituição, da qual eles são o guarda. Eles não deverão considerá-la como lei, ao exercerem a sua função jurisdicional. Eles deverão declará-la nula’. Patrick Henry, que se opunha à Constituição Federal, justamente pelo receio de o Judiciário não tornar-se suficientemente independente dos outros Poderes, declarou naquela Convenção: ‘Tenho

que o maior elogio desse País está em que os atos da legislatura, se inconstitucionais, são suscetíveis de controle pelo Judiciário.' (1997, p. 24).

Deste modo, o Poder Judiciário norte-americano foi concebido como um intermediário entre o povo e a legislatura, de modo, entre outras coisas, a mantê-la dentro dos limites pré-determinados de sua atuação, constitucionalmente estabelecida.

Ademais, a tese do *judicial review* era corrente na jurisprudência da época, como se pode constatar pela leitura do seguinte excerto doutrinário:

A Justiça do Estado de Nova Jersey, em 1780, declarou nula uma lei por contrariar ela a Constituição do Estado. Desde 1782, juízes da Virgínia julgavam-se competentes para dizer da constitucionalidade das leis. Em 1787, a Suprema Corte da Carolina do Norte invalidou lei pelo fato de ela colidir com os artigos da Confederação. [...] Num caso da Virgínia, um dos juízes, *George Whythe*, afirmou: 'Se a legislatura tentar transpor os limites que o povo lhe traçou, eu, administrando a justiça pública de minha terra, afrontarei, da minha cadeira neste Tribunal, todo o seu poder, e, apontando-lhe a Constituição, lhe direi: até aqui podes ir, além não.' (*If the whole legislature, an event to bedeprecated, should attempt to overlap the bounds prescribed for them by the people, I, in administering the public justice of the country, will meet the united powers and my seat in his tribunal; and, pointing to Constitution, will say to them, there is the limit of your authorith, and hither shall you go, but no further*). (POLETTI, 1997, p. 25)

No entanto, os louros pela criação do *judicial review* foram atribuídos a John Marshall, 4º (quarto) presidente da Suprema Corte estadunidense (*Chief Justice of the United States*). Considerado ainda hoje como "arquiteto" do Direito Constitucional dos Estados Unidos, Marshall, em verdade, apenas acabou por consolidar, por meio de um famoso julgado, as bases de um instituto já há anos discutido nos bancos acadêmicos e pela sociedade civil em geral. O próprio George Whyte, ao qual acima se faz referência, foi seu professor, quando ainda estudante no Colégio de *William and Mary* (COELHO, 1999, p. 69). Porém, Marshall é

considerado pai do *judicial review*, por sua exposição límpida e parecer magistral no notável caso *Marbury versus Madison*, de 1803.

Tal caso consistia, basicamente, dos seguintes fatos: John Adams, então presidente dos EUA (1797 a 1801), nas vésperas de ser sucedido por Thomas Jefferson, resolveu nomear diversas pessoas conectadas à seu governo como juizes. Entre essas pessoas estava William Marbury, nomeado para o cargo de “juiz de paz” do condado de Washington, distrito de Columbia. O Senado aprovou sua nomeação, foi lavrada uma “comissão”, subscrita por Adams e selada com o selo dos Estados Unidos. Ocorre que tal “comissão” para o cargo não foi efetivamente entregue à Marbury. Jefferson, então, ao assumir o governo, nomeou James Madison como seu Secretário de Estado e, entendendo ser incompleta a nomeação de Marbury, determinou que Madison não efetivasse a nomeação de Marbury. Marbury exigiu explicações de Madison e, não obtendo justificações, impetrou um *writ of mandamus* junto à Suprema Corte dos Estados Unidos, buscando sua efetivação no cargo para o qual havia sido nomeado por Adams (MARSHALL, 1997, p. 1-2).

Ocorre que a Constituição Federal de 1787 silenciou quanto à possibilidade de sujeição ao exame de validade de atos de um chefe de departamento por um tribunal judiciário (MARSHALL, 1997, p. 14-15). Em sentido contrário, a seção 13 do *Jucuary Act*, uma lei de 1789, determinava a apreciação da matéria pela Suprema Corte, em competência originária. Ou seja, pela primeira vez, teria a Suprema Corte dos Estados Unidos de se pronunciar se deveria prevalecer a lei ou a Constituição, quando conflitantes.

Neste diapasão, se pronunciou John Marshall, então *Chief Justice* dos Estados Unidos da América, em magistral parecer:

É uma proposição demasiadamente clara para ser contestada, que a Constituição veta qualquer deliberação legislativa incompatível com ela, ou que a legislatura possa alterar a Constituição por meios ordinários. [...] Não há meio termo entre estas alternativas. A Constituição ou é uma lei superior e predominante, e lei imutável pelas formas ordinárias, ou está no mesmo nível que as resoluções ordinárias da legislatura e, como todas as

resoluções, é mutável quando a legislatura houver por bem modificá-la. (1997, p. 25 – texto adaptado para o português moderno)

Mais adiante, prossegue asseverando:

Certamente, todos aqueles que fabricaram constituições escritas consideraram tais instrumentos como a lei fundamental e predominante da nação e, por conseguinte, a teoria de todo o governo, organizado por uma constituição escrita, deve ser que é nula toda a resolução legislativa com ela incompatível. [...] a Constituição é superior a qualquer resolução ordinária da legislatura, a Constituição, e nunca essa resolução ordinária governará o caso a que ambas se aplicam. (1997, p. 25-26 – texto adaptado para o português moderno)

E, por fim, concluindo a histórica decisão, lançou o então *Chief Justice* dos Estados Unidos da América, de uma vez por todas, os alicerces do *judicial review*:

Assim, a fraseologia particular da Constituição dos Estados Unidos confirma e corrobora o princípio essencial a todas as constituições escritas, segundo o qual é nula qualquer lei incompatível com a Constituição; e que os tribunais, bem como os demais departamentos, são vinculados por esse instrumento. (1997, p. 29 – texto adaptado para o português moderno)

O instituto foi, portanto, criação jurisprudencial, vez que não há no corpo da Constituição americana de 1787 preceito *taxativo* dispendo à respeito do *judicial review*. Tal instituto acabou por ser extraído a partir de uma interpretação conforme do artigo 6º, 2ª parte, da Carta Federal norte-americana, *ipsis litteris*:

This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, **any Thing in the**

Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding.
(grifo nosso)⁷

Apesar de tal regra advogar em favor de um controle de constitucionalidade das leis, em momento algum se refere ao Judiciário como órgão competente para realizá-lo, repressivamente. Trata-se, assim, de criação da jurisprudência da Corte Suprema estadunidense.

Depois deste julgamento, assentou-se o entendimento de que é função dos tribunais revisar os atos dos Poderes Executivo e Legislativo, de acordo com sua conformidade com a Lei Maior.

Portanto, o sistema norte-americano de controle repressivo de constitucionalidade consiste numa jurisdição constitucional *difusa*, isto é, “espalhada”, difundida a todo o Poder Judiciário, podendo qualquer juiz ou tribunal apreciar a conformidade das leis ou atos com a Constituição, a requerimento dos litigantes ou *ex officio*. Ocorre, portanto, por via *incidental*.

Nos Estados Unidos da América, uma vez julgada incompatível com a Constituição, a norma infraconstitucional não é anulada, mas considerada *nula*, não se manifestando o Congresso a respeito. Entende-se que a lei nunca sequer foi votada (PALU, 2001, p. 118).

Uma crítica que pode ser feita a tal sistema é que pode levar a um abalo da “certeza” do Direito, afetando a segurança das relações sociais juridicamente disciplinadas (segurança jurídica). Tal sistema:

Enseja por muito tempo a dúvida sobre a constitucionalidade, visto como diversos juízes são chamados a apreciar a mesma questão constitucional e podem ter opinião divergente, o que acarretará decisões que se contradizem entre si. De qualquer forma, apenas após a manifestação do mais alto Tribunal ficará definida a questão da constitucionalidade. (FERREIRA FILHO, 2007, p. 38)

⁷ Em tradução livre: Esta Constituição, as leis dos Estados Unidos ditadas em virtude dela e todos os tratados celebrados ou que se celebrarem sob a autoridade dos Estados Unidos constituirão a Lei Suprema do país; e os juízes em cada Estado estarão sujeitos a ela, **ficando sem efeito qualquer disposição em contrário na Constituição e nas leis de qualquer dos Estados.** (grifo nosso)

É bem verdade que tal efeito é atenuado nos países do sistema jurídico anglo-saxão (*Common Law*), onde se originou tal modalidade de controle, em decorrência da “obrigação” que lá existe da jurisdição de grau inferior decidir no mesmo sentido que a de grau superior, respeitando a *res judicata*. Justamente por isso, não seria exagero afirmar que o modelo de controle difuso de constitucionalidade contempla maior compatibilidade com o sistema jurídico do *Common Law*.

Todavia, não obstante contemplar o *Common Law* maior compatibilidade com o sistema difuso, a modalidade de controle “criada” por John Marshall em 1803 foi reproduzida, mesmo que parcialmente, nos sistemas jurídicos de diversos países por todo o mundo, ainda que da família do sistema romanístico (*Civil Law*). No Brasil, não foi diferente. Tal sistema foi *aprimorado*, além de mesclado com o modelo de controle concentrado de constitucionalidade⁸, conforme veremos no tópico abaixo.

3.2.1.1 Noções gerais do controle difuso no Brasil

No Brasil, foi apenas a partir do regime republicano que, influenciado pelo direito dos Estados Unidos da América, se inaugurou o controle judicial repressivo da constitucionalidade das leis e atos.

Por influência de Ruy Barbosa de Oliveira, tendo por inspiração a Constituição e a doutrina do *judicial review* norte-americanas, a Constituição Republicana de 1891, previa o instituto em seu art. 59, § 1º, nos seguintes termos:

§ 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela; b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis

⁸ Modelo austríaco surgido em 1920, sobre o qual discorreremos na sequência deste trabalho.

federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.

Porém, como se pode constatar, a Carta Política de 1891 apenas erigiu como competente para julgar repressivamente a constitucionalidade de leis ou atos o Supremo Tribunal Federal. Foi apenas a partir da Lei n.º 221, de 20 de novembro de 1894, que organizou a Justiça Federal, que difundiu aos demais juízes – e não só aos Ministros do Supremo Tribunal Federal – a prerrogativa de exercer controle repressivo da constitucionalidade, pela via incidental. Tal lei, de feliz composição, marcou a definitiva evolução do Direito brasileiro, assentando definitivamente entre nós a doutrina da supremacia do Poder Judiciário.

Ao longo do século seguinte, o controle de constitucionalidade no Brasil passaria por inúmeras transformações e evoluções, sendo o modelo difuso “mitigado” por uma mistura com o modelo concentrado austríaco, até culminar na atual disciplina da matéria, especialmente pela Constituição Federal de 1988. Trata-se de um dos mais complexos sistemas de controle repressivo judiciário posterior de constitucionalidade do mundo, conforme passamos a estudar.

O controle difuso ou aberto de constitucionalidade, também chamado de controle pela via de exceção – por *excepcionar* o interessando, dentre todo o jurisdicionado, do cumprimento da regra – ou de defesa – por estar o interessado defendendo-se dos efeitos da norma inconstitucional e não por estar, necessariamente, no pólo passivo da ação –, é caracterizado pelo fato de poder ser realizado por qualquer juiz ou tribunal judiciário, observadas, é claro, as regras de competência processual (ARAUJO e NUNES JUNIOR, 2004, p. 28-29). Portanto, a exemplo do modelo dos Estados Unidos, qualquer magistrado regularmente investido no cargo é competente para a análise de compatibilidade, em qualquer processo, de lei ou ato com a Constituição Federal.

Observe-se que, no caso dos Tribunais, a inconstitucionalidade apenas pode ser declarada por voto da maioria absoluta dos seus membros, nos termos do art. 97 da Carta Federal. Tal disposição constitucional, chamada de *cláusula de reserva de plenário*, aplica-se tanto ao controle pela via difusa quanto ao controle pela via concentrada, caracterizando verdadeira *condição de eficácia jurídica da*

própria declaração de inconstitucionalidade dos atos do Poder Público (LENZA, 2008, p. 147).

No entanto, em homenagem ao princípio da economia processual, bem como da segurança jurídica, a Lei n.º 9.756, de 17 de dezembro de 1998, ao acrescentar um parágrafo único no art. 481 do Código de Processo Civil, estabeleceu que: “Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão”. O mesmo dispositivo legal, ao acrescentar o § 1º-A ao art. 557 do mesmo diploma legal, permitiu que referida ação fosse apreciada, conhecida e julgada de plano pelo próprio relator. Assim sendo, dispensa-se o procedimento do art. 97 da Constituição Federal todas as vezes que já haja decisão do pleno do Tribunal ou de seu respectivo órgão especial, ou do Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição.

A forma processual utilizada, conforme veremos, conforme veremos no capítulo seguinte, pode ser a mais variada possível, abarcando qualquer dos meios processuais colocados à disposição do indivíduo, como uma ação ordinária, ação popular, ação civil pública, mandado de segurança, mandado de injunção *etc.*

A manifestação do Judiciário quanto à inconstitucionalidade dá-se de forma incidental (*incidenter tantum*), prejudicialmente ao exame do mérito. Isto é, a declaração do Judiciário quanto à inconstitucionalidade não é o objeto principal da ação, mas *questão prejudicial de direito*, ou seja, há existência de um antecedente lógico que, se não solucionado pelo magistrado, impede o juízo de mérito na ação. Pedro Lenza exemplifica tal situação de maneira interessante, nos seguintes termos:

Na época do Presidente Collor, os interessados pediam o desbloqueio dos cruzados fundando-se no argumento de que o ato que motivou tal bloqueio era inconstitucional. O pedido principal não era a declaração de inconstitucionalidade, mas sim o desbloqueio! (2008, p. 146)

Assim, posto um litígio em juízo, o Poder Judiciário deverá dirimi-lo e, ainda que o objeto da ação não seja a declaração de inconstitucionalidade em si, o

Judiciário deve se pronunciar quanto à compatibilidade da lei ou ato que prejudica o direito alegado em sede de defesa ou que fundamenta a ação, por ser esta uma questão prévia ou preliminar que prejudica o mérito do direito principal (alegado). Segundo Zulmar Fachin,

A parte que sofre a ação, entendendo inconstitucional o ato normativo que embasa o pedido do autor, poderá, em resposta, requerer a declaração de sua inconstitucionalidade. Ao contrário, mesmo a parte autora na relação jurídico-processual, formada em razão de um caso concreto, poderá requerer ao juiz que, antes de apreciar o mérito da questão, declare a inconstitucionalidade do ato normativo. (2008, p. 151)

Assim, “o juiz reconhece a inconstitucionalidade de determinada norma e, por via de consequência, julga o feito procedente ou improcedente. A declaração de inconstitucionalidade antecede o mérito da questão” (ARAÚJO e NUNES JÚNIOR, 2004, p. 29).

A decisão que reconhece a inconstitucionalidade pela via de exceção apenas isenta a parte – e somente ela! – de cumprimento da lei ou ato inconstitucional no caso concreto. Em relação aos demais, a lei permanece presumidamente constitucional, tendo força obrigatória em relação a terceiros (MORAES, 2004, p. 608).

Destarte, como regra geral, não ocorre a anulação da lei ou ato com efeitos *erga omnes*, sendo aplicável a decisão apenas àquele caso específico em que a norma foi julgada inconstitucional, não extrapolando os limites daquela ação. Tal sentença produz, ainda, efeitos pretéritos, tornando a lei nula de pleno direito *desde sua edição* para as partes no processo em que houve a declaração de inconstitucionalidade. Logo, os efeitos para as partes no controle difuso são *inter partes* e *ex tunc* (LENZA, 2008, p. 148) (MORAES, 2004, p. 614).

Porém, o Supremo Tribunal Federal, intérprete e guardião máximo da Constituição Republicana de 1989, já entendeu que, excepcionalmente, ainda que no controle difuso, poder-se-á dar efeitos *ex nunc* ou para o futuro. O “*leading case*” de tal entendimento jurisprudencial foi o Recurso Extraordinário n.º 197.917-8/SP, no qual o Pretório Excelso reduziu o número de vereadores do Município de Mira

Estrela de 11 (onze) para 9 (nove), determinando, contudo, que tal decisão apenas atingisse a *próxima legislatura*. Portanto, a construção jurisprudencial brasileira admite, no controle difuso de constitucionalidade, *modulação* de efeitos, sendo plausível até mesmo a declaração de inconstitucionalidade com efeitos exclusivamente para o *futuro* (*ex nunc*).

Não só o efeito *ex tunc* admite mitigação, como também a eficácia *inter partes* da decisão, nos termos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal, segundo o qual:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

[...]

X – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

O debate de inconstitucionalidade pela via de defesa pode ser submetido à apreciação do Supremo Tribunal Federal, seja em razão de competência originária do mesmo, seja em razão de interposição dos recursos adequados. Decidindo o Pretório Excelso incidentalmente pela inconstitucionalidade, observada a regra do art. 97 da Constituição Federal, será comunicado, após o trânsito em julgado, o Senado Federal, para que, discricionariamente, por meio de *resolução* (LENZA, 2008, p. 150), decida pela suspensão, ou não, da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal.

Há, todavia, divergências quanto ao caráter *discricionário* de tal decisão. Parte da doutrina e da jurisprudência entendem que o Senado Federal *deve* baixar a referida resolução, pois a competência deste limita-se ao ato de *dar publicidade* à suspensão da execução da lei ou ato, declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Trata-se uma polêmica e perigosa nova interpretação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal. Adotada em dois importantes precedentes pelo Pretório Excelso (RE n.º 197.917-8/SP – o caso de “Mira Estrela”, já citado – e o HC n.º 82.959-7/SP – que decidiu sobre a constitucionalidade da progressão de regime na Lei dos Crimes

Hediondos), bem como pelo Superior Tribunal de Justiça em algumas situações (REsp 763.812/RS e REsp 828.106/SP), tal interpretação é uma adoção da teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença (*ratio decidendi*) ao controle difuso (LENZA, 2008, p. 153-156). Quer dizer, tal teoria preconiza efeito *erga omnes* para decisão proferida pelo Supremo Tribunal em sede de controle difuso. Neste sentido, conforme informa o Informativo n.º 454 do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes,

Reputou ser legítimo entender que, atualmente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado há de ter simples efeito de publicidade, ou seja, se o STF, em sede de controle incidental, declarar, definitivamente, que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação àquela casa legislativa para que publique a decisão no Diário do Congresso. (2007, s. p.)

Ora, se a decisão proferida em sede de controle difuso tivesse efeito *erga omnes*, cairia por terra a própria diferença entre a via difusa e a concentrada. Não é esta a vontade da lei, inexistindo fundamentos legais para sua adoção.

Tal redução do Senado Federal ao *status* de mero “órgão de imprensa” é inconcebível, sendo manifestamente contrária aos preceitos constitucionais. Nesse sentido:

Excluir a competência do Senado Federal – ou conferir-lhe apenas um caráter de tornar público o entendimento do Supremo Tribunal Federal – significa reduzir as atribuições do Senado Federal à de uma secretaria de divulgação intra-legislativa das decisões do Supremo Tribunal Federal; *significa, por fim, retirar do processo de controle difuso qualquer possibilidade de chancela dos representantes do povo deste referido processo*, o que não parece ser sequer sugerido pela Constituição da República de 1988. [...] Como se não bastasse reduzir a competência do Senado Federal à de um órgão de imprensa, há também uma conseqüência grave para o sistema de direitos e de garantias fundamentais. Dito de outro modo, atribuir eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às decisões do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade é *ferir os princípios constitucionais do devido processo*

legal, da ampla defesa e do contraditório (art. 5.º, LIV e LV, da Constituição da República), pois assim se pretende atingir aqueles que não tiveram garantido o seu direito constitucional de participação nos processos de tomada da decisão que os afetará. Não estamos em sede de controle concentrado! Tal decisão aqui terá, na verdade, efeitos avocatórios. Afinal, não é à toa que se construiu ao longo do século que os efeitos da retirada pelo Senado Federal do quadro das leis aquela definitivamente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal são efeitos *ex nunc* e não *ex tunc*. **Eis, portanto, um problema central: a lesão a direitos fundamentais.** (STRECK, CATTONI e LIMA, s. d., p. 7-8 – grifo nosso).

Assim, deve-se entender que o Senado Federal *não* está obrigado a baixar resolução suspendendo a execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, conforme valiosa lição de Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Junior:

Não há mais dúvida de que o Senado Federal exerce poder discricionário, podendo ou não suspender a execução da norma declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. O momento de exercício da competência do art. 52, X, é ato de política legislativa, ficando, portanto, ao crivo exclusivo do Senado. Não se trata de dar cumprimento à sentença do Supremo Tribunal Federal, que decidiu pela via de exceção. Na verdade, a decisão do Senado Federal é no sentido de estender a sentença do Supremo, pertinente à inconstitucionalidade (não à prestação de fundo do pleito – caso concreto), para todos. Os efeitos da resolução, portanto, são sempre a partir de sua edição, ou seja, *ex nunc*. (2004, p. 29)

Deste modo, tem o Senado absoluta discricionariedade política, como corolário do próprio princípio da separação dos Poderes, vez que, se obrigado a cancelar os atos do Poder Judiciário, haveria inconcebível ingerência de um dos poderes constituídos sobre outro, bem como lesão a direitos fundamentais inseridos no catálogo do art. 5º da Constituição Federal. Percebe-se, também, que tal resolução contraria a regra geral do controle difuso, gerando efeitos apenas a partir de sua edição, não retroagindo (*ex nunc*). No mesmo sentido, posicionam-se José

Afonso da Silva (2009, p. 53-54), Regina Maria Macedo Nery Ferrari (1999, p. 152), Pedro Lenza (2008, p. 151-152) e Alexandre de Moraes (2004, p. 614). Assim, a partir da resolução, os efeitos passam a ser *erga omnes*, mas permanecem *ex nunc*, não retroagindo.

3.2.2 O modelo austríaco de controle de constitucionalidade

Por uma série de fatores, jamais se firmou nos países da Europa central a supremacia do Judiciário na temática do controle de conformidade das leis e atos normativos com a ordem constitucional, como nos Estados Unidos da América e na América Latina em geral. Segundo Mauro Cappelletti (1992, p. 84-88), tal fato decorre de uma suposta “incompatibilidade” entre o controle difuso de constitucionalidade e o sistema jurídico da família romano-germânica (*Civil Law*), o que nos parece demasiadamente exagerado, ante à natural aplicação do *judicial review* nas nações latino-americanas, majoritariamente integrantes da família jurídica romano-germânica.

Seja qual for a causa, de fato, por muito tempo, a Europa apenas adotou um controle prévio de natureza política de constitucionalidade das leis. Segundo Sacha Calmon Navarro Coêlho, “o Velho Mundo, exceto a Inglaterra, durante muito tempo, homenageou o antijudicialismo, reagindo à idéia de ver o Judiciário como *controller* da Constituição e das leis.” (COÊLHO, 1999, p. 98)

Isto se deve, em parte, à doutrina antijudicialista francesa, amplamente difundida na Europa. Em França, por particularidades históricas, até os dias de hoje não se adota método repressivo posterior de controle de constitucionalidade de leis e atos normativos. Isto porque, para os franceses, é inconcebível a hipótese de intervenção do Poder Judiciário nos atos dos demais Poderes, especialmente do Legislativo, representante da “*volonté générale*” da nação. Por isto, a França adota um modelo totalmente *sui generis* de controle de Constitucionalidade, atribuído ao Conselho Constitucional (*Conseil Constitutionnel*), órgão de natureza política ao qual são submetidas às normas para aferimento da constitucionalidade, após a votação

pelo Parlamento e antes da promulgação. Em caso de inconstitucionalidade, a lei sequer é promulgada ou implementada (arts. 61 e 62 da Constituição Francesa).

Em decorrência de tal *repulsa comum* à idéia de controle de constitucionalidade das leis, especialmente quando exercido pelo Poder Judiciário, muito tardiamente se começaram a estruturar métodos de controle de constitucionalidade das leis no Velho Mundo, já em pleno século XX. É bem verdade que algumas nações européias, como Dinamarca, Noruega, Suécia Suíça, já previam espécies variantes do *judicial review* norte-americano. Também na Itália (1948 a 1956) e Alemanha (Lei Fundamental de Weimar) houveram breves experiências de controle difuso, hoje consideradas como fracassadas pelas doutrinas italiana e tudesca (CAPPELLETTI, 1992, p. 69-72). Porém, foi apenas em 1920, em Viena, que surgiu uma então nova concepção de controle de constitucionalidade, que viria a ser abraçada e amplamente difundida, não só pelos Estados europeus, mas por todo o mundo.

A Constituição austríaca de 1º de outubro de 1920 (*Die Österreichische Bundesverfassung*), reformulada pela Emenda de 1929, foi elaborada com base em um projeto elaborado, a pedido do governo, pelo mestre da “escola jurídica” de Viena, Hans Kelsen, traduzindo uma inovadora concepção de controle de constitucionalidade, se colocando como um sistema híbrido entre o *judicial review* norte-americano, o radicalismo francês e as particularidades inglesas.

O ilustre Mestre de Viena julgava que nenhum órgão é *menos idôneo* à realização do controle de conformidade das normas com a Lei Maior do que aqueles aos quais é atribuído, constitucionalmente, o exercício do Poder (PALU, 2001, p. 90). Mais uma vez, percebe-se o citado antijudiciário europeu, que veio a culminar na idealização de um sistema em que tal controle caberia exclusivamente a um tribunal *especial*, desvinculado dos poderes constituídos.

Dissertando sobre a competência para conhecer e julgar quanto a constitucionalidade de uma norma, manifesta Kelsen, em sua magistral obra “Teoria Pura do Direito”, os motivos pelos quais é contrário ao sistema difuso norte-americano:

Levanta-se, portanto, a questão de saber a quem deve a Constituição conferir competência para decidir se, num caso concreto, foram cumpridas as normas constitucionais, se um instrumento cujo sentido subjetivo é o de ser uma lei no sentido da Constituição há de valer também como tal segundo o seu sentido objetivo. [...] Se a Constituição conferisse a toda e qualquer pessoa competência para decidir esta questão, dificilmente poderia surgir uma lei que vinculasse os súditos do Direito e os órgãos jurídicos. Devendo evitar-se uma tal situação, a Constituição apenas pode conferir competência para tal a um determinado órgão jurídico. Um recurso de instância análogo ao processo judicial está excluído quando só exista *um* órgão legislativo central. Então, só ao próprio órgão legislativo ou a um órgão diferente dele – v. g., ao tribunal que tem de aplicar a lei, ou tão-somente a um tribunal especial – pode ser conferida competência para decidir a questão da constitucionalidade de uma lei. (1998, p. 300-301)

Portanto, Kelsen exalta a maior segurança jurídica que julgava produzir o sistema por si concebido. Neste mesmo sentido, prossegue dissertando que

Se todo tribunal é competente para controlar a constitucionalidade da lei a aplicar por ele a um caso concreto, em regra ele apenas tem a faculdade de, quando considere a lei como “inconstitucional”, rejeitar a sua aplicação ao caso concreto, quer dizer, anular a sua validade somente em relação ao caso concreto. A lei, porém, permanece em vigor para todos os outros casos a que se refira e deve ser aplicada a esses casos pelos tribunais, na medida em que estes não afastem também a sua aplicação num caso concreto. Se o controle da constitucionalidade das leis é reservado a um único tribunal, este pode deter competência para anular a validade da lei reconhecida como inconstitucional não só em relação a um caso concreto mas em relação a todos os casos a que a lei se refira – quer dizer, para anular a lei como tal. Até esse momento, porém, a lei é válida e deve ser aplicada por todos os órgãos aplicadores do Direito. (1998, p. 303)

Portanto, segundo Kelsen, reservar o controle da constitucionalidade das leis a um único tribunal significa assegurar uma maior estabilidade das relações jurídico-sociais.

Chamado de sistema “concentrado”, o poder de controle da lei em tese “concentra-se” em um único órgão, não integrante do Poder Judiciário: o Tribunal Constitucional, órgão especial de caráter constitucional e natureza jurídico-política (POLETTI, 1997, p. 63).

Surgem, assim, as Cortes Constitucionais, ao lado da Trindade dos Poderes, tendo por função o aferimento da validade das leis e atos normativos, tomando como parâmetro a Constituição. Porém, no sistema austríaco, bem como na quase totalidade dos demais sistemas europeus que o importaram, tais Tribunais Constitucionais não são propriamente órgãos judiciários de cúpula – como o é o Supremo Tribunal Federal brasileiro –, mas órgãos de natureza *legislativa negativa*, totalmente desvinculados dos três Poderes, encarregados de efetivar a justiça constitucional, podendo anular leis que considerem inconstitucionais com efeitos *ex nunc*. Ocorre, portanto, algo como uma “revogação” da lei, com efeitos *erga omnes* (PALU, 2001, p. 91).

Assim, nas sempre valiosas palavras de Ronaldo Poletti:

A Constituição austríaca de 1920, ao dispor sobre a jurisdição do Estado, estabelece que os tribunais não têm direito de apreciar a validade das leis regularmente publicadas. Se um tribunal tiver contra a aplicação de um regulamento objeções deduzidas de sua ilegalidade, deverá romper o processo e requerer à Alta Corte Constitucional a cassação do regulamento em tela (art. 89). Essa disposição, porém, não se aplica à Corte Constitucional (art. 140, 5), que tem importantes competências (arts. 137 e segs.), entre elas a de julgar sobre a inconstitucionalidade das leis, ou de ofício, nos processos que lhe forem submetidos, ou a pedido do Governo Federal, em relação às leis provinciais, ou a pedido dos Governos provinciais em relação às Leis Federais (art. 140, 1). (1997, p. 63)

Com efeito, no sistema concentrado, não vale mais o raciocínio de Hamilton, Madison, Jay e Marshall, passando a imperar a doutrina da supremacia da lei e a nítida separação dos Poderes, excluindo-se a possibilidade de controle por parte de juízes, que são *incompetentes* para conhecer, ainda que *incidenter tantum*, da validade das leis. Assim, aos magistrados cumpre *sempre* reputar a lei como constitucional, salvo particularidades dos sistemas germânico e italiano, no qual tem

eles o poder de suspender o processo e remetê-lo ao Tribunal Constitucional, para que este decida quanto à validade da norma. De tal modo, “os juízes, embora incompetentes para efetuarem o controle de constitucionalidade, tornaram-se competentes para suscitar a exceção processual que deflagrava o controle” (COELHO, 1999, p. 109).

Assim sendo, ficou assegurada a supremacia da Constituição sobre os atos legislativos e, simultaneamente, vedou-se o conhecimento de casos concretos pelo Tribunal Constitucional. Surgindo, *incidenter tantum*, uma questão constitucional, os autos seriam imediatamente remetidos ao Tribunal Constitucional, que decidiria a questão constitucional (e somente ela!), devolvendo-os, posteriormente, ao juízo *a quo*, para aplicação da lei ao caso concreto, agora conforme a orientação do Tribunal. Admitiu-se, ainda, uma ação direta, puramente abstrata, visando à declaração da inconstitucionalidade da lei. “A declaração de inconstitucionalidade, portanto, é o objeto principal da ação” (MORAES, 2004, p. 627).

Notável é a difusão que acabou por ter o sistema austríaco ou concentrado de constitucionalidade, tornando-se regra na Europa continental. Difundiu-se, também, aos países da América Latina de tradição romano-germânica, que acabaram por fundi-lo ao sistema difuso norte-americano.

3.2.2.1 Noções gerais do controle concentrado no Brasil

No Brasil, o controle concentrado de constitucionalidade foi instituído por meio da Emenda Constitucional n.º 16, de 6 de dezembro de 1965, ao lado da ação interventiva, que já existia desde a Constituição de 1934 (art. 7º, I, a e b). Por meio dela, nos moldes preconizados por Kelsen para o Tribunal Constitucional da Áustria, atribuiu-se ao Supremo Tribunal Federal a competência originária para processar e julgar representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, federal ou estadual, em face da Constituição. Porém, era parte legítima para proposição apenas o Procurador-Geral da República (MORAES, 2004, p. 626-627).

A Constituição Federal de 1988, porém, ampliou significativamente o direito de propositura da ação direta, acabando com o monopólio do Procurador-Geral. Nos termos do art. 103 da Constituição Cidadã, possuem legitimidade para propositura da ação direta o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de qualquer das Assembléias Legislativas dos Estados ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional. Assim, nas palavras de Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes:

A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso, ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103), permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas. (2009, p. 86).

Portanto, de certo modo, limitou-se a competência da jurisdição ordinária para apreciar difusamente da constitucionalidade de leis e atos. Isto porque, no período anterior a 1988, era amplo o domínio do sistema difuso de controle, situação que foi invertida pela atual Carta Federal, “uma vez que as questões constitucionais passam a ser veiculadas, fundamentalmente, mediante ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal” (MARTINS e MENDES, 2009, p. 87).

São várias as espécies ou modalidades de controle concentrado hoje previstas pela Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988: 1ª) ação direta de inconstitucionalidade genérica – *ADIn* ou *ADI* (CF, art. 102, I, a); 2ª) ação direta de inconstitucionalidade interventiva – *ADIn Interventiva* (CF, art. 36, III); 3ª) ação direta de inconstitucionalidade por omissão – *ADIn por omissão* (CF, art. 103, § 2º); 4ª) argüição de descumprimento de preceito fundamental – *ADPF* (CF, art. 102, § 1º); e 5ª) ação declaratória de constitucionalidade – *ADECON* ou *ADC* (CF, art. 102, I, a, parte final).

Vale destacar que a já citada regra do art. 97 da Constituição Federal, segundo a qual somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, é aplicável também aqui, em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

No capítulo seguinte, após uma explanação das principais formas processuais por meio das quais se perfaz o controle difuso de constitucionalidade, notadamente o mandado de injunção, procederemos a uma breve análise de cada uma das espécies ou modalidades de controle concentrado de constitucionalidade previstas pela Constituição Federal de 1988, acima arroladas.

4 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A TUTELA DOS DIREITOS HUMANOS

4.1 Formas processuais adequadas no controle difuso de constitucionalidade

Conforme já destacamos neste trabalho, a forma processual utilizada em sede de controle difuso de constitucionalidade pode ser a mais variada possível, abarcando qualquer dos meios processuais colocados à disposição do jurisdicionado, desde que tal análise de compatibilidade vertical hierárquica não seja feita como manifestação quanto ao objeto principal da lide, mas no que diz respeito à questão prévia ou preliminar, indispensável ao julgamento do *meritum causae*, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal, único órgão competente para realizar interpretação concentrada constitucional (de lei *em tese* contrária à Constituição).

Portanto, pode-se realizar controle de constitucionalidade através dos mais variados meios processuais, entre os quais a *ação popular*, instrumento de controle da legitimidade e, eventualmente, de correção dos atos administrativos lesivos ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao patrimônio histórico e cultural e ao meio ambiente, expressamente consagrado pela Carta Federal brasileira, em seu art. 5º, inciso LXXIII, e regulada pela Lei n.º 4.717, de 29 de junho de 1965.

Também pode ocorrer controle difuso de constitucionalidade em sede de *ação civil pública*, instrumento de tutela e defesa do meio ambiente, do consumidor, do patrimônio artístico, estético, turístico, paisagístico e cultural e de todo e qualquer outro interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo, regulamentado pela Lei n.º 7.341, de 24 de julho de 1985, e previsto expressamente pelo art. 129, inciso III, da Constituição Federal.

Nos dois casos acima (*ação popular* e *ação civil pública*), quando os órgãos Judiciários, atuando em sua função constitucional, decidem uma questão relativa a direitos humanos (notadamente quando o ato impugnado é lesivo ao *meio ambiente*), tem-se atividade jurisdicional (jurisdição constitucional) como instrumento

de proteção e defesa dos direitos humanos. Isto porque, hoje, é pacífico que a *proteção ao meio ambiente* constitui-se em meio de proteção dos direitos humanos, vez que ocorrendo um dano ao meio ambiente, inevitavelmente, serão também afetados outros direitos essenciais do homem, tais como a vida (englobada aí a *qualidade de vida*) e a saúde.

Segundo José Afonso da Silva,

A proteção ambiental, abrangendo a preservação da Natureza em todos os seus elementos essenciais à vida humana e à manutenção do equilíbrio ecológico, visa a tutelar a qualidade do meio ambiente em função da qualidade de vida, como uma forma de direito fundamental da pessoa humana. (2000, p. 58)

Esse “novo” direito fundamental, que hoje é reconhecido mesmo como direito humano, tem por núcleo normativo o art. 225 da Constituição Federal brasileira.

Todavia, parte da doutrina tem dedicado ferrenhas críticas à possibilidade de realização de controle difuso de constitucionalidade em sede destas ações coletivas, porque nelas a coisa julgada tem características peculiares, não se limitando às partes entre as quais é dada (como ocorre na coisa julgada *secundum eventum litis*), irradiando efeitos *erga omnes*, o que permite que ações coletivas eventualmente venham a ser utilizadas como sucedâneo de ação direta de inconstitucionalidade.

Esta imensa proximidade de resultados práticos entre as ações coletivas nas quais é decidida difusamente pela inconstitucionalidade e a ação direta de inconstitucionalidade, porém, não significa a equivalência entre as ações. Decidida a inconstitucionalidade difusamente, a declaração consta apenas da *fundamentação* da sentença, não integrando sua parte dispositiva. Já no caso de controle concentrado de constitucionalidade, o *dispositivo* da sentença é a própria declaração de inconstitucionalidade, sendo atingido, portanto, pela coisa julgada.

Ademais, é sabido que questões constitucionais podem ser levantadas em qualquer processo, perante qualquer órgão jurisdicional, sendo mesmo princípio

constitucional a realização do controle difuso, não havendo limitação ao reconhecimento de inconstitucionalidade. Assim, nenhum juiz ou tribunal deve aplicar uma lei que, em sua opinião, seja inconstitucional, tendo a prerrogativa de, incidentalmente, pronunciar-se pela inconstitucionalidade, afastando sua aplicação ao caso concreto. Neste diapasão, a lição de Gilberto Schäfer:

Ao entregar a prestação jurisdicional, nos instrumentos de tutela coletiva como a Ação Civil Pública ou ação coletiva para a defesa do consumidor, pode o Estado-julgador declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade de normas. O controle difuso é anterior, cronologicamente, ao próprio controle abstrato, e fazê-lo não significa usurpar a competência do Supremo ou do Tribunal de Justiça. Não se pode negar a realização deste controle em qualquer ação, sob pena de deixar de realizar o princípio constitucional de realizar o controle difuso. (2002, p. 117)

Destarte, em tese, é franqueado a qualquer magistrado a realização de controle difuso de constitucionalidade em sede também das ações coletivas. Hoje é pacífico na doutrina e na jurisprudência o cabimento de realização de controle de constitucionalidade nestes casos, desde que tal controle tenha por objeto lei ou ato de *efeitos concretos*, isto é, cuja inconstitucionalidade afete diretamente uma das partes.

Também pode ocorrer controle difuso de constitucionalidade em sede de *habeas corpus*. Conforme já tratamos neste trabalho, o primeiro reconhecimento formal do *writ* do *habeas corpus* encontra-se na *Magna Carta Libertatum*, de 1215 (cláusula 39), mas o instituto já tinha aplicação no direito inglês muito antes desta. O *habeas corpus* tem por finalidade a reivindicação sumária do direito de liberdade pessoal, quando ilegalmente restrita, estendendo-se a todos os casos de prisão ou constrangimento ilegal, por ato de autoridade pública ou mesmo de particular. Encontra previsão constitucional expressa no art. 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal. Corroborando a possibilidade de controle normativo abstrato em sede de *writ* de *habeas corpus*, pode-se citar o notório HC n.º 82.959-7/SP, no qual o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de dispositivo da Lei dos Crimes Hediondos – art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90 – que impunha a fixação de regime integralmente fechado aos condenados por crimes hediondos e equiparados.

Nesse sentido, o entendimento jurisprudencial e doutrinário é pacífico pela possibilidade, o que nada mais é do que lógico, pois se assim não fosse o direito humano fundamental à *liberdade* poderia vir a ser cerceado, eventualmente, por lei inconstitucional.

Também pode ocorrer controle difuso de constitucionalidade em sede de *habeas data*, remédio constitucional que visa obter ou retificar dados e informações constantes de arquivos públicos, visando à efetivação da maior transparência possível nas relações entre o Estado e o povo. O instituto visa à efetivação do *direito de receber informação*, enunciado como *direito humano* pelo artigo XIX da Declaração dos Direitos Humanos. Visa, ainda, a eventual retificação das informações constantes do registro público. Sua previsão se dá pelo art. 5º, inciso LXXII, da Constituição Federal e seu rito processual é regulado pela Lei n.º 9.507, de 12 de novembro de 1997.

Ainda, o *mandado de segurança* é instrumento apto à veiculação de controle difuso de constitucionalidade, uma vez que, a exemplo dos meios jurisdicionais acima citados, se desenvolve a partir de um caso concreto. Ante a ausência de remédio apropriado à tutela dos direitos civis ameaçados ou ofendidos por autoridades, surgiu a chamada “*doutrina brasileira do habeas corpus*”, por meio da qual o instituto surgido na Inglaterra passou a ser utilizado, também, na defesa de direitos individuais de natureza civil e política.

O instituto, que tem suas origens no direito comparado (*writ* estadunidense, *mandamus* inglês e *juicio de amparo* mexicano), encontra-se positivado no art. 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal, segundo a qual sua finalidade é a proteção de “*direito líquido e certo*”, desde que não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data* e quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

A Constituição prevê, ainda, o mandado de segurança coletivo, em seu art. 5º, inciso LXX, que pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados. A disciplina do instituto foi

recentemente alterada, quando do advento da Lei n.º 12.016, de 7 de agosto de 2009.

Portanto, é plenamente possível a veiculação de controle normativo abstrato por meio de *mandado de segurança*, uma vez que não se pode frustrar o controle jurisdicional, que, em muitos casos, é o único meio de tornar efetivos direitos individuais subjetivos contra atos do Poder Público. Trata-se de importante remédio constitucional, de exímia efetividade, que garante a proteção da pessoa humana frente à atuação arbitrária ou ilegal do Estado.

Quanto ao *mandado de injunção*, instrumento de controle jurisdicional da omissão, correspondente da via difusa à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (esta na via concentrada), devido à sua fundamental importância, trataremos do tema em tópico apartado, na sequência deste ensaio.

Por fim, importante tecer algumas considerações a respeito do *recurso extraordinário*. Segundo o art. 102, III, da Constituição Federal, é cabível recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal das causas decididas em única ou última instância quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição ou julgar válida lei local contestada em face de lei federal. Destarte, qualquer que seja a forma processual utilizada, seja alguma das ações acima citadas, seja uma ação ordinária ou mesmo outra modalidade de ação aqui não elencada, é através do *recurso extraordinário* que as questões constitucionais suscitadas no controle difuso de constitucionalidade chegam à apreciação do Supremo Tribunal Federal, guardião e intérprete máximo do direito constitucional brasileiro. A título ilustrativo, basta voltar a citar o HC n.º 82.959-7/SP, sobre o qual acima discorreremos, que chegou à apreciação do Supremo Tribunal Federal por meio, justamente, de um recurso extraordinário. Uma vez apreciadas tais questões por nosso Tribunal Constitucional, pode a lei inconstitucional, inclusive, ter sua execução *suspensa*, nos termos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal, nos termos já discorridos.

4.1.1 Mandado de Injunção

O mandado de injunção é uma garantia ou remédio constitucional que tem em vista a viabilização do exercício de um direito ou de liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania ainda não regulamentadas por lei ou ato normativo.

O tema do mandado de injunção é diretamente correlato ao da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais. Segundo Flávia Piovesan:

Este tema alcança relevância peculiar em face do perfil do texto constitucional de 1988, que apresenta um universo extremamente amplo de normas de eficácia limitada e de aplicabilidade mediata ou indireta, que dependem, necessariamente, de providências normativas ulteriores para a produção dos efeitos colimados pelo legislador constituinte. Vale dizer, no tocante às normas de eficácia limitada, cabe ao legislador ordinário conferir-lhe exequibilidade plena, mediante leis integrativas. (1995, p. 15)

Assim, há determinados casos que exigem uma conduta positiva do legislador, no sentido de regulamentar suas disposições, tornando viável um direito, liberdade ou prerrogativa, notadamente constitucional.

Ocorre que, seja por desídia, falta de interesse econômico ou qualquer outro motivo, lamentavelmente, por muitas e muitas vezes têm sem omitido os legisladores brasileiros, incorrendo em verdadeira *omissão constitucional*. Segundo André Vicente Pires Rosa,

[...] los argumentos jurídicos a favor del reconocimiento de la existencia de las omisiones legislativas inconstitucionales pueden ser reunidos abajo un principal, pero no exclusivo, enunciado: la supremacía normativa de la Constitución. (2006, p. 57)

Assim, considerando a Constituição Federal de 1988 como a Lei Maior, isto é, o ápice supremo de todo o sistema ou arcabouço jurídico brasileiro, bem como que sua concepção se deu com base em valores de cunho intensamente

democráticos e sociais, justamente por prestigiar, acima de tudo, a pessoa humana, cumpre ao Poder Legislativo o papel de viabilização de direitos, liberdades ou prerrogativas estabelecidos por meio de normas constitucionais, através de sua regulamentação. Cumpre-lhe, portanto, um papel positivo e ativo no sentido de concretização de tais disposições. Nesse sentido, a sempre valiosa lição de José Afonso da Silva:

A inconstitucionalidade por omissão verifica-se nos casos em que não sejam praticados atos legislativos ou executivos requeridos para tornar plenamente aplicáveis normas constitucionais que postulam lei ou providência administrativa ulterior para que os direitos ou situações nelas previstos se efetivem na prática. (2008, p. 166)

Neste diapasão, o mandado de injunção, instituto tipicamente brasileiro, é o instrumento apto a, potencialmente, tornar as normas constitucionais diretamente aplicáveis.

A doutrina busca as origens que inspiraram o legislador brasileiro à criação do mandado de injunção no direito comparado. Embora não se encontrem correspondentes idênticos no direito alienígena, é possível apontar institutos relativamente similares utilizadas em ordenamentos jurídicos que não o brasileiro.

Para parte da doutrina, as origens do mandado de injunção remontam à Inglaterra do final do século XIV, no chamado juízo de equidade (*equity*), instituto que permite a outorga de direito mediante a atuação discricionária de um juiz especial, notadamente ante a falta de regulamentação (ausência de *statutes*) ou, ainda, quando o sistema jurídico do *Common Law* não oferece proteção suficiente ao direito da pessoa.

Outros apontam como fonte próxima ao mandado de injunção o *writ of injunction* do Direito dos Estados Unidos da América, instituto que pode se dirigir tanto a autoridade quanto a particular, dividindo-se em duas formas ou modalidades: uma proibitória ou proibitiva (*prohibitory injunction*), que visa vedar a prática de ato violador de direito, e uma segunda, de natureza mandamental ou mandatória (*mandatory injunction*), para ordenar a prática de um ato cuja omissão

viola direito (PIOVESAN, 1995, p. 159). O descumprimento da ordem constitui desacato à corte (*contempt of court*), implicando em pena de prisão, decretada pelo Tribunal de forma sumaríssima.

Há, ainda, aqueles que atribuem ao Direito teutônico a origem do mandado de injunção, no chamado “*verfassungsbeschwerde*” (em tradução literal livre, “*reclamação constitucional*”), previsto pelo art. 93 da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*). O instituto pode ser ajuizado perante o Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) por qualquer cidadão, sob a alegação de ter sido prejudicado em seus direitos fundamentais ou direitos constitucionais expressamente indicados pelo Poder Público. Destarte, pode-se dar tanto em face de uma ação quanto em face de uma omissão, desde que ocorra efetivo prejuízo aos direitos citados e que inexista meio processual ordinário de proteção (MACHADO, 1999, p. 53). Em sua apreciação, pode a Suprema Corte alemã fixar prazo que entenda razoável para a elaboração legislativa da norma, determinando, desde já, *solução satisfatória* ao caso, sem prejuízo que o Poder Legislativo, futuramente, venha a exercer suas atribuições constitucionais (PIOVESAN, 1995, p. 160).

Todavia, nos moldes em que é concebido, o mandado de injunção não encontra similar no direito comprado, tratando-se verdadeiramente de inovação da Constituição Federal de 1988. Muito embora seja possível encontrar institutos com denominação semelhante em diversos ordenamentos jurídicos, como o já citado estadunidense, e também o italiano e o francês, não se identifica aí a fonte de inspiração direta do legislador constituinte, uma vez que as confrontações com institutos alienígenas apenas acentuam a *singularidade* de nosso mandado de injunção, que não só envolve um *juízo de equidade* (semelhantemente ao *equity* britânico), mas também se volta à proteção de direitos fundamentais da pessoa humana (à semelhança do *injunction* estadunidense e da *verfassungsbeschwerde* tudesca), mas com caracteres peculiares, conforme observaremos na sequência.

Concebido pelo constituinte de 1988, o instituto consta de nossa Carta Constitucional em seu art. 5º, inciso LXXI, nos seguintes termos:

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

Do texto legal, é possível extrair certos *pressupostos processuais*, necessários à impetração de mandado de injunção. Entendemos serem três os pressupostos do instituto em questão, devendo-se perquirir no mérito se: 1) existe um direito, liberdade ou prerrogativa constitucional inerente à nacionalidade, à soberania ou à cidadania; 2) há inviabilidade, no caso, desse direito, liberdade ou prerrogativa; 3) decorre tal inviabilidade da omissão normativa regulamentadora.

Destarte, existindo direito, liberdade ou prerrogativa constitucional inviabilizada em virtude de omissão normativa regulamentadora, torna-se viável a concessão do *mandamus* em questão.

Grande questão relativa ao mandado de segurança, que se colocou à apreciação dos constitucionalistas desde a promulgação do atual texto constitucional, sendo diretamente correlata ao grau de eficácia conferido pelo constituinte ao dispositivo constitucional em questão, é a da necessidade de edição de norma regulamentadora para sua efetiva utilização.

Muitas foram as divergências em âmbito doutrinário, até que o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade de votos, decidiu o MI n.º 107-3/DF, em 21 de novembro de 1990, reconhecendo a possibilidade de *aplicação imediata* do instituto, determinando a aplicação analógica do procedimento do mandado de segurança, no que coubesse.

Tal posicionamento não poderia ser mais acertado. Primeiro, porque o art. 5º, que prevê em um de seus incisos o mandado de injunção, consagra em seu § 1º que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm *aplicação imediata*”. Poder-se-ia alegar ser este argumento insuficiente, pois, como é sabido, diversos dispositivos que se inserem na tipologia “direitos fundamentais” dependem de posterior atuação legislativa, de forma expressa. Todavia, quando da elaboração do projeto que resultou na atual Constituição, o dispositivo, que acabou por transformar-se no mandado de injunção, continha a expressão “na forma da lei”, que foi posteriormente suprimida, o que leva à conclusão lógica que o constituinte não

deseja necessariamente impor a necessidade de regulamentação do dispositivo ao legislador ordinário (MACHADO, 1999, p. 60-61). Neste diapasão:

A norma regulamentadora do mandado de injunção não é, ela própria, uma simples norma programática, no sentido de que seu objecto (sic), conteúdo, extensão e limites dependem da eventual lei reguladora. A entender-se assim, chegar-se-ia a resultados paradoxais: uma ação constitucional dirigida contra a inação normativa ficaria inerte em virtude da falta de lei regulamentadora! (CANOTILHO, 1993, p. 364)

Portanto, o dispositivo constitucional em questão veicula norma constitucional auto-executável, de eficácia plena, independentemente o manejo do mandado de injunção de norma regulamentadora, “porquanto o texto constitucional já delinea todos os elementos necessários à aplicação do *mandamus*” (NUNES JÚNIOR e SCIORILLI, 2009, p. 233).

A referida discussão, portanto, perdeu o sentido, até mesmo em virtude do que determina o art. 24, parágrafo único, da Lei n.º 8.038, de 25 de maio de 1990, que determina que, enquanto não editada legislação específica, aplica-se ao mandado de injunção, no que couber, as normas do *mandado de segurança*.

Quanto à *natureza jurídica*, o mandado de injunção pode ser visto sobre dois aspectos: o *constitucional* e o *processual*. Pelo primeiro aspecto, o mandado de injunção é uma *garantia* ou *remédio*, vez que visa a garantia do exercício de um direito. Já sobre o segundo aspecto, entendemos tratar-se de uma *ação de natureza constitutiva*, embora parcela (minoritária) da doutrina afirme tratar-se de ação mandamental.

Quanto a seu *objeto*, há larga discussão doutrinária, na qual se destacam três posicionamentos: um primeiro, que entende que a parte final do dispositivo constitucional, ao referir-se a prerrogativas “inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” restringe o alcance da expressão “direitos e liberdades constitucionais” àqueles bens jurídicos; um segundo, que restringe o alcance da expressão “direitos e liberdades constitucionais” aos direitos fundamentais do Título II da Constituição Federal; e, por fim, uma terceira corrente, que afirma estender-se a expressão “direitos e liberdades constitucionais” a quaisquer direitos, liberdades e

prerrogativas, previstos em qualquer lugar do texto constitucional (PIOVESAN, 1995, p. 123).

Alinhando-nos à última corrente doutrinária, entendemos que o *objeto* do mandado de injunção é a proteção de todo e qualquer direito ou liberdade constitucional, individual ou coletiva, bem como das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à cidadania e à soberania, seja de pessoa física ou jurídica, excluídos os direitos, liberdades e prerrogativas auto-aplicáveis (que não dependem de norma regulamentadora).

Quanto à sua *finalidade*, o mandado de injunção se revela em verdadeiro instrumento de realização do princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais (CF, art. 5º, § 1º), uma vez que visa conferir, imediatamente, viabilidade ao exercício de direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais, embaraçados em razão de omissão normativa regulamentadora.

Portanto, objetivando realizar a “vontade da Constituição”, em detrimento à “vontade do Poder”, o mandado de injunção, se bem utilizado e aplicado, pode lograr sua finalidade, alcançando objetivos que permitam que a Constituição permaneça não só viva, mas materializada, de forma efetiva.

Quanto à *legitimidade ativa* – para impetração do mandado de injunção – é parte legítima toda e qualquer pessoa, física ou jurídica, nacional ou estrangeira, titulares de direito, liberdade ou prerrogativa constitucional cujo exercício seja inviabilizado por ausência de regulamentação. Este posicionamento é respaldado pela própria localização do dispositivo constitucional instituinte do instituto em questão, que, enquanto “Carta de direitos”, tem por destinatário toda e qualquer pessoa.

Portanto, está legitimado para sua impetração o titular de direito, liberdade ou prerrogativa constitucional cujo exercício esteja sendo obstado por uma situação de *vacuum juris* em razão de omissão normativa legislativa estatal, configurada pela ausência de norma regulamentadora que inviabilize o direito, liberdade ou prerrogativa em questão.

Vale destacar que o mandado de injunção pode também tutelar direito coletivo, sendo possível sua impetração por entes coletivos. Uma simples

interpretação sistemática da Constituição, colocando face a face o art. 5º, inciso XXI, que prevê a legitimidade das entidades associativas, quando expressamente autorizadas, para representação de seus filiados, judicial ou extrajudicialmente, com o art. 8º, inciso III, que legitima os sindicatos à defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais, demonstra a possibilidade de impetração de mandado de injunção por ente coletivo, em defesa dos interesses de uma dada categoria. Também nesse sentido, por aplicarem-se analogicamente as disposições do mandado de segurança ao mandado de injunção, nos termos do art. 24, parágrafo único, da Lei n.º 8.038/90, quando estiver em causa um direito coletivo, pode-se falar em impetração pelos legitimados à propositura do mandado de segurança coletivo (CF, art. 5º, LXX, alíneas “a” e “b”).

Trata-se de uma relevante tendência em conferir ao instituto em questão ampla legitimidade ativa, o que é de extrema relevância, vez que o mandado de injunção é verdadeiro instrumento de efetividade da Constituição. De tal modo:

Do expendido, é de se verificar que, no mandado de injunção, estará legitimado a agir aquele diretamente interessado (pessoa natural ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira), de forma individual ou coletiva (associações ou sindicatos), inclusive partido político e o Ministério Público. E, a exemplo do que ocorre com o mandado de segurança, não encontramos óbices para se reconhecer legitimidade ativa aos órgãos públicos despersonalizados e universalidades patrimoniais (espólio, herança jacente, massa falida). (MACHADO, 1999, p. 96)

Dentro desta acepção, é expressiva, inclusive, a função realizada pelo *Parquet*, nos termos do art. 129, inciso II, da Constituição Federal. Hoje, considerando-se a aplicação subsidiária da Lei do Mandado de Segurança ao mandado de injunção, há relativo consenso quando à obrigatória participação do Ministério Público, ao menos como fiscal da lei (*custus legis*) ou parte pública autônoma (MACHADO, 1999, p. 101). Ainda mais, naqueles casos em que o mandado de injunção venha a tutelar direitos coletivos e difusos, o órgão ministerial está, mesmo, *legitimado ativamente* à sua impetração. Destarte,

[...] para tornar concreto o mandamento constitucional de que o Ministério Público está a serviço do regime democrático, mister é que tome ele, por exemplo, a iniciativa de propor o mandado de injunção, quando a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania, e à cidadania [...] (MAZZILLI, 1996, p. 77)

O próprio Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), em seu art. 201, inciso IX, assegurou, de forma expressa, competência do *Parquet* para impetrar mandado de injunção, em qualquer juízo, instância ou tribunal, em defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis e afetos às crianças e adolescentes.

Questão relevante se coloca quanto à *legitimidade passiva* no mandado de injunção. Existem três principais correntes antagônicas quantos aos passivamente legitimados a constar como partes do mandado de injunção. A primeira delas afirma serem partes legítimas os órgãos, autoridades ou entidades responsáveis pela elaboração da norma regulamentadora, bem como, em litisconsórcio necessário, a parte que pretende que se suporte o ônus da decisão. A segunda, a seu turno, afirma ser parte legítima somente aquele a quem incumbirá o suporte do ônus da decisão. E, por fim, uma terceira corrente, que afirma ser parte legítima apenas o órgão, autoridade ou entidade responsável pela elaboração da norma regulamentadora (em regra, o Poder Legislativo).

Lamentavelmente, o Pretório Excelso, tendo em conta as regras de *competência* da matéria, firmou entendimento no sentido de serem legitimados passivos, única e exclusivamente, os órgãos, autoridades ou entidades incumbidos de regulamentar a matéria, viabilizando o exercício do direito por seu titular. Portanto, que se limita a figurar no pólo passivo do mandado de injunção as pessoas estatais, pois apenas estas, eventualmente, tem o dever de entalhar provimentos normativos.

Data maxima venia, tal posicionamento é excessivamente fechado, vez que sequer admite eventual litisconsórcio entre particulares que deverão suportar o ônus da decisão, o que acaba por castrar a efetividade do mandado constitucional.

Flávia Piovesan (1995, p. 127-128) tece relevantes críticas a este posicionamento jurisprudencial, afirmando recair a legitimidade passiva no mandado de injunção tanto sobre a parte privada quanto sobre a parte pública que teria de suportar o ônus de eventual concessão do *mandamus*. Segundo ela, a interpretação da redação dos artigos 102, I, “q” e 105, I, “h”, da Constituição Federal, que fixam, respectivamente, a competência do Pretório Excelso e do Superior Tribunal de Justiça para o mandado de injunção, pode resultar em equívocos:

Ora, quando o texto constitucional fixa ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça tais competências, não está, com isso, a apontar ao pólo passivo da ação do mandado de injunção. Trata-se tão somente de um critério de partilha de competências entre os órgãos jurisdicionais. A adoção deste critério de fixação de competências se pauta no órgão competente para adoção da norma regulamentadora. (PIOVESAN, 1995, p. 128)

Fábio Konder Comparato, por sua vez, ensina que:

O mandado de injunção, criado pelo art. 5º, LXXI da Constituição veio justamente dar ao titular de direitos fundamentais a possibilidade jurídica de impor judicialmente ao sujeito passivo, seja ele um órgão público ou uma pessoa privada, o cumprimento da norma constitucional mencionada. (2001, p. 8)

Destarte, embora a *competência* para o julgamento do mandado de injunção seja definida em razão do órgão, autoridade ou entidade responsável pela edição de norma regulamentadora, não reside neste critério regra atinente à legitimidade passiva, muito embora tenha o Supremo Tribunal Federal entendido neste sentido.

Toda esta quizília poderia ter sido evitada com a adoção, pelos constituintes de 1988, de uma mais apurada técnica legislativa. Neste almiré, pontuais são as críticas tecidas por André Vicente Pires Rosa:

Las disposiciones constitucionales que establecen las competencias de los órganos judiciales para juzgar *mandados de injunção* carecen de harmonía entre sí y ni siquiera están organizadas sistemáticamente. El hecho es que también en relación con el tema de la competencia para juzgar el instituto existe una enorme confusión. (2006, p. 316)

De fato, as disposições quanto à competência para conhecer e julgar do mandado de injunção são confusas. Uma simples interpretação literal do art. 105, I, “h”, da Constituição Federal, que fixa a competência do Superior Tribunal de Justiça para julgamento do *mandamus*, parece indicar que não só este órgão é competente para conhecê-lo, mas também os órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal. De modo a complicar a matéria, há, também, expressa previsão de competência dos Tribunais de Justiça para julgamento de mandados de injunção em diversas Constituições Estaduais, quando inexistência de norma regulamentadora estadual ou municipal torne inviável o exercício dos direitos assegurados pela Constituição Estadual⁹.

Sem mais delongas, por não ser nosso objetivo esgotar a matéria no presente tópico, passamos à análise do *conteúdo* e dos *efeitos* da decisão em sede de mandado de injunção, temas mais relevantes a respeito deste precioso remédio constitucional.

Em virtude de não ter o texto constitucional estabelecido explicitamente qual deve vir a ser o conteúdo da decisão da ação injuncional, classificou a doutrina o possível teor da decisão a partir de duas correntes orientadoras: a *concretista* e a *não concretista* (MORAES, 2004, p. 185-189).

Pela corrente ou grupo concretista, o Poder Judiciário, através de decisão de natureza *constitutiva*, declara a existência da omissão, implementando o exercício do direito, liberdade ou prerrogativa constitucional, até superveniência de regulamentação pelo Poder competente. Subdivide-se em duas espécies: a *geral* e a *individual*, de acordo com a abrangência de seus efeitos.

Segundo a espécie *geral*, a decisão judicial terá efeitos *erga omnes*, com implementação do direito através de uma normatividade geral, até supressão da omissão pelo poder competente. Isto é, o Poder Judiciário, ao apreciar a questão,

⁹ Ao exemplo do que determina o art. 74, inciso V, da Constituição do Estado de São Paulo.

constatando a omissão, emite um provimento normativo regulamentador da matéria, que terá aplicabilidade até a efetivação da edição da espécie normativa regulamentadora pelo Poder competente. Tal posicionamento, por não se coadunar com o princípio da separação dos Poderes, vez que, no caso, haveria usurpação de competência do Poder Legislativo pelo Poder Judiciário, é pouco aceito, tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

Já segundo a espécie *individual*, a decisão judicial somente produzirá efeitos para o autor do mandado de injunção (*inter partes*), que poderá exercer plenamente o direito, liberdade ou prerrogativa pendente de regulamentação normativa. Subdivide-se em duas subespécies: a *direta* e a *indireta*.

Segundo a subespécie *concretista individual direta*, o Poder Judiciário, ao julgar procedente o mandado de injunção, procede à implementação imediata da norma constitucional assegurada ao autor.

Já segundo a sub-espécie *concretista individual indireta*, postula-se que o Poder Judiciário, ao julgar procedente o mandado de injunção, deve fixar prazo razoável para a efetiva edição da norma (MORAES, 2004, p. 187). Transcorrido este *in albis*, o tribunal deve fixar condições necessárias ao pleno exercício do direito pelo autor da ação.

Por fim, tem-se a corrente ou grupo *não concretista*, que sustenta ser o conteúdo da decisão do mandado de injunção semelhante àquele proferido em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º). Isto é, a decisão judicial apenas exortará o Poder ou órgão que deve editar a norma, dando-lhe ciência para que regule a matéria. Portanto, segundo este posicionamento, a decisão judicial não se presta a viabilizar o exercício do direito, liberdade ou prerrogativa pendente de regulamentação normativa.

A solução da Suprema Corte brasileira acerca do conteúdo e efeitos do mandado de injunção passou, desde a promulgação de nossa Constituição, por evolução jurisprudencial, na qual pode ser distinguida três fases distintas.

Num primeiro momento, o Pretório Excelso filiou-se à corrente *não concretista*, limitando-se à declaração da mora do Poder ou órgão responsável pela edição normativa, sem a emissão de qualquer tipo ou modalidade de comando

viabilizador do direito, liberdade ou prerrogativa constitucional cerceado pela omissão.

Assim sendo, adotando uma visão clássica e formalista do princípio da separação dos Poderes, a Corte acabou, em exagerada auto-restrição, esvaziando o imenso potencial do novo remédio, limitando-se a equipará-lo à ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Parecendo ter-se esquecido das lições que a história pode dar, o Supremo Tribunal Federal olvidou-se que progressos são precedidos por atitudes coerentes e sensatas, porém capazes de romper com o *status quo*, quando este se apresenta, sob a perspectiva sócio-político-jurídica, como uma intolerável situação perspectiva (ROSA, 2006, p. 371).

Já num segundo momento, o Supremo Tribunal Federal passou a declarar a mora do órgão ou Poder responsável pela edição normativa, dar-lhe ciência da omissão e, de certo modo, assegurar o exercício do direito não regulamentado, possibilitando, *verbi gratia*, ação de reparação patrimonial, sem prejuízo de eventuais disposições mais benéficas quando de eventual regulamentação futura.

Já num terceiro momento, o Supremo Tribunal Federal adotou postura compatível com o mandado de injunção, como verdadeiro instrumento de implementação de direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais, não mais se limitando a declarar a omissão e cientificá-la ao órgão ou Poder competente à sua edição, mas também passando a indicar e aplicar norma integradora necessária à sua efetiva viabilização. Segundo Flávia Piovesan,

Com o despertar desta nova orientação jurisprudencial, advinda do julgamento no MI 232-1, assume o Supremo Tribunal Federal um papel mais significativo no processo de efetivação dos direitos constitucionais, recuperando no mandado de injunção a função de instrumento eficaz na tutela de direitos fundamentais. (1995, p. 135).

Assim, visando uma reparação o mais satisfatória possível, o Poder Judiciário pode proceder à edição de decisão saneadora da omissão, concretizando o direito, liberdade ou prerrogativa constitucional. Destaque-se que o direito já é

certificado, pela própria Lei Fundamental. O Poder Judiciário apenas assegura seu efetivo exercício, “*emprestando-lhe eficácia*” por meio do exercício de função legislativa, limitada ao caso concreto.

Destarte, ao enfrentar lacunas normativas inconstitucionais – verdadeiros *vacuum juris* –, cabe ao Poder Judiciário seu preenchimento, para aquele caso concreto. Contudo, não se elimina a lacuna com o pronunciamento judicial, mas apenas com a efetiva edição normativa *geral* e *abstrata* pelo órgão competente (PIOVESAN, 1995, p. 140).

Adotou-se, portanto, a subespécie *concretista individual indireta*, vez que, na maioria dos casos, fixa-se prévio prazo considerado hábil e razoável à edição normativa, sendo que, apenas após seu transcurso em branco é que atuarão os juízes exercendo “interpretação criativa”, como verdadeiros “juízes legisladores”, uma vez que,

[...] quando se fala dos juízes como criadores do direito, afirma-se nada mais do que uma óbvia banalidade, um truísmo privado de significado: é natural que toda interpretação seja criativa e toda interpretação judiciária “*law-making*”. (CAPPELLETTI, 1993, p. 24-25).

Assim, é intrínseco a todo ato interpretativo relativo grau de criatividade. O próprio Hans Kelsen, pai da escola jus-positivista, assevera em sua “Teoria Pura do Direito” ser a interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito sempre autêntica, efetivamente criando Direito (1998, p. 394).

Neste diapasão, a eficácia do mandado de injunção pende da incorporação, pelo Poder Judiciário, dos ditames principiológicos inerentes ao Estado de Bem Estar Social (*Welfare State*), modelo estatal fixado pela Constituição Federal de 1988, que acaba por exigir, em sede de mandado de injunção, procedimento interpretativo compatível com sua lógica. É o que se denomina de “procedimento interpretativo de legitimação de aspirações sociais à luz da Constituição” (PIOVESAN, 1995, p. 154), vez que a aplicação das normas constitucionais acaba por converter-se em concretização de valores sociais. Deste modo:

A efetividade do mandado de injunção requer, a todo o tempo, uma interpretação teleológica condizente com a lógica social, que implica em doar novo sentido à separação dos Poderes, convertendo o Poder Judiciário em poder responsável por uma justiça substancial e distributiva, que eleja, como principal valor, a igualdade material e, como parâmetro obrigatório e vinculante, os direitos e garantias fundamentais. (PIOVESAN, 1995, p. 155)

Assim, a expectativa é a de um posicionamento mais “democrático” do Poder Judiciário, que deve ter plena e absoluta consciência de suas responsabilidades sócio-políticas e atuação intensa para a construção do bem estar social, tendo como vetor os direitos da pessoa humana. Deve, assim, estabelecer as condições gerais para o exercício do direito, liberdade ou prerrogativa não regulamentada pelo legislador, suprindo a inação legislativa.

Em síntese, adotou-se o que entendemos ser o melhor posicionamento, visando, tanto quanto possível, a realização da *justiça* no caso concreto, por meio de interpretação, sempre e necessariamente criadora, como decorrência da atividade jurisdicional (GARCIA, 1996, p. 64).

4.2 Formas processuais constitucionais de controle concentrado de constitucionalidade

4.2.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica

A chamada ação direta de inconstitucionalidade genérica existe no direito brasileiro desde a Constituição de 1946 (art. 8º, parágrafo único). Em princípio, alcançava apenas os atos estaduais, sendo pressuposto da intervenção federal¹⁰. Porém, com a Emenda Constitucional de n.º 16 à Constituição de 1946, de 26 de novembro de 1965, se estendeu ela também aos atos federais, sendo assim mantido desde então (FERREIRA FILHO, 2007, p. 40).

¹⁰ Conforme discorreremos no tópico seguinte.

A ação direta de inconstitucionalidade genérica tem por fundamento o art. 102, I, a, 1ª parte, da Constituição Federal e é regulada pela Lei n.º 9.868/99, que também disciplina a ação declaratória de constitucionalidade, que estudaremos no prosseguimento deste trabalho.

Em nível federal, o órgão competente para conhecer da ação é o Supremo Tribunal Federal, organismo de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, nos casos de lei federal ou estadual que contrariem determinações da Constituição Federal (CF, art. 102, I, a). Em nível estadual, a ação deve ser ajuizada juntamente aos Tribunais de Justiça, nos casos de leis ou atos normativos municipais ou estaduais ferindo a própria Constituição do Estado (CF, art. 125, § 2º). Destaque-se, portanto, inexistir controle concentrado de constitucionalidade de leis ou atos normativos municipais que afrontem a Constituição Federal, podendo esta inconstitucionalidade vir a ser reconhecida apenas em sede de controle difuso.

Em se tratando de controle em nível estadual, as partes legítimas para a propositura da ação serão especificadas em cada Constituição Estadual. Em nível Federal, por sua vez, são legitimados para sua propositura aqueles elencados pelo art. 103 da Constituição Federal, quais sejam: Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de qualquer das Assembléias Legislativas dos Estados ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

No que diz respeito à *legitimação*, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acabou por estabelecer alguns *requisitos* ou *pressupostos*. Destarte, alguns dos legitimados devem demonstrar *interesse* na representação, de acordo com sua finalidade institucional (chamados de legitimados *interessados* ou *especiais*). São eles: Mesa da Assembléia Legislativa e da Câmara Legislativa Distrital (inciso IV); Governador de Estado e do Distrito Federal (inciso V) e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (inciso IX). Todos os demais legitimados são chamados pela doutrina de *neutros* ou *universais*, não sendo obrigatória a demonstração de pertinência temática de acordo com a finalidade institucional.

No tocante aos *partidos políticos com representação no Congresso Nacional*, segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, a existência de um parlamentar que seja do partido, em qualquer das Casas do Congresso Nacional, já o torna legitimado para a propositura da ação. A representação do partido na ação deve se dar por meio do Diretório Nacional ou pela Executiva do Partido, de acordo com seu documento instituinte. Segundo o Pretório Excelso, a perda de representação parlamentar no Congresso Nacional descaracteriza a legitimidade ativa do partido político para prosseguir à frente do processo de ação direta de inconstitucionalidade. Contudo, já decidiu o Supremo, apreciando a questão de ordem levantada pelo então Ministro Sepúlveda Pertence na ADI n.º 2.054, em 20 de março de 2003, que mesmo após a perda de representação do partido político no Congresso Nacional prosseguisse a ação ante ao fato de que, quando de sua propositura, o partido ainda estava devidamente representado no Congresso (Informativo n.º 301 do STF). Desta arte, firmou-se que a legitimidade deve ser aferida quando da propositura da ação, e, assim sendo, a perda de representação parlamentar no Congresso Nacional não mais descaracteriza a legitimidade ativa do partido político para prosseguir à frente do processo de ação direta de inconstitucionalidade.

No tocante às *entidades de classe de âmbito nacional*, devem-se entender estas como categorias *profissionais*. Segundo Pedro Lenza, “nesse sentido, o STF negou legitimidade à União Nacional dos Estudantes (UNE), por entender tratar-se de **classe estudantil** e não **classe profissional** (STF, ADIn 89-3/DF, rel. Min. Néri da Silveira)” (LENZA, 2008, p. 186 – grifos constam do original). Ainda, segundo entendimento consolidado no julgamento da ADI n.º 79-9/DF, o Supremo Tribunal Federal entende por *entidade de classe de âmbito nacional* àquelas entidades organizadas em pelo menos 9 Estados da Federação, por analogia da Lei Orgânica dos Partidos Políticos. Ainda quanto às *entidades*, inicialmente, o Supremo Tribunal Federal negou legitimidade ativa à “associações de associações” (ADI n.º 591-0/DF). Porém, o Pretório Excelso acabou por modificar seu entendimento no julgamento da ADI n.º 3.153-8/DF, relatada pelo iminente Ministro Sepúlveda Pertence (nos termos do Informativo n.º 361 do STF).

No tocante às *confederações sindicais*, devem elas, segundo o Supremo Tribunal Federal, preencher os requisitos da legislação pertinente, em

especial o de ser constituídas por, no mínimo, 3 (três) federações sindicais, nos termos do que prescreve o art. 535 da Consolidação das Leis do Trabalho (ADI n.º 1.121-9/RS).

Importante, por fim, destacar, quanto à legitimação, que entende o Supremo Tribunal Federal terem todos os legitimados *capacidade postulatória*, com exceção dos partidos políticos com representação no Congresso Nacional e as confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional, que deverão ajuizar a ação por meio de advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica tem por finalidade precípua (*objeto*) a decretação da inconstitucionalidade de *lei* ou *ato normativo* federal, estadual ou distrital editados *posteriormente* à promulgação da Constituição Federal de 1988, desde que ainda em vigor (o Supremo Tribunal Federal entende que fica prejudicado o julgamento da ação, por perda do objeto, caso a lei ou ato normativo seja revogado ou no caso de exaurimento de sua eficácia antes do julgamento final).

Visa-se, portanto, a *invalidação* da lei ou ato normativo em abstrato, de modo a avaliar o princípio da segurança jurídica. Constituí-se, pois, uma finalidade de *legislador negativo* do Pretório Excelso, nos exatos termos da construção kelseniana. Trata-se, assim, de ação *sui generis* dentro do *ordo juris* brasileiro, não sendo ela marcada pela *subjetividade* das demais ações, nas quais se vinculam pretensões subjetivas. A pretensão aqui, ao contrário, é *objetiva*: a defesa da supremacia da ordem Constituição.

Exatamente por visar a supremacia da Constituição, por razões de ordem pública, desde a década de 1970 o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF) expressamente sagra a *inadmissibilidade* da desistência da ação (MORAES, 2004, p. 639). Segundo Gilmar Ferreira Mendes, a jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht* tudesco se direciona no mesmo sentido (MENDES, 1996, p. 123).

Reputam-se por “leis” todas as espécies normativas previstas nos incisos do art. 59 da Constituição Federal: emendas à Constituição; leis complementares; leis ordinárias; leis delegadas; medidas provisórias; decretos

legislativos e resoluções. Quanto às duas últimas espécies normativas, porém, importante destacar a lição de Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior,

Nem toda a resolução ou decreto legislativo podem ser objeto de controle concentrado, já que podem não constituir atos normativos. Por exemplo, a resolução que autoriza o processo contra o Presidente da República, prevista no inciso I do art. 51 da Constituição, não está revestida de abstração e generalidade, o que impede o seu controle. Da mesma forma, a autorização para que o Presidente da República se ausente do País por mais de quinze dias, prevista no art. 49, III, não tem qualquer generalidade e abstração, constituindo, portanto, ato concreto e impossível de ser controlado pelo controle concentrado. (2004, p. 43-44)

Já no que diz respeito aos chamados “*atos normativos*”, para efeito de controle de constitucionalidade, deverá ser assim considerado “quando a circunstância evidenciar que o ato encerra um dever-ser e veicula, em seu conteúdo, enquanto manifestação subordinante de vontade, uma prescrição destinada a ser cumprida pelos órgãos destinatários” (MORAES, 2004, p. 629). Como exemplos de atos normativos, podem-se citar as resoluções administrativas dos tribunais ou outros órgãos do Poder Judiciário, bem como os atos estatais de conteúdo meramente derogatório, desde que incidam sobre atos de caráter normativo, como as resoluções administrativas (LENZA, 2008, p. 159). As Súmulas não podem ser questionadas mediante o controle concentrado, por não possuírem *normatividade*. No caso das Súmulas Vinculantes (CF, art. 103-A), a medida adequada à “atacá-las” é uma simples *provocação* (de qualquer dos legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade), mediante a qual o Supremo Tribunal Federal poderá proceder à sua *revisão* ou *cancelamento*, nos termos do que disciplina a Lei n.º 11.417/2006.

Em todos os casos, a lei ou ato normativo impugnado deve revestir-se de um coeficiente mínimo de *abstração* e *generalidade*, não estando às leis ou atos de efeito concreto sujeitos a ataque por meio da ação direta de inconstitucionalidade. Nesta hipótese, em decorrência da inexistência de densidade jurídico-material (densidade normativa) no conteúdo de seu preceito, não seria

possível controle abstrato, uma vez que a lei ou ato estaria referindo-se a uma situação concreta, sendo hipótese de controle difuso.

O ajuizamento da ação direta não se encontra sujeito a nenhum tipo de prazo, prescricional ou decadencial, uma vez que os atos inconstitucionais jamais se convalidam pelo decurso do tempo.

O procedimento da ação direta de inconstitucionalidade genérica vem delimitado na própria Constituição Federal (art. 103, §§ 1º e 3º), bem como no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (arts. 169 a 178) e na Lei n.º 9.868/99.

A petição inicial, proposta por um dos legitimados do art. 103 da Carta Federal, deverá indicar o dispositivo da lei ou o ato normativo impugnado, bem como os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações e o pedido, especificado e individualizado. Deve ela ser apresentada em duas vias, acompanhada de cópia da lei ou do ato normativo impugnado, bem como dos documentos necessários à comprovação da impugnação. Quando subscrita por advogado, a petição inicial deverá vir acompanhada de instrumento de procuração com poderes especiais para instauração do processo de controle normativo abstrato ante a Corte Suprema (posicionamento firmado no julgamento da ADI n.º 2.187-7/BA, relatada pelo Ministro Octávio Gallotti).

O relator, percebendo ser a peça inicial inepta, não fundamentada ou manifestamente improcedente, poderá indeferir-la liminarmente, decisão da qual caberá recurso de *agravo* ao plenário do Tribunal.

Não se tratando de hipótese de indeferimento liminar, o relator da ação pedirá informações aos órgãos ou autoridades da qual tiver emanado o ato ou lei impugnada, devendo tais informações serem prestadas no prazo de trinta dias, contados do recebimento do pedido. Em caso de urgência, as informações podem ser dispensadas pelo relator, decisão que, posteriormente, deverá ser referendada pelo plenário da Corte.

Em seguida, o Advogado-Geral da União será citado para *defender* o ato impugnado, após o qual serão abertas vistas ao Procurador-Geral da República, devendo eles manifestarem-se, sucessivamente, no prazo de quinze dias. Segundo Alexandre de Moraes,

[...] atuando como curador da norma infraconstitucional, o Advogado-Geral da União está impedido constitucionalmente de manifestar-se contrariamente a ela, sob pena de frontal descumprimento da função que lhe foi atribuída pela própria Constituição Federal, e que configura a única justificativa de sua atuação processual, neste caso. (2004, p. 641-642)

Portanto, o Advogado-Geral da União, necessariamente, *defenderá* o ato impugnado, exceto, segundo orientação do Supremo Tribunal Federal, se o próprio Pretório Excelso já tiver fixado entendimento pela *inconstitucionalidade* da lei ou ato normativo. O Procurador-Geral da República, por sua vez, poderá oferecer parecer tanto pela constitucionalidade quanto pela inconstitucionalidade.

Em seguida, o relator distribuirá relatório, com cópia para todos os Ministros, e requererá agendamento de dia para julgamento.

O relator poderá solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais Federais e também aos Estaduais quanto à aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição.

Ainda, havendo necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato, ou mesmo em caso de insuficiência de informações constantes dos autos, poderá o relator requisitar outras, designar peritos ou comissão de peritos para que seja emitido parecer sobre a questão ou mesmo, admitindo a manifestação de outros órgãos ou entidades, por despacho *irrecorrível*, fixar data para ouvir depoimentos de pessoas ou entidades com experiência e autoridade da matéria, em audiência pública. Tal possibilidade, embora sujeita a posterior referendo pelo plenário da Corte, é expressamente prevista pela Lei n.º 9.868/99 (art. 7º, § 2º). Consagra ela a figura do *amicus curiae* (do latim “amigo da corte”), espécie peculiar de *intervenção de terceiros* muito utilizada no direito dos Estados Unidos da América.

A função primordial do *amicus curiae* é, pluralizando o debate constitucional, chamar a atenção da Corte para circunstâncias ou fatos que poderiam passar despercebidos, auxiliando na instrução processual. Conforme o

pronunciamento do Ministro Celso de Mello no julgamento de Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.130-3/SC:

[...] a admissão de terceiro, na condição de *amicus curiae*, no processo objetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional, pois viabiliza, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize, sempre sob uma perspectiva eminentemente pluralística, a possibilidade de participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais. (2001, p. 25)

Não obstante, ainda prossegue asseverando o ilustre Ministro da Corte Suprema no sentido de que o *amicus curiae*

[...] não só garantirá maior efetividade e atribuirá maior legitimidade às suas decisões, mas, sobretudo, valorizará, sob uma perspectiva eminentemente pluralística, o sentido essencialmente democrático dessa participação processual, enriquecida pelos elementos de informação e pelo acervo de experiências que o *amicus curiae* poderá transmitir à Corte Constitucional, notadamente em um processo – como o de controle abstrato de constitucionalidade – cujas implicações políticas, sociais, econômicas, jurídicas e culturais são de irrecusável importância e inquestionável significação. (2001, p. 24)

Desta forma, o instituto do *amicus curiae* foi uma importante inovação da Lei n.º 9.868/99, passando a reconhecer que o magistrado, como pessoa, pode não deter todos os conhecimentos necessários para a prestação de adequada tutela jurisdicional. Assim, admitindo a manifestação da sociedade civil, confere-se maior *legitimação* às decisões da Corte Constitucional, em homenagem à própria essência democrática. O instituto permite um conhecimento pleno das posições jurídicas pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, bem como dos reflexos diretos e indiretos da decisão sob o jurisdicionado.

O amigo da Corte poderá ser admitido no prazo de trinta dias do pedido de informações, em função da relevância da matéria, observada a legitimidade dos postulantes. Tem ele direito a proceder à sustentação oral de suas razões, observado o regimento interno do Supremo Tribunal Federal (art. 131, § 3º). Cada uma das partes poderá falar pelo tempo máximo de 15 (quinze) minutos.

O Supremo Tribunal Federal não vem admitindo litisconsórcio ativo ou passivo e intervenção assistencial de terceiro (exceção à modalidade do *amicus curiae*) em decorrência da natureza abstrata do controle concentrado de constitucionalidade. Seria, de fato, inconcebível, em sede de controle concentrado, que terceiros interessados fossem admitidos objetivando defender apenas seus direitos subjetivos. Obviamente, tal vedação não se aplica aos legitimados do art. 103 da Constituição Federal.

O julgamento da ação direta de inconstitucionalidade genérica será realizado pelo plenário da Corte Constitucional (CF, art. 97), observado o *quorum* mínimo de instauração de 8 (oito) Ministros (RISTF, art. 143). O julgamento quanto à constitucionalidade se dará pelo voto da maioria absoluta, isto é, por 6 (seis) dos Ministros, sendo vedada a possibilidade de ação rescisória deste julgado (MORAES, 2004, p. 645).

O Supremo Tribunal, ao julgar a ação direta, não está condicionado à *causa petendi*, mas apenas ao *pedido* do autor. Por conseguinte, poderão os Ministros declarar a inconstitucionalidade da norma por fundamentos diversos daqueles apresentados na peça vestigial. Poderão, também, julgar parcialmente procedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade, excluindo do texto uma única palavra, expressão ou frase. Não fica, portanto, o Pretório Excelso adstrito à possibilidade de declaração de nulidade *do dispositivo*, integralmente, como ocorre quando do veto presidencial (CF, art. 66, § 2º), ao que se chama de “princípio da parcelaridade”.

É possível, ainda, que o Supremo Tribunal Federal decida que a inconstitucionalidade reside em uma determinada aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo, hipótese na qual indicará qual “interpretação conforme” o sentido da Constituição, que não configura inconstitucionalidade. Porém, é extremamente importante destacar que, em sede de controle normativo abstrato, segundo a

construção kelseniana, a Corte Suprema funciona como “legislador negativo”. Segundo assevera Pedro Lenza:

A interpretação conforme só será admitida quando existir um **espaço para a decisão** do Judiciário, deixado pelo Legislativo. A interpretação não cabe quando o sentido da norma é **unívoco**, mas somente quando o legislador deixou um campo com diversas interpretações, cabendo ao Judiciário dizer qual delas se coaduna com o sentido da Constituição. (2008, p. 200 – grifos constam do original)

Logo, em hipótese alguma poderá atuar o Judiciário como “legislador positivo”, indicando “interpretação conforme” a Constituição em sentido expressamente contrário à *mens legislatoris*, isto é, à vontade do legislador quando da promulgação da norma.

A Lei n.º 9.868/99 estabeleceu, ainda, a possibilidade de pedido de *medida cautelar* em sede de ação direta de inconstitucionalidade (arts. 10 a 12). Destarte, entendendo o relator existir relevância da matéria, em face de seu especial significado para a ordem social e segurança jurídica, poderá determinar que a ação siga um procedimento mais célere. Em caso de excepcional urgência, o Tribunal poderá deferir a medida cautelar sem a audiência dos órgãos ou mesmo das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado. Portanto, por decisão monocrática do relator, *ad referendum* do plenário da Corte, pode ser concedida medida cautelar para suspensão total ou parcial da lei ou ato impugnado. O relator pode, inclusive, propor ao Pleno do Supremo Tribunal a conversão da cautelar em ação principal, com julgamento definitivo do feito. Tal possibilidade consubstanciase em importante instrumento de defesa dos direitos individuais e coletivos constitucionalmente protegidos, suspendendo-se, de imediato, com efeitos *erga omnes* e eficácia (em regra) *ex nunc* (não retroativa), a aplicação da lei inconstitucional.

Agora, passamos à questão mais relevante referente à ação direta de inconstitucionalidade genérica: o estudo de seus *efeitos*. Tal tema já se constituiu em verdadeira *quaestio diabolica*, ficando o deslinde da questão pendente da solução

da controvérsia quanto à *natureza jurídica* da lei ou ato inconstitucional: se inexistente, nulo ou anulável.

Alfredo Buzaid e Ruy Barbosa de Oliveira sustentavam pela *nulidade* absoluta da lei ou ato inconstitucional, não apenas sua anulabilidade. Francisco Campos, por sua vez, sustentava que os atos ou leis declarados inconstitucionais são *inexistentes* (SILVA, 2008, p. 52-53).

Hoje, porém, é consenso que a ação direta genérica tem, como regra, efeito retroativo (*ex tunc*) contra todos (*erga omnes*), desfazendo a lei ou ato inconstitucional *ab ovo*, isto é, desde sua origem, juntamente com todas as conseqüências dele derivadas. Destarte, fixou-se definitivamente o posicionamento defendido por Buzaid e Ruy Barbosa, considerando-se as leis e atos inconstitucionais *nulos* e, assim, destituídos de eficácia, motivo pelo qual a declaração de inconstitucionalidade de uma norma acarreta a repristinação de norma anterior, por aquela revogada (efeito repristinatório da declaração de inconstitucionalidade).

Portanto, hoje, a doutrina, quase unissonamente, prega pela *nulidade* da lei ou ato declarado inconstitucional. Nesse sentido Alexandre de Moraes (2004, p. 648), Pedro Lenza (2008, p. 196), Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2007, p. 41) e Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2004, p. 38).

A decisão produz, ainda, *efeito vinculante* em relação aos órgãos do Poder Judiciário e da administração pública federal, estadual, municipal e distrital. Porém, tal vinculação apenas atinge os órgãos do próprio Poder Judiciário e do Poder Executivo, não se estendendo ao Poder Legislativo. O Legislativo, portanto, poderá inclusive editar lei ou ato novo em sentido contrário à decisão da Corte Constitucional. Entendimento contrário significaria o “inconcebível fenômeno de fossilização da Constituição”. Alexandre de Moraes, porém, entende em sentido contrário, postulando que a vinculação alcança, também, o Poder Legislativo:

Entendemos que os efeitos vinculantes aplicam-se inclusive ao legislador, que não poderá editar norma com preceitos idênticos aos declarados inconstitucionais, ou ainda, norma derogatória da decisão do Supremo Tribunal Federal; ou mesmo, estará impedido de editar normas que

convalidem os atos nulos praticados com base na lei declarada inconstitucional. (2004, p. 649)

Data maxima venia, discordamos do posicionamento do nobre constitucionalista. Sendo vedada a atividade legislativa quanto à questão já decida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade, petrifica-se a evolução social, impedindo a necessária atualização das leis e atos normativos pelo Poder Legislativo. Basta pensarmos na hipótese de que a disposição constitucional com base na qual a lei ou ato foram declaradas inconstitucionais venha a sofrer Emenda. Nada obstará que o legislador venha a, assim, editar lei com teor idêntico à antes declarada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional, lei está que será plenamente constitucional. Não está, portanto, o Legislativo vinculado à decisão da Corte Suprema, até mesmo em respeito ao princípio da separação dos Poderes.

A lei ou ato normativo saem imediatamente do ordenamento jurídico com a decisão definitiva da Corte Suprema, não se aplicando, aqui, as disposições do art. 52, X, da Carta Federal (suspensão pelo Senado Federal), aplicáveis somente em sede de controle difuso.

Porém, por expressa autorização da Lei n.º 9.868/99 (art. 27), acompanhando o direito germânico e lusitano, é possível a *modulação de efeitos* em sede de declaração de inconstitucionalidade. Em casos excepcionais, tendo em vista razões de *segurança jurídica* e *excepcional interesse social*, poderá o Supremo Tribunal, por voto de 2/3 de seus Ministros (oito), restringir os efeitos da declaração, decidindo que ela somente passe a ter eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. Portanto, podem os Ministros declarar a inconstitucionalidade com efeito *ex nunc*, contrariando a regra geral, ou mesmo a partir de outro momento, por eles fixado, podendo ser este no passado, o próprio julgamento ou também para o futuro (efeito prospectivo).

Como exemplo de modulação de efeitos, pode-se citar a instituição da Defensoria Pública. Nos termos dos arts. 44, I, 89, I, e 128, I, todos da Lei Complementar n.º 80/94, são contados *em dobro* todos os prazos para a Defensoria Pública. Em relação ao processo civil, não há qualquer divergência quanto à disposição, vez que o Ministério Público e a Fazenda Pública gozam da mesma

prerrogativa. Porém, em relação ao processo penal, o *Parquet* não goza deste benefício, o que pode caracterizar violação aos princípios da isonomia e do devido processo legal. O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar tal questão (HC n.º 70.514-6/RS), entendeu que a norma é *constitucional*, mas apenas até que a Defensoria Pública seja efetivamente instalada. Assim, fixou-se que a norma é constitucional, mas apenas até a implementação de certa realidade social, o que se chamou de lei “ainda constitucional”, “inconstitucionalidade progressiva” ou “declaração de inconstitucionalidade de norma em trânsito para a inconstitucionalidade”.

Também em relação à Defensoria Pública, o art. 68 do Código de Processo Penal previu a ação civil *ex delicto*, a ser ajuizada pelo Ministério Público. Ocorre que com a Constituição Federal de 1988 tal atribuição passou a ser da Defensoria Pública. Todavia, em razão de esta instituição ainda não estar definitivamente instalada em diversas localidades do Brasil, o Pretório Excelso vem entendendo ser a norma constitucional até que ocorra a efetiva instalação do órgão de defesa. Reconheceu-se, portanto, que a implementação de uma nova ordem constitucional não é fato instantâneo, mas um processo moroso de alteração da realidade fática, sendo que, por motivos de segurança jurídica e interesse social, a norma será válida até a concretização de instalação daquela instituição.

Finalmente, destaque-se ter a ação direta genérica efeito ou caráter *dúplice ou ambivalente*, significando que ao julgar *improcedente* uma ADI declara-se *constitucional* o dispositivo atacado e que julgar *procedente* uma ADI implica na declaração da *inconstitucionalidade* do dispositivo atacado. Tal efeito tem relação direta com a chamada ação declaratória de constitucionalidade (ADECON ou ADC), que estudaremos no prosseguimento deste trabalho.

4.2.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva

A ação direta de inconstitucionalidade interventiva, anteriormente chamada de “*representação interventiva*”, é o ponto histórico de partida do controle de constitucionalidade abstrato brasileiro. Verdadeiro “embrião” da ação direta de inconstitucionalidade genérica e, também, da ação declaratória de

constitucionalidade, foi ela instituída pela Constituição de 1934, tendo sido aperfeiçoada pela Constituição de 1946.

Segundo o art. 18, *caput*, da Constituição Federal de 1988, a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos. Portanto, a regra geral é a *autonomia* entre os entes federativos. Ocorre que, em situações excepcionais, a própria Constituição prevê hipóteses em que haverá a intervenção.

Deste modo, há previsão de intervenção da União nos Estados e Distrito Federal (CF, art. 34), bem como nos Municípios localizados em Território Federal (CF, art. 35) e, também, de intervenção do Estado em seus Municípios (CF, art. 35).

A representação interventiva é um dos pressupostos para eventual ulterior efetivação de decretação da *intervenção federal* ou *estadual* pelos Chefes do Executivo (Presidente da República, Governador de Estado ou do Distrito Federal), fundada numa das hipóteses expressamente previstas pela Carta Federal.

A ação direta interventiva possui dupla *finalidade*, objetivando a declaração de *inconstitucionalidade* da lei ou ato normativo estadual (finalidade *jurídica*) e a decretação da intervenção federal no ente federativo (finalidade *política*). Segundo Oswaldo Luiz Palu, a representação interventiva:

Malgrado integrante do sistema concentrado, não tem características de uma ação abstrata, como as demais, eis que de efeitos concretos, pois há fatores subjacentes e que devem ser apreciados. Assim, sua característica é ser uma ação judicial de efeitos, também, políticos. (2001, p. 268)

Portanto, constituiu-se ela em espécie de ação de controle direto, porém, para fins concretos (MORAES, 2004, p. 653).

Desde seu surgimento no direito brasileiro (Constituição de 1934), cabe exclusivamente ao Procurador-Geral da República, chefe do Ministério Público Federal, na condição de representante judicial da União, representar contra determinada unidade federativa que afronte certos *princípios essenciais* da ordem federativa. Destaque-se que o Procurador-Geral não é obrigado e nem mesmo

poderá ser compelido a ajuizar a referida ação, sendo-lhe perfeitamente lícito determinar o *arquivamento* de qualquer representação que lhe seja dirigida. Sua atuação é, portanto, discricionária.

Destarte, em nível Federal, o art. 36, III, da Constituição Federal estabelece que a intervenção dependerá de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, órgão competente para o julgamento, de *representação* do Procurador-Geral da República, na hipótese de violação dos chamados “*princípios sensíveis*” da Constituição (art. 34, VII, alíneas *a a e*), e no caso de recusa à execução de lei federal.

Segundo o art. 34, III, da Constituição Federal, são *princípios sensíveis* constitucionais, cuja violação pode acarretar intervenção na autonomia política dos entes federativos: a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; b) direitos da pessoa humana; c) autonomia municipal; d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta; e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

Destarte, a ação interventiva em nível federal trata-se da judicialização de um conflito entre União e Estado (ou Distrito Federal), no tocante à observância dos princípios sensíveis.

Uma vez julgada procedente a ação pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, pelo *quórum* de maioria absoluta do art. 97 da Carta Federal (seis Ministros), o Pretório Excelso *comunicará* a autoridade interessada, bem como o Presidente da República, para que sejam tomadas as providências constitucionais cabíveis.

O decreto presidencial pode limitar-se à *suspender a execução* da lei ou ato impugnado, se esta medida for suficiente ao restabelecimento da normalidade. Caso se mostre ela insuficiente, por *requisição* do Supremo Tribunal Federal, poderá o Presidente da República (e somente ele, uma vez se tratar de competência *exclusiva*) decretar a intervenção federal, nomeando interventor e afastando as autoridades responsáveis de seus cargos (CF, art. 84, X). Caberá ao

Congresso Nacional aprovar o decreto interventivo, dentro de 24 (vinte e quatro) horas de sua promulgação (CF, art. 36, § 1º).

Destaque-se que o Presidente não está obrigado a decretar a intervenção, uma vez que tal ato pauta-se pelos critérios da *oportunidade* e *conveniência*, sob pena de violação do princípio da independência e harmonia entre os Poderes estatais.

Em nível estadual, por sua vez, a ação interventiva depende de provimento do Tribunal de Justiça local de representação do Procurador-Geral de Justiça (CF, art. 128, IV), objetivando assegurar o cumprimento de princípios indicados na Constituição Estadual ou para promover a execução de lei, ordem ou decisão judicial. O procedimento é idêntico ao acima descrito, variando, porém, de Estado para Estado, de acordo com normas próprias e regimentos internos dos Tribunais de Justiça. Também, o mesmo que se dispôs acima em relação ao Presidente da República aplica-se ao Governador do Estado.

Interessante, ainda, observar que, muito embora o procedimento seja abstrato, há existência de algum *contraditório*, cabendo ao Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal ou ao Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça solicitar informações à autoridade estadual, distrital ou municipal quando às razões alegadas pelo chefe do órgão ministerial para procedência do pedido de intervenção.

Fundamental, também, ressaltar que a declaração sobre a inconstitucionalidade do ato, seja em nível federal ou estadual, não tem o condão de torná-lo *nulo*. A pronúncia apenas constata a inconstitucionalidade, legitimando o processo de intervenção, uma vez que aquela é pressuposto deste. Neste sentido, “o Judiciário não nulifica o ato, mas apenas verifica se estão presentes os pressupostos para a futura decretação da intervenção pelo Chefe do Executivo” (LENZA, 2008, p. 224).

Em síntese, percebe-se que é assaz relevante o instituto da intervenção no Estado Federal, objetivando a manutenção da integridade federativa, assegurando a ordem, o livre desenvolvimento das coletividades regionais e, fundamentalmente, a manutenção dos princípios democráticos (MOTTA FILHO e SANTOS, 2002, p. 137) e defesa da pessoa humana.

4.2.3 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

O tema da inconstitucionalidade por omissão, assim como o do mandado de injunção, é correlato ao tema da aplicabilidade das normas constitucionais. Como se sabe, nem todas as normas constitucionais tem eficácia plena, independentemente de posterior regulamentação constitucional. Destarte, tem-se normas constitucionais auto-aplicáveis, que independem de atividade normativa derivada, e aquelas não auto-aplicáveis, dependentes de legislação regulamentadora. Não seria exagero afirmar, inclusive, serem a maioria das normas constitucionais não auto-aplicáveis, sendo um dos mais imediatos deveres do poder constituinte derivado o de potencializar tais dispositivos.

Ocorre que a prática brasileira acabou por demonstrar estar o legislador constituinte derivado muito mais interessado em *reformular* o texto constitucional do que *regulamentá-lo*, havendo sido promulgadas, até quando da elaboração deste trabalho, 66 (sessenta e seis) Emendas Constitucionais, enquanto importantes direitos constitucionalmente previstos permanecem sem regulamentação. Para se ter uma idéia, nenhuma Constituição da história brasileira estava totalmente regulamentada quando de sua revogação, ficando o jurisdicionado condenado a jazer na obscuridade jurídica (MOTTA FILHO e SANTOS, 2002, p. 117).

Exatamente ante a esta inércia histórica, a Constituição Federal de 1988 trouxe, em seu art. 103, § 2º, importante inovação no que diz respeito ao controle normativo abstrato da omissão legislativa: a chamada ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Antes do Brasil, dois sistemas constitucionais já haviam previsto instrumentos específicos para o controle abstrato da omissão legislativa: a hoje extinta Iugoslávia, na qual o Tribunal Constitucional *denunciava* a omissão à Assembléia da República (art. 377 da Constituição de 1974), e Portugal, de onde vieram as principais contribuições para o tema, primeiramente com a previsão de *recomendação* ao órgão omisso (art. 279 da Constituição de 1976, em sua redação original) e, após reforma legislativa em 1982, com a previsão de *comunicação* ao

órgão omissor para o suprimento da omissão (art. 283 da mesma Carta Constitucional), intimando-o o Tribunal Constitucional a editar as medidas necessárias, provendo aplicabilidade à norma constitucional (BERNARDES, s. d., p. 33).

Por meio da presente ação, portanto, pretende-se estabelecer uma espécie de controle jurisdicional da omissão, entendida esta como o dever previsível de qualquer dos Poderes e das autoridades de disciplinar determinada matéria (ARAÚJO e NUNES JÚNIOR, 2004, p. 59), concedendo plena eficácia às normas constitucionais dependentes de complementação infraconstitucional e, portanto, destituídas de eficácia. Objetiva, assim, o preenchimento das lacunas inconstitucionais, “doença” chamada pela doutrina de “síndrome de inefetividade das normas constitucionais”.

A inconstitucionalidade, deste modo, consiste na *conduta negativa*, incompatível com a conduta positiva constitucionalmente exigida. Porém, só há o cabimento da presente ação quando a Constituição *obriga* o Poder Público a regular uma determinada matéria, não bastando o simples *dever geral* de legislar.

Pode ser *objeto* da presente ação as normas constitucionais de eficácia limitada e as normas constitucionais de cunho programático.

Pendente o julgamento da ação, havendo revogação da norma ou encaminhamento de projeto de lei sobre a matéria ao Congresso Nacional, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão deverá ser extinta por *perda do objeto*. O mesmo se aplica, em regra, no caso de já ter sido desencadeado o processo legislativo quando de sua propositura, exceto quando não se justificar a demora na apreciação do projeto (*inertia deliberandi*) (LENZA, 2008, p. 219).

A omissão poderá ser total (absoluta) ou parcial (relativa). A primeira ocorrerá quando não se der o cumprimento do dever de legislar, enquanto a segunda ocorrerá quando, embora editada lei infraconstitucional, seja ela insuficiente.

O art. 103, § 2º, da Carta Federal fala em “inconstitucionalidade por omissão de **medida** para tornar efetiva norma constitucional” (grifo nosso). Nesse sentido, a omissão é aquela de cunho *normativo*, e não apenas legislativo, podendo advir de qualquer dos Poderes, bem como de órgãos administrativos.

O órgão competente para seu julgamento em nível federal é o Supremo Tribunal Federal, de forma originária (CF, arts. 103, § 2º, e 102, I, a), sendo legitimados para sua propositura todos os integrantes do rol do art. 103 da Carta Magna, com as mesmas peculiaridades já apontadas quanto à ação direta de inconstitucionalidade genérica. Já em nível estadual, deve-se observar o princípio da simetria constitucional, *devendo* as Constituições Estaduais prever esta forma de controle, sendo o órgão competente o Tribunal de Justiça do Estado. Os legitimados variarão de Estado para Estado, de acordo com normas próprias.

Em recente alteração legislativa, a Lei n.º 12.063, de 27 de outubro de 2009, acrescentando o Capítulo II-A a Lei n.º 9.868/99, passou a disciplinar a ação direta por omissão.

Quanto aos requisitos de admissibilidade e ao procedimento, aplicam-se subsidiariamente as disposições dos artigos 2 (dois) a 9 (nove) da referida lei à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (art. 12-E). Há, porém, pequenas distinções: o relator tem discricionariedade quanto à possibilidade de solicitação de manifestação do Advogado-Geral da União; sendo o Procurador-Geral da República o autor da ação, sua participação também não será obrigatória (art. 12-E, § 3º). Quanto a esta última distinção, observa André Rufino do Vale que,

Na prática, quando a ação é proposta pelo PGR, dificilmente seu parecer é contrário ao que defendido na petição inicial. Nesse caso, o parecer – que seria, em tese, imparcial – representa quase uma oportunidade processual de réplica em relação às defesas oferecidas pelos órgãos legislativos e pelo AGU. (2009, p. 2)

Portanto, optou o legislador por homenagear a economia processual, bem como a celeridade, sem, contudo, prejudicar-se a segurança jurídica. A desnecessidade de manifestação do Advogado-Geral da União também se mostra lógica, já sendo antes respaldada pela jurisprudência da Suprema Corte, uma vez que não há ato ou texto impugnado a ser defendido. Além disso, a previsão de rito processual semelhante passa a possibilitar a fungibilidade processual, podendo uma ação genérica ser convertida (conhecida) em ação omissiva.

Importante inovação da referida lei é a previsão expressa do direito de manifestação dos legitimados para sua propositura, por escrito, sobre o objeto da ação. Podem eles, inclusive, pedir a juntada de documentos que repute úteis ao exame da matéria (no prazo das informações) e apresentar memoriais (art. 12-E, § 1º).

Outra importante inovação é a possibilidade de concessão de *medida liminar*, antes considerada incompatível com o objeto da demanda em questão pelo Supremo Tribunal Federal.

Prevê a lei apenas um tipo de rito cautelar, em seu art. 12-F. Em caso excepcional de relevância e urgência da matéria, por quórum de maioria absoluta dos Ministros (seis), observado o quórum mínimo de instauração de oito Ministros, conceder-se-á cautelar após a audiência dos órgãos ou autoridades omissos, os quais terão prazo de 5 (cinco) dias para se pronunciarem. Se julgar necessário, poderá o Relator solicitar parecer do Procurador-Geral da República.

Quanto aos tipos de decisão em medida cautelar, manifesta-se a lei em seu artigo 12-F, § 2º: numa primeira modalidade, no caso de omissão parcial, poderá o Tribunal suspender a aplicação da lei ou ato questionado; numa segunda modalidade, também nos casos de omissão parcial, poderá o Tribunal suspender processos judiciais ou procedimentos administrativos no bojo dos quais esteja sendo discutido o dispositivo em questão, medida importante para garantir a segurança e estabilidade das relações jurídicas; e, por fim, nos casos de omissão parcial ou total, poderá o Tribunal fixar “outra providência”, consubstanciando-se em importante poder concedido ao Judiciário, podendo ser determinada, por exemplo, a aplicação, temporária e analógica, de outro dispositivo legal.

Não há prazo para propositura da ação, devendo, porém, constatar-se, quando da propositura, a existência de lapso temporal razoável, dentro do qual já teria sido possível o suprimento da omissão.

Declarada a inconstitucionalidade, ainda que em nível federal (pelo Supremo Tribunal Federal), não poderá o Poder Judiciário elaborar lei para suprir a omissão, uma vez que não há previsão na Constituição para que atue este Poder como legislador positivo atípico.

Na ação direta de inconstitucionalidade genérica, a decisão que reconhece a procedência da ação declara a lei ou ato normativo como *nulo*. Aqui, porém, como inexistente ato, o sistema prevê efeitos diversos, dependendo de onde a omissão advém: se de um dos Poderes competentes ou de órgãos administrativos.

Em se tratando de Poder competente, será dada mera *ciência* da omissão, não podendo ser fixado nenhum prazo para elaboração da lei ou ato normativo. Portanto, o Judiciário meramente *constata* a omissão, pautando-se o Poder omissivo pelos critérios da *oportunidade e conveniência* para editar a norma, sob pena de violação do princípio da independência e harmonia dos Poderes da Federação. Porém, já se manifestou a Suprema Corte, quando do julgamento da ADI n.º 3.682-3/MT, indicando prazo razoável para atuação do órgão legislativo.

A doutrina em muito criticava esta ação quando proposta por ausência de regulamentação primária, afirmando ser ela de uma ineficácia prática monumental. Justamente visando remediar esta situação, que de fato de asseverava, outra inovação da Lei n. 12.063/09 foi o art. 12-H, § 2º, que possibilita a utilização subsidiária do Capítulo IV da Lei n.º 9.868/99 à ação direta omissiva. Isso torna possível a adoção de técnicas inovadoras de decisão, como a interpretação conforme a constituição e a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, bem como a modulação dos efeitos da decisão, nas hipóteses do artigo 27. Nesse diapasão:

Ressalte-se que, muitas vezes, a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, preservada a vigência da norma por determinado período, será a única via possível ao Tribunal para solucionar questões complexas decorrentes da omissão parcial, como o clássico problema de exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade. Não se podem fechar os olhos, ademais, para a hodierna tendência do STF na prolação de *decisões manipulativas de efeitos aditivos*. (VALE, 2009, p. 3)

Caso ainda assim persista a omissão, poderá ser deferido pedido dos interessados em ajuizar ações indenizatórias contra o Estado pela omissão. Nesse

sentido, disserta Alexandre de Moraes quanto aos efeitos da ciência da omissão ao Poder Legislativo:

Declarada, porém, a inconstitucionalidade e dada ciência ao Poder Legislativo, fixa-se judicialmente a ocorrência da omissão, com efeitos retroativos *ex tunc* e *erga omnes*, permitindo-se sua responsabilização por perdas e danos, na qualidade de pessoa de direito público da União Federal, se da omissão ocorrer qualquer prejuízo. (2004, p. 656)

Caso, porém, se trate de órgão administrativo, este será intimado a editar o ato normativo, no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de responsabilidade. Aqui, também inovou a Lei n.º 12.063/09, ao prever a excepcional intimação para edição da norma em “prazo razoável”, estipulado pelo próprio Tribunal considerando-se as circunstâncias do caso concreto e o interesse público, também sob pena de responsabilidade (art. 12-H, § 1º). Portanto, permitiu a norma que o Tribunal fixe prazo mais alargado para a edição da norma, tendo em vista as limitações de recursos humanos e principalmente financeiras dos órgãos da administração pública brasileira, que por vezes tornam impossível a edição da norma no prazo breve de 30 (trinta) dias.

4.2.3.1 Diferenciação em relação ao Mandado de Injunção

Analisadas as informações relativas tanto ao mandado de injunção quanto à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, reunimos elementos suficientes a, de forma clara, estabelecer uma diferenciação precisa entre os institutos, vez que ambos são espécies de controle judicial da omissão.

Não há como confundir ou identificar os institutos, porque são essencialmente diversos, tendo como único ponto em comum a *ausência de norma regulamentadora*.

No mandado de injunção, como instrumento de tutela de direito *subjetivo*, há fiscalização *concreta* da inconstitucionalidade por omissão. Já na ação

direta de inconstitucionalidade por omissão, enquanto instrumento de tutela de direito *objetivo*, há a fiscalização *abstracta* da inconstitucionalidade por omissão. Isto é, enquanto na primeira modalidade busca-se a viabilização de um direito, liberdade ou prerrogativa obstaculizada por omissão inconstitucional numa situação *concreta*, na segunda não há necessidade de existência de um caso concreto, com conseqüente cerceamento de exercício de direitos, podendo-se proceder à análise *em tese* da omissão, levando-se em conta a vontade da Constituição.

Têm-se, assim, a distinção mais acentuada entre os institutos, que diz respeito ao modelo de controle judicial de constitucionalidade: enquanto no mandado de injunção a competência é *difusa*, isto é, espalhada, de certo modo, pelo Poder Judiciário (inteligência do art. 105, I, “h”, *in fine*), na ação direta de inconstitucionalidade por omissão a competência é *concentrada*, unicamente, no Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro.

Os institutos divergem, ainda, quanto à legitimidade ativa, uma vez que os legitimados para propositura da ação direta de inconstitucionalidade por omissão são exclusivamente aqueles elencados no art. 103, incisos I a IX, da Constituição Federal, enquanto o mandado de injunção pode ser proposto por toda e qualquer pessoa.

No que diz respeito à finalidade, novamente há diferenças, uma vez que o mandado de injunção objetiva *tornar viável* o exercício de um direito subjetivo lesado, enquanto a ação direta de inconstitucionalidade por omissão objetiva *dar efetividade* à norma constitucional, por meio de “estímulo” à produção normativa pelo órgão ou Poder competente.

Por fim, os *efeitos* dos institutos são distintos, vez que a decisão proferida em sede de mandado de injunção, dentro da posição modernamente adotada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, produz efeitos *inter partes*, restringidos aos limites e contornos do caso concreto. Já na ação direta de inconstitucionalidade por omissão os efeitos são *erga omnes*, estendendo-se a toda a coletividade jurisdicional.

4.2.4 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

Tendo por inspiração o *recurso constitucional* germânico, o *recurso de amparo* espanhol (MOTTA FILHO e SANTOS, 2002, p. 160) e o *writ of certiorati* dos Estados Unidos da América (SANTANA, 2008, p. 82), o legislador constituinte criou, no art. 102, § 1º, da Constituição Federal, mais esta modalidade de controle de constitucionalidade, no já eclético sistema constitucional de controle normativo brasileiro.

Assim dispõe o referido dispositivo legal: “§ 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”. Trata-se, portanto, de norma constitucional de eficácia limitada, dependente de edição de lei infraconstitucional reguladora, posicionamento, inclusive, adotado pelo Supremo Tribunal Federal até a edição da Lei n.º 9.882/99, que regulou a matéria.

Trata-se de forma *sui generis* de controle de constitucionalidade, albergando importantes características que o tornam peculiar em relação às demais modalidades de controle normativo previstas no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que, ainda que caracterize exercício de jurisdição constitucional concentrada, surge mediante casos concretos (SANTANA, 2008, p. 82).

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho,

Trata-se de uma ação por meio da qual a decisão sobre a inconstitucionalidade ou não de atos federais, estaduais e municipais impugnados perante juízes e tribunais pode ser avocada pelo Supremo Tribunal Federal. Quer dizer, será sustado o andamento da ação em que essa inconstitucionalidade está em discussão – e outras que tratem da mesma questão –, até que essa Corte decida a questão. E a orientação, pró ou contra a constitucionalidade, prevalecerá para todas as demandas que a envolverem. (2007, p. 41)

Ocorre que se omitiu o legislador, tanto originário quanto derivado, de conceituar *preceito fundamental*, cabendo esta importante tarefa à doutrina e à jurisprudência. Até o momento, porém, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, órgão responsável pela uniformização da jurisprudência constitucional, não definiram

o alcance do que entendem por preceito fundamental, limitando-se a, em alguns casos, defini-lo por exclusão (LENZA, 2008, p. 211-212).

Embora haja divergência entre os intérpretes do direito quanto ao alcance da definição dos chamados preceitos fundamentais, concordamos com o posicionamento de Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, segundo os quais tal conceituação abrange aqueles preceitos indispensáveis à configuração de uma Constituição, isto é, as normas materialmente constitucionais, a saber: as que identificam a forma e a estrutura do Estado; o sistema de governo; a divisão e o funcionamento dos Poderes; os princípios fundamentais; os direitos fundamentais; a ordem econômica e a ordem social *etc.* (ARAÚJO e NUNES JÚNIOR, 2004, p. 57). E parece ser este, de fato, o entendimento mais acertado, sendo corroborado por Uadi Lammêgo Bulos (2008, p. 1030).

Destarte, entendemos como *preceito fundamental* aqueles dispositivos constitucionais de natureza principiológica que, servindo de alicerce, estabelecem os comandos basilares à defesa da manifestação constituinte originária e ao Estado Democrático de Direito.

O órgão competente para apreciar a arguição de descumprimento de preceito fundamental é o Supremo Tribunal Federal, de forma originária. Parece-nos que o instituto tem contornos nitidamente federais, sendo inaplicável no âmbito estadual. De fato, nenhum dos Estados membros da Federação reproduziu o instituto em suas Constituições. Tem-se, assim, um sistema ultra concentrado de jurisdição constitucional, que pretende unificar o entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (MOTTA FILHO e SANTOS, 2002, p. 164)

Quanto à legitimação, podem propor a presente ação os mesmos legitimados para propositura da ação direta de inconstitucionalidade genérica (art. 103, I a IX, da Constituição Federal e art. 2º, I a IX, da Lei n.º 9.868/99), com as observações já feitas quando dos comentários quanto a esta ação. O art. 2º, II, da Lei n.º 9.882/99 permitia legitimação a *qualquer pessoa* lesada ou ameaçada por ato do Poder Público, mas foi vetado pelo então Presidente da República. Apesar disto, o art. 2º, § 1º, estabelece a faculdade de qualquer interessado *representar* ao Procurador-Geral da República para propositura de arguição de descumprimento de preceito fundamental. A propositura da ação, todavia, é medida *discricionária* do chefe do Ministério Público Federal, pautada pelos critérios da oportunidade e da

conveniência. Trata-se de reprodução infralegal do direito de petição, previsto no art. 5º, XXXIV, “a”, da Constituição Federal.

A Constituição prevê uma única forma de ação (a do art. 103, § 1º, acima transcrita). Todavia, a Lei n.º 9.882/99 trouxe dois instrumentos distintos. A primeira delas está presente no *caput* do art. 1º da referida lei, segundo o qual “a arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto *evitar* ou *reparar* lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”. Trata-se, portanto, de modalidade constitucionalmente prevista, chamada pela doutrina de ação autônoma ou sumária. A segunda, por sua vez, encontra-se no inciso I do mesmo artigo, dispondo também caber a arguição “quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”. A lei, portanto, inovou, trazendo hipótese não prevista na Constituição, de duvidosa constitucionalidade, chamada pela doutrina de arguição por equivalência ou equiparação.

A Constituição Federal apenas autorizou a apreciação pela Suprema Corte da *arguição de preceito fundamental, na forma da lei*. Inexiste previsão expressa para a modalidade do inciso I, tendo utilizado-se o legislador de manobra antijurídica para ampliar a competência do Supremo Tribunal, que segundo a doutrina e jurisprudência pacíficas, somente pode ser fixada pela Constituição. Desta arte, embora se reconheça sua utilidade, entendemos que somente mediante Emenda Constitucional ao art. 102, I, “a”, da Constituição Federal se poderia permitir a segunda hipótese de arguição, motivo pelo qual, nos alinhamos ao posicionamento de Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2004, p. 56), Pedro Lenza (2008, p. 215) e Alexandre de Moraes (2004, p. 669), reputando tal dispositivo inconstitucional.

Destarte, em síntese, a lei possibilita a arguição de descumprimento de preceito fundamental em três hipóteses: para *evitar* lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público; para *reparar* lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público; e, por fim, quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição Federal de 1988. Destaque-se, quanto à

terceira hipótese, a necessidade de demonstração de divergência constitucional relevante na aplicação do ato normativo impugnado.

De acordo com o art. 4º, § 1º, da Lei n.º 9.882/99, não será admitida arguição toda a vez que a controvérsia puder ser solucionada por outra modalidade de controle *abstrato* (objetivo). Trata-se do chamado *princípio da subsidiariedade* ou do *exaurimento das instâncias*, admitido no recurso constitucional alemão e no recurso de amparo espanhol (MOTTA FILHO e SANTOS, 2002, p. 163). Todavia, tendo tal caráter subsidiário, aplica-se a *fungibilidade*, podendo a arguição ser conhecida pelo Supremo Tribunal Federal como ação direta de inconstitucionalidade genérica (LENZA, 2008, p. 217).

Proposta a ação, o Ministro relator analisará a *regularidade formal* da petição inicial, que deverá conter os requisitos do art. 282 do Código de Processo Civil, bem como: a indicação do preceito fundamental que se reputa violado; a indicação do ato violador; a prova da violação; o pedido, especificado; a comprovação de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito violado, se for o caso (LENZA, 2008, p. 213). Ainda, a petição inicial deverá vir acompanhada de duas vias, instrumento de mandato, se for o caso, cópias do ato questionado e documentos para comprovar a impugnação (art. 3º, parágrafo único, da Lei n.º 9.882/99).

O relator poderá indeferir liminarmente a petição inicial, não sendo caso de arguição, ausente um dos requisitos apontados ou em caso de inépcia da peça inicial, decisão da qual cabe recurso de *agravo*, dentro de 5 (cinco) dias (art. 4º, *caput* e § 2º, da referida lei).

Poderá ser concedida *medida liminar* por decisão da maioria absoluta dos Ministros do Pretório Excelso (art. 5º da referida lei), deferida ao relator a possibilidade de, previamente, ouvir o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, no prazo comum de 5 (cinco) dias. Em hipóteses excepcionais, poderá ser deferida liminar pelo próprio relator, *ad referendum* do Plenário da Corte: período de recesso; perigo de lesão grave; ou em caso de extrema urgência. A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento

de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada (art. 5º, § 3º, da referida lei).

Apreciado o pedido de liminar pelo relator, solicitará ele as informações necessárias às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de 10 (dez) dias. Poderá, igualmente, caso entenda necessário, ouvir partes dos processos que ensejaram a argüição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para emitir parecer sobre a questão ou mesmo fixar data para declarações de pessoas com experiência e autoridade na matéria, em audiência pública (art. 6º, *caput* e § 1º da Lei n.º 9.882/99). Também poderá autorizar sustentação oral e juntada de memoriais por requerimento dos interessados no processo (art. 6º, § 2º, da mesma lei). Admite-se, portanto, a figura do *amicus curiae* na argüição de descumprimento de preceito fundamental.

Após, o relator lançará relatório, emitindo cópias a todos os Ministros, requerendo agendamento de data para julgamento. A argüição somente será proferida pelo quórum de maioria absoluta do art. 97 da Carta Federal, observado o quorum de instauração da sessão de pelo menos 2/3 dos Ministros, isto é, 8 (oito) – art. 8º da mesma lei. A decisão que julga procedente ou improcedente a argüição é irrecurável, não podendo ser atacada por ação rescisória (art. 12 da lei).

Julgada a ação, as autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos impugnados serão comunicadas, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental (art. 10 da referida lei). A decisão é imediatamente auto-aplicável, determinando o Presidente do Supremo Tribunal seu imediato cumprimento, sendo lavrado acórdão dentro do prazo de 10 (dez) dias, contado a partir do trânsito em julgado da decisão. A parte dispositiva da decisão será publicada em seção especial do *Diário da Justiça* e do *Diário Oficial da União* (art. 10, § 2º).

A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público, bem como efeito *ex tunc* (retroativo).

Tal como ocorre na ação genérica, pode excepcionar-se a regra geral do *princípio da nulidade* em razão da segurança jurídica ou de excepcional interesse social. Nesse sentido, o art. 11 da referida lei, *ipsis litteris*:

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 2/3 (dois terços) de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado (**ex nunc**) ou de outro momento que venha a ser fixado. (grifo nosso)

É lícita, portanto, a *modulação de efeitos*, também em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental.

4.2.5 Ação Declaratória de Constitucionalidade

Introduzida no ordenamento constitucional brasileiro pela Emenda Constitucional n.º 03, de 17 de março de 1993, a ação declaratória de constitucionalidade é a última das cinco espécies de controle normativo abstrato previstas pela Constituição Federal, encontrando previsão no art. 102, I, “a”, bem como em seu § 2º.

Quando da promulgação da citada Emenda Constitucional, não faltaram vozes advogando pela inconstitucionalidade da ação. Alegou-se violação à separação dos Poderes, ao acesso e independência do Judiciário, ao devido processo legal, ao contraditório, à ampla defesa, ao duplo grau de jurisdição, bem como que transformava ela o Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Judiciário brasileiro, em mero órgão consultivo auxiliar do Legislativo (SANTANA, 2008, p. 149). No sentido desta última alegação, dissertam Sylvio Clemente da Motta Filho e William Douglas Resinente dos Santos:

A ADC transforma o Supremo em uma espécie de legislador de segunda instância, com a missão de carimbar no texto da lei um “aceite” que a proteja da jurisdição própria do controle pela via indireta ou difusa. (2002, p. 143)

Todavia, desde o princípio o Supremo Tribunal Federal se inclinou pela *constitucionalidade* da ação declaratória de constitucionalidade, inclusive considerando as disposições constitucionais como de aplicabilidade *imediata*. Portanto, no período entre 1993 e 1999, quando foi finalmente editada a Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999, que regula o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, a ação foi normalmente utilizada, vez que independia de regulamentação infraconstitucional.

Esta ação, que não encontra paradigma perfeito no direito comparado (MOTTA FILHO e SANTOS, 2002, p. 143), tem por finalidade precípua transformar a presunção relativa (*juris tantum*) de constitucionalidade da lei ou ato (regra geral) em presunção absoluta (*jure et de jure*), não mais se admitindo prova ou decisão judicial em sentido contrário, em sede de controle normativo concreto (via difusa). Visa, portanto, afastar um quadro de grave insegurança jurídica ou incerteza quanto à constitucionalidade de uma lei ou ato, preservando a supremacia da Constituição.

Destarte, cuida tal ação de abreviar o tempo no qual o Supremo Tribunal se pronunciará sobre a constitucionalidade concreta de certo ato, afastando a incerteza e, conseqüentemente, a insegurança jurídica, fixando uma orientação vinculante quanto à matéria. Neste diapasão, disserta Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

[...] às vezes por longo período de tempo persistia dúvida sobre a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal, não tendo havido o julgamento final de argüição de inconstitucionalidade da mesma perante os tribunais e juízos inferiores. Por força da inovação, o Supremo Tribunal Federal, que antes só poderia ser chamado, por via direta, a manifestar-se sobre a inconstitucionalidade de uma lei, pode agora ser provocado para declarar a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. (2007, p. 42)

Ante o exposto, percebe-se ter ela como objeto lei ou ato normativo *federal*, diferentemente da ação direta de inconstitucionalidade genérica, que englobam também os atos estaduais. Este tema, porém, divide a doutrina, que não chega a consenso quanto à possibilidade de sua reprodução em nível estadual, por

ausência de previsão constitucional expressa. Alexandre de Moraes (2004, p. 657), em posicionamento minoritário, entende *possível* a reprodução estadual, desde que respeitado o princípio da simetria. Pedro Lenza (2008, p. 227), Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2007, p. 42), José Afonso da Silva (2008, p. 59), Sylvio Clemente da Motta Filho e William Douglas Resinente dos Santos (2002, p. 143) e Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2004, p. 52), entendem pela *impossibilidade* de reprodução pelos Estados membros.

A ação é de competência originária do Supremo Tribunal Federal, conforme art. 102, I, “a”, da Carta Federal. Quanto aos legitimados, antes da Reforma do Judiciário eram eles apenas o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal a Mesa da Câmara dos Deputados e o Procurador-Geral da República. Porém, com a Emenda Constitucional n.º 45 (Reforma do Judiciário), de 08 de dezembro de 2004, ampliou-se a esfera de legitimidade, passando a serem partes legítimas para a propositura da ação os mesmos que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade genérica (CF, art. 103), aplicando-se as observações já feitas quando desta ação.

Quanto ao procedimento, é praticamente o mesmo da ação direta de inconstitucionalidade genérica, com algumas observações.

A petição inicial deverá ser apresentada em duas vias, acompanhada de cópias do ato normativo questionado e dos documentos necessários à comprovação da procedência do pedido. Deve indicar, também, o dispositivo de lei ou ato normativo impugnado, os fundamentos jurídicos do pedido e o pedido, individualizado e especificado (art. 14, I e II, da Lei n.º 9.868/99). Se proposta por advogado, deverá vir acompanhada de instrumento de procuração (art. 14, parágrafo único).

Ainda, e mais importante, deverá ser demonstrada a existência de *controvérsia judicial relevante* sobre a aplicação do dispositivo objeto da ação declaratória (art. 14, III). Segundo Izaias José de Santana,

A exigência de divergência é para garantir celeridade e segurança jurídica, evitando-se intermináveis disputas judiciais a respeito da constitucionalidade de uma norma, fenômeno comum no sistema de controle difuso, sem precedente vinculante. (2008, p. 151)

A petição inicial inepta, não fundamentada e a manifestamente improcedente sofrerão indeferimento liminar pelo relator, decisão da qual cabe agravo (art. 15, *caput* e parágrafo único).

Após indispensável parecer do Procurador-Geral da República (art. 19), o relator lançará parecer, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento (art. 20).

Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria (art. 20, § 1º).

O relator poderá solicitar, ainda, informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma questionada no âmbito da sua jurisdição (art. 20, § 2º).

As informações, perícias e audiências a que se refere acima serão realizadas no prazo de 30 (trinta) dias, contado da solicitação do relator (art. 20, § 3º).

O art. 18, § 2º, que, com idêntica redação ao art. 7º, § 2º, aplicável à ação genérica, expressamente permitia a figura do *amicus curiae* em sede de ação declaratória de constitucionalidade foi vetado pelo Presidente da República. Nas razões do veto, se pronunciou o então Presidente da República no seguinte sentido:

[...] o veto ao § 2º constitui conseqüência do veto ao § 1º. Resta assegurada, todavia, a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, por meio de interpretação sistemática, admitir no processo da ação declaratória a abertura processual prevista para a ação direta no § 2º do art. 7º. (CARDOSO, 1999, s. p.)

Assim, é perfeitamente possível a aplicação analógica da regra que permite o *amicus curiae* na ação direta (art. 7º, § 2º) à ação declaratória.

Não se admitirá desistência ou intervenção de terceiros no processo de ação declaratória de constitucionalidade (arts. 16 e 18). A decisão é irrecorrível, não podendo ser objeto de ação rescisória, salvo interposição de embargos de declaração. Não há possibilidade de nova análise contestatória da matéria ainda que sob a alegação de novos argumentos que ensejariam em sentido contrário à decisão, uma vez que o Supremo Tribunal Federal, quando atua em sede de controle concentrado, não se vincula à causa de pedir, mas ao pedido, tendo cognição plena da matéria, esgotando todos os seus aspectos constitucionais (MORAES, 2004, p. 664).

O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de *medida cautelar* na ação declaratória de constitucionalidade, consistente na determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo (art. 21, *caput*).

Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do *Diário Oficial da União* a parte dispositiva da decisão, no prazo de 10 (dez) dias, devendo o Tribunal proceder ao julgamento da ação no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, sob pena de perda de sua eficácia (art. 21, parágrafo único).

Todavia, mesmo ante a taxatividade do texto constitucional (decisões *definitivas* de mérito) e ausência de previsão expressa na Lei n.º 9.868/99, o Supremo Tribunal Federal já concedeu medida cautelar com efeito vinculante e *erga omnes*, até o julgamento final da ação, tendo em vista o chamado “poder geral de cautela” da Corte, destinado a garantir a utilidade do processo de controle normativo abstrato, impelindo retardamento na apreciação que possa culminar em comprometimento do resultado definitivo do julgamento (MORAES, 2004, p. 662) (LENZA, 2008, p. 229).

Quanto às implicações das decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal, produzem elas efeitos vinculantes e *ex tunc* contra todos (*erga omnes*), relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo. Além disso, tem elas efeito (ou caráter) *dúplice* ou *ambivalente*, significando que, julgada *constitucional* a lei ou ato normativo federal, impossibilita-se o ataque desta por meio de ação direta de inconstitucionalidade genérica, e vice-versa.

Poderá o Supremo, ainda, julgar a lei ou ato normativo parcialmente constitucional, com a retirada parcial da norma do ordenamento, com efeito *ex tunc*. Poderá também declarar a norma constitucional, desde que interpretada de determinada forma (interpretação conforme a Constituição). Nesta hipótese, a interpretação fixada pelo Pretório Excelso torna-se *vinculante* para os demais órgãos do Poder Judiciário e para as autoridades administrativas, de forma geral (MORAES, 2004, p. 664).

5 A ATIVIDADE JURISDICIONAL E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Uma vez explanados os principais meios postos a serviço da jurisdição constitucional para a salvaguarda dos direitos humanos, entendemos por relevante, antes de proceder à conclusão, tecer algumas breves, porém incisivas, considerações a respeito da atividade jurisdicional na proteção destes preciosos direitos, principalmente no tocante à atuação dos magistrados.

A finalidade última do Direito é a proteção da pessoa humana (considerada em seu mais amplo aspecto), não bastando que o ordenamento jurídico se limite a pronunciar o “primeiro dos direitos”: no dizer da jusfilósofa alemã Hannah Arendt, o “direito a ter direitos”. É necessário, também, o asseguramento dos direitos humanos, razão de ser do surgimento do próprio constitucionalismo. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, à qual já nos referenciamos, já estabelecera, em seu art. XVI, que: *“Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n’est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n’a point de Constitution.”*¹¹. E a Lei Fundamental, cume do sistema jurídico piramidal interno, cujo fundamento de validade reside na proteção aos direitos humanos, indicou, dentro da organização sócio-política brasileira, o Poder Judiciário como responsável para realização da proteção aos direitos humanos frente a ameaças, bem como o “castigo” dos responsáveis por sua violação.

Assim sendo, é tarefa primordial do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito a consecução da justiça, em sua mais reta razão (*recta ratio*). Os magistrados, deste modo, pelejando nas “linhas de frente” junto ao jurisdicionado, desempenham (ou ao menos deveriam desempenhar) papel relevante na efetivação dos direitos humanos.

Todavia, para que se atinja toda a amplitude que este papel exige (até mesmo pela relevância do tema), é necessário que a atividade jurisdicional se auto-insira dentro de uma faceta mais positiva, encontrando-se os juízes e tribunais

¹¹ Em tradução livre: “Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição”.

obrigados, por meio de aplicação, interpretação e integração, a outorgar às normas de direitos humanos fundamentais a maior eficácia possível no âmbito jurídico.

Não se trata de *arbitrariedade decisória*, mas do exercício da função julgadora pautado nos ditames principiológicos, como a moralidade, a justiça e a dignidade da pessoa humana, estabelecidos não só pela Constituição, mas gravados na consciência da coletividade.

Nas palavras de Juvêncio Gomes Garcia, “o direito é uma obra inacabada e inconclusiva que vai se perfazer com a interpretação, uma vez que o ordenamento jurídico é uma incompletude completável” (1996, p. 41-50). Destarte, exercendo atividade interpretativa nas lides em que pronunciar-se, caberá ao juiz o preenchimento de conceitos jurídicos indeterminados, vazios e abstratos, sendo que, quando entender que normas ou princípios relativos a direitos humanos incidem na matéria trazida à sua apreciação, deve aplicá-las de imediato.

Surge, de tal modo, a interpretação como “criadora” do direito, atuando o juiz, nos termos da proposição de Mauro Cappelletti, como “Law making judge”. Não reside na atividade “criativa-interpretativa”, porém, novidade alguma. Isto é, é intrínseco à interpretação judiciária do direito legislativo relativo grau de criatividade, uma vez que

[...] mesmo o uso da mais simples e precisa linguagem legislativa, sempre deixam, de qualquer modo, lacunas que devem ser preenchidas pelo juiz e sempre permitem ambigüidades e incertezas que, em última análise, devem ser resolvidas na via judiciária. (CAPPELLETTI, 1993, p. 20-21)

Portanto, a discricionariedade das decisões judiciais está intimamente ligada às lacunas ou espaços livres deixados pela norma (*vacuum juris*), especialmente quando do uso de *conceitos jurídicos indeterminados*, cabendo ao magistrado valorá-la do modo que entender mais conveniente, de acordo com a dinâmica dos fatos sociais (COUTINHO, 1998, p. 127).

Conseqüentemente, os principais criadores do direito não só podem ser, como frequentemente são os juízes, chamados a dar vida a um texto que, por si só, é morto. Eles representam, deste modo, a palavra final da autoridade estatal.

Toda vez que atuam, emitem vestígios de uma “filosofia social”, emprestando direção à atividade de criação do direito. Destarte, a jurisprudência criadora, muitas vezes, precede as legislações, vindo posteriormente o legislador, como uma simples testemunha, apenas a reafirmar a existência do progresso já concretizado por meio da via judicial. Segundo Sálvio de Figueiredo Teixeira,

Mesmo em países do *Civil Law*, de sistema codificado, a autêntica criação do direito ocorre com freqüência maior nas decisões judiciais do que na produção legislativa. A construção normativa contida na jurisprudência interfere até no processo legislativo [...] (2003, p. 7)

Esta verdadeira revitalização da atividade jurisdicional já serviu de respaldo, por meio de arrestos judiciais, ao avanço das lutas de diversos movimentos sociais, a exemplo das minorias negras marginalizadas dos Estados Unidos da América, que conseguiram o reconhecimento de igualdade no exercício da cidadania, em muito devido a decisões da Suprema Corte Americana (COUTINHO, 1998, p. 98).

Como já afirmara Hans Kelsen em sua obra “Teoria Geral do Direito e do Estado”: “Uma decisão judicial [...] é um ato pelo qual uma norma geral, um estatuto, é aplicada, mas, ao mesmo tempo, uma norma individual é criada obrigando uma ou ambas as partes que estão em conflito” (1998, p. 194). Portanto, a interpretação feita pelo órgão aplicador do direito é sempre, e necessariamente, criadora.

Ou seja, é fundamental que o catálogo de direitos humanos fundamentais seja tido como princípio informador básico da atividade interpretativa, de modo que os juízes, ao exercerem interpretação do Direito com base naquele catálogo, venham a verdadeiramente tutelar a pessoa humana.

Assim, assumindo compromisso com a justiça social, coligado ao saber jurídico associado à realidade brasileira, os magistrados, assumindo um posicionamento mais democrático, devem buscar compreender o alcance finalístico e sociológico das leis, tornando-se verdadeiramente compromissados com a

distribuição da justiça, acima de tudo social. Nesse sentido, a lição de Heliana Maria de Azevedo Coutinho:

Os ideais de igualdade e justiça social, consagrados pela Constituição Federal de 1988, descritos no preâmbulo e no capítulo que trata dos direitos e garantias fundamentais, são regras de Direito público, traduzindo-se em princípios que devem ser observados pelos juízes na tomada de suas decisões. (1998, p. 114)

Assim, para que haja efetiva proteção e defesa dos direitos humanos fundamentais, o juiz deve considerar, quando do julgamento, a diferente natureza das normas componentes do “sistema de direitos humanos” (COMPARATO, 2001, p. 7). Quer dizer, deve ter plena consciência do âmbito atuação dos princípios constitucionais, sendo provido de argúcia suficiente para detectar seu alcance (TEIXEIRA, 2003, p. 9).

Os princípios, como verdadeiras espécies normativas “abertas”, buscam englobar aquelas situações que não poderiam ser embarcadas por uma norma geral e abstrata, isto é, que não poderiam ser precisadas antecipadamente. São, mais do que isso, normas do que deve ser (*ought-to-be-norms*), dizendo respeito a um estado ideal de coisas, a ser alcançado. Segundo Humberto Ávila:

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. (2005, p. 51)

E tal “conduta havida como necessária à sua promoção”, a que se refere Ávila, passa, necessariamente, também pela faceta positiva dos magistrados, quando no exercício da atividade jurisdicional, pela qual aqui se advoga.

Os princípios são, portanto, muito mais do que simples sugestões de natureza programática, caracterizando-se em verdadeiras normas políticas que,

notadamente quando referentes à direitos humanos, têm eficácia plena e imediata, dispensando a intermediação por normas reguladoras. Nesse sentido as disposições mesmo de nossa Constituição Federal, art. 5º, § 1º, nos seguintes termos: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Portanto, ainda que não provocado, o magistrado sempre está autorizado a proceder à aplicação imediata de um princípio.

Tal posicionamento não implica em ilegalidade, uma vez que:

A dinâmica criação do Direito parte dos Princípios Fundamentais, da hermenêutica jurídica e da revitalização dos conceitos jurídicos, encontrados na sua maioria dentro da própria norma elaborada pelo legislador. O instrumento legal é a base sólida em que se apóiam a criatividade da jurisdição e a legitimação das decisões judiciais. É no esteio legal que o juiz encontra respaldo para atuar criativamente, dentro da discricionariedade que lhe confere a função, na valoração sociológica da norma. Sendo ele um agente do poder estatal, suas decisões são imbuídas de um claro e legítimo conteúdo político social. (1998, p. 119)

Muito embora esta prerrogativa hermenêutica não seja ilimitada, a justa atuação funcional dos magistrados passa por esta necessidade de flexibilização interpretativa, aplicando as normas do modo mais adequado e justo possível ao caso concreto.

Desta arte, os ditames principiológicos atinentes aos direitos humanos fundamentais constituem, dentro da organização estrutural do Estado brasileiro, parâmetros objetivos de julgamento, se impondo ao magistrado, quando da tomada de suas decisões.

Assim, deve-se ter sempre em mente que não são apenas as regras técnicas que inspiram o julgamento, mas também, e, sobretudo, os princípios, notadamente aqueles atinentes à salvaguarda da pessoa humana. Dentro deste diapasão, deve-se combater ao máximo o apego excessivo ao formalismo:

É preciso ter muito claro [...] que para a real proteção judicial dos direitos humanos não é suficiente e, pelo contrário, é perigoso só cumprir

formalidades judiciárias, ter uma aparência de proteção judicial, que adornece a vigilância e que não é, porém, mais do que uma ilusão de justiça. (DALLARI, 2007, p. 38)

Esta inclinação excessiva pelas formalidades judiciárias acaba por transformar-se, embora despercebidamente, em meio pelo qual os próprios juízes, coadunando indiretamente com as violações aos direitos humanos, transformam-se em agentes violadores. De tal modo,

Conicionados por uma visão exclusivamente formalista do direito, esses juízes concebem o respeito das formalidades processuais como o objetivo mais importante da função judicial. Não se sensibilizam pelas mais graves violações de direitos humanos, desde que sejam respeitadas as formalidades. Por isso se pode dizer que os juízes formalistas são cúmplices inconscientes dos violadores de direitos humanos e concorrem de maneira significativa para combater sua impunidade. (DALLARI, 2007, p. 40)

O apego excessivo à lógica formalista-positivista, que tem muitas vezes origem na formação jurídica viciada, faz com que se olvidem do fato de que esta posição passiva torna-se verdadeiro obstáculo à consecução da justiça, dificultando a consideração dos direitos envolvidos na relação processual.

Exatamente por isso, o preparo dos magistrados transforma-se em verdadeiro fator de razoabilidade da justiça. O conhecimento da lei e domínio de técnicas processuais não é mais o bastante. Hoje, é necessário também a adoção de técnicas eficazes de otimização dos instrumentos de prestação jurisdicional, bem como de uma postura entusiasta e interessada de cada magistrado, evitando-se ao máximo a acomodação.

Por isso, o processo de formação dos novos magistrados, bem como de atualização contínua dos que já se encontram nos quadros judiciais, de modo a que neles se incuta que sua função não se limita a “dizer o direito”, mas, acima de tudo, a fazer justiça, é fator de razoabilidade, conferindo à prestação jurisdicional respaldo social. Isto é, acaba-se por fornecer,

[...] ao conjunto de pessoas cujos bens da vida se submetem um dia aos caprichos da Justiça humana, a confiança num serviço transparente, a defluir de homens cuja formação e aperfeiçoamento pode ser objetivamente aferido e com padrões suscetíveis de cotejo com Estados de estágio de civilização ou desenvolvimento mais acentuado. (NALINI, 1992, p. 124)

Esta transparência, de índole essencialmente democrática, se concretiza em relevante componente do Estado de Direito, se encontrando hoje a publicidade dos atos processuais expressamente inscrita em nossa ordem constitucional, no inciso IX do art. 93 da Constituição Federal.

Portanto, é necessária consciência crítica dos próprios magistrados quanto ao relevante mister que lhes incumbe, devendo-se sempre submeter a legislação elaborada pelo Poder Político à análise de compatibilidade com as normas, valores e princípios constitucionais e com os tratados internacionais relativos aos direitos humanos, isto é, com o moderno direito humanitário. Sem esta necessária consciência crítica, ou seja, procedendo-se à aplicação cega e automática da lei, corre-se o risco de desempenhar o papel coadjuvante de “reprodutor das relações de domínio”. Segundo Luiz Flávio Gomes,

O juiz, por isso, tem que ter consciência de que é um instrumento do poder e saber que papel está cumprindo: se está atrelado à clássica *ideologia da neutralidade* (asséptica), será um *funcional* instrumento do Poder Político; se deseja, não obstante, superar tal ideologia, deve ter consciência *ética* de sua tarefa, constitucionalizando-se e transformando-se assim em instrumento da Justiça, socialmente equilibrada e equitativa. (1997, p. 107)

Mas para que se transforme o magistrado em “instrumento da Justiça”, é também fundamental, um aprimoramento de conhecimentos no tocante às normas internacionais de proteção dos direitos humanos, uma vez que as condições e efeitos de sua integração ao sistema jurídico nacional ainda são questões obscuras para muitos operadores do direito.

No mundo moderno, a tutela efetiva dos direitos fundamentais carece da internacionalização da proteção jurisdicional, exigindo-se não só reconhecimento da competência dos órgãos e cortes internacionais de fiscalização e proteção, como também a concessão de maior eficácia e aplicabilidade possível aos tratados e convenções internacionais relativos aos direitos humanos, fontes do direito internacional dos direitos humanos e equivalentes em hierarquia a nossa ordem jurídica constitucional (inteligência do art. 5º, § 3º da Constituição Federal).

Como “o sistema de direitos humanos está situado no ápice do ordenamento jurídico, e constitui a ponte de integração do direito interno ao direito internacional” (COMPARATO, 2001, p. 1), em caso de conflito entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno, a solução não pode se dar, simplesmente, com base na pretensa superioridade hierárquica da Constituição. Por nosso sistema integrar, dentro de um mesmo ordenamento, tanto direito internacional quanto interno, o intérprete deve buscar legitimar sua decisão com base no princípio supremo que legitima este sistema, como um todo unitário: a dignidade da pessoa humana.

Portanto, nunca é demais lembrar que os tratados de direitos humanos se projetam em nosso direito constitucional, por determinação de nossa própria Constituição Federal, enriquecendo as hipóteses de defesa eficaz dos direitos humanos.

Deste modo, os direitos humanos encontram guarida e amparo não só no ordenamento constitucional (interno), mas também no plano internacional, *complementariamente* (inteligência do art. 5º, § 2º, c.c. art. 4º, II, ambos da Carta Federal).

Segundo Antônio Augusto Cançado Trindade,

Com a desmistificação dos postulados do positivismo voluntarista, tornou-se evidente que só se pode encontrar uma resposta ao problema dos fundamentos e da validade do direito internacional geral na *consciência jurídica universal*, a partir da asserção da idéia de uma justiça objetiva. Como uma manifestação desta última, têm-se afirmado os direitos do ser humano, emanados diretamente do direito internacional, e não submetidos, portanto, às vicissitudes do direito interno (2006, p. 401)

Quer dizer, caso as respostas das instituições nacionais (e aqui tida em pleno destaque a dos órgãos jurisdicionais) logrem-se insuficientes, falhas, ou mesmo inexistentes, entra em cena a fiscalização e controle exercido pela comunidade internacional, por meio dos sistemas globais e regionais de proteção, visando a reparação das violações a direitos humanos.

É primordial o despertar desta “consciência jurídica universal”, como fator de humanização do direito internacional contemporâneo, situando-se a pessoa humana num plano central e tendo-se em vista a erradicação dos problemas que afligem toda a humanidade, de modo a, até mesmo, despertar a fé na própria justiça humana (TRINDADE, 2006, p. 402-404).

Por fim, é imperativo também o fomento ainda maior de uma “cultura dos direitos humanos”, sendo necessário que a sociedade civil torne-se “intérprete diária” do texto constitucional, uma vez que é exigência democrática a necessidade de educação da população quanto a seus direitos humanos fundamentais. Afinal de contas, a base de uma sociedade democrática reside nos cidadãos terem ciência dos seus direitos, para que sejam devidamente observados e protegidos (uma vez que não há liberdade, desenvolvimento ou dignidade sem educação).

É bem verdade que a questão da educação atravessa a própria esfera de competência do Poder Judiciário, sendo tarefa, prioritariamente, do Poder Executivo. Todavia, o Judiciário brasileiro se encontra suficientemente aparelhado para, per si, assumindo uma postura positiva, instruir nossa população quanto a seus direitos, deveres, ônus e prerrogativas, por meio de palestras ministradas nas escolas, distribuição de cartilhas informativas, propagandas televisivas *etc.*

Ademais, ao tratar de questões relativas a direitos sociais, a exemplo da educação, seria incompatível que se alegasse que tais direitos apenas podem concretizar-se por meio de implementação de políticas públicas, derivadas de deliberação exclusiva do Poder Executivo, pautada pelos critérios da oportunidade e conveniência.

Eventualmente tratando do direito educacional, é dever do Poder Judiciário apreciar a questão com base nos princípios constitucionais que orientadores do Estado Democrático brasileiro, outorgando ao titular do direito social

violado a satisfação de uma pretensão, que, em essência, é direito fundamental. Afinal de contas, o que se pede ao Judiciário não é a implementação de um programa de ação governamental (o que não seria possível, sob pena de violação do princípio da independência e harmonia dos Poderes), mas o contentamento de um direito inerente à natureza humana, o qual não pode ser denegado pelo Poder Judiciário, sob pena de denegação da justiça (COMPARATO, 2001, p. 10).

Em suma, muitos são os empecilhos à difusão da “cultura dos direitos humanos”, que objetiva, acima de tudo, ampliar ao máximo sua proteção e reduzir a impunidade dos seus violadores. Dentro desta perspectiva, cabe à magistratura papel ativo na consecução deste resultado, exigindo-se labor permanente e determinado para superação de tão nefastos obstáculos. Não se trata, porém, de tarefa impraticável. Uma vez assumida por magistrados realmente empenhados com a realização da justiça, sem desalento, passa a haver justa atuação funcional dos juízes, de acordo com os ditames principiológicos que regem o Estado Democrático de Direito, princípios orientadores de toda a atividade interpretativa em nosso direito.

5 CONCLUSÃO

Ante o exposto no presente ensaio, pode-se chegar a algumas conclusões quanto à jurisdição constitucional como instrumento de salvaguarda dos direitos humanos, dentre as quais se destacam as que se encontram manifestas abaixo.

Primeiramente, resta cristalino que é imperativo a instituição de um sistema de defesa, guarda e curadoria dos direitos humanos fundamentais. Em vão teria sido toda a luta histórica entre o homem e o Estado para reconhecimento de direitos invioláveis inerentes à natureza humana se não existisse tal engrenagem limitadora dos poderes outrora ilimitados dos soberanos.

Independente de quem seja investido na prerrogativa de proteção destes preciosos direitos, seja um dos Poderes ou um órgão apartado da Trindade dos Poderes, é necessária a investidura de um mecanismo para efetivação desta proteção, sob pena de violação da própria essência democrática.

Surge, deste modo, a jurisdição constitucional, asseguradora da *voluntas* da Lei Fundamental, considerada em amplo aspecto, englobados também seus ditames principiológicos informadores. Destarte, buscando a defesa da supremacia da Constituição e da ordem democrática, têm-se a jurisdição constitucional, com sua função de interpretar e indicar o sentido da Constituição, de modo a fazer valer sua força e vontade.

A jurisdição constitucional tem como objeto capital tanto leis alegadamente incompatíveis com o texto constitucional quanto qualquer ato imediatamente subordinado à Constituição. Engloba, portanto, tanto o controle de legalidade quanto o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, devendo extirpar do *ordo juris* tanto aquelas leis ou atos incompatíveis, imediatamente, com a Lei Fundamental, quanto àquelas leis ou atos incompatíveis com outras leis ou atos, superiores em hierarquia, dentro do escalonamento normativo hierárquico das espécies normativas.

Dentro desta sistemática, instituída com a finalidade de garantir a superioridade e preeminência dos vetores normativos e principiológicos constitucionais, a responsabilidade pelo controle e repressão das violações aos direitos humanos fundamentais (e, portanto, à Constituição) por meio de leis ou atos normativos é incumbida ao Poder Judiciário, sendo-lhe franqueado dois grandes sistemas para atuação.

O primeiro desses sistemas é o controle difuso de constitucionalidade, surgido nos Estados Unidos da América, em 1803, por meio de criação jurisprudencial da própria Suprema Corte Americana, que declarou a competência de qualquer juiz ou tribunal para decretar a nulidade (inconstitucionalidade) de uma norma, quando incompatível (conflitante) com a Constituição.

No Brasil, quando do período imperial, não existia previsão de controle judicial repressivo de constitucionalidade das leis e atos normativos, como forma de asseguramento do poder supremo do monarca, que exercia a função de Poder Moderador no Estado brasileiro. Portanto, é apenas após a queda do Império e instituição da República que se inaugura, em terras tupiniquins, esta modalidade de controle, a princípio inspirada exatamente na construção dos Estados Unidos da América.

Com o passar do tempo, o modelo difuso de constitucionalidade brasileiro passaria por uma série de transformações e evoluções, principalmente no tocante à sua mistura ao outro grande sistema de controle judicial repressivo de constitucionalidade e à abrangência de seus efeitos. Todavia, sua essência permaneceria a mesma: trata-se de um sistema no qual é difundida, a todo o Poder Judiciário, a possibilidade de realização do controle normativo, no qual a declaração de inconstitucionalidade não é objetivo primordial da relação processual, mas mera questão prejudicial incidental.

A forma processual utilizada pode ser a mais variada possível, abarcando qualquer dos meios processuais colocados à disposição do indivíduo, como uma ação ordinária, ação popular, ação civil pública, *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança ou mesmo mandado de injunção.

Vale dizer, no decorrer de qualquer relação jurídica processual, brotando uma lei ou ato normativo contrária às disposições constitucionais, é lícito a

qualquer juiz ou Tribunal, incidentalmente, a declaração de sua inconstitucionalidade, o que se consubstancia em importante e efetivo instrumento de proteção e defesa dos direitos humanos fundamentais.

Já o segundo destes grandes sistemas é o controle concentrado de constitucionalidade, surgido com a Constituição Austríaca de 1º de outubro de 1920, formulada com base em projeto elaborado, a pedido do governo austríaco, pelo “mestre da escola jurídica de Viena”, Hans Kelsen.

Por uma série de fatores, entre os quais a doutrina antijudiciária francesa amplamente difundida na Europa, jamais se firmou nos países da Europa central a supremacia do Judiciário na temática do controle de conformidade das leis e atos normativos com a ordem constitucional. Assim, apenas tardiamente se começaram a estruturar métodos de controle de constitucionalidade das leis no Velho Mundo.

Fundado, principalmente, na segurança jurídica, Kelsen idealizou um sistema em que o controle da constitucionalidade das leis era reservado a um único tribunal (em sua concepção não integrante do Poder Judiciário).

Destarte, neste sistema, a prerrogativa de realização de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos concentra-se em um único órgão, de natureza jurídico-política e que exerce função *legislativa negativa*, podendo “anular” leis que considerem inconstitucionais, com eficácia *erga omnes*.

Tal sistema se difundiu de forma notável, tornando-se regra na Europa continental. No Brasil, foi instituído por meio da Emenda Constitucional n.º 16/65, sendo significativamente ampliado pela Constituição Federal de 1988, que previu várias modalidades, quais sejam: ação direta de inconstitucionalidade genérica – ADIn ou ADI (CF, art. 102, I, a); ação direta de inconstitucionalidade interventiva – ADIn Interventiva (CF, art. 36, III); ação direta de inconstitucionalidade por omissão – ADIn por omissão (CF, art. 103, § 2º); argüição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF (CF, art. 102, § 1º); e ação declaratória de constitucionalidade – ADECON ou ADC (CF, art. 102, I, a, parte final).

Têm-se, assim, inúmeros meios constitucionalmente previstos que, visando assegurar a supremacia da Constituição, são aptos a tornar efetiva a salvaguarda dos direitos humanos fundamentais.

Ocorre que a defesa dos direitos humanos não pode se limitar ao cumprimento de formalidades judiciárias, numa tutela jurisdicional aparente.

Portanto, chega-se ao derradeiro apontamento sobre o tema em questão, destacando-se que esta proteção passa diretamente pela revitalização da atividade jurisdicional, devendo os magistrados outorgar às normas de direitos humanos fundamentais a maior eficácia possível no âmbito jurídico, tendo o catálogo de direitos humanos fundamentais como princípio informador básico da atividade interpretativa.

Desta arte, os magistrados, assumindo um posicionamento mais democrático de compreensão do alcance finalístico e sociológico das leis, devem sempre respeitar o compromisso de distribuição da justiça social.

Dentro deste diapasão, a capacitação constante dos magistrados é fator de razoabilidade da justiça, buscando-se constantemente um maior desapego ao formalismo, verdadeiro obstáculo à consecução da justiça. Ainda, é necessário a conscientização quanto à necessidade de adoção de técnicas eficazes de otimização dos instrumentos de prestação jurisdicional, bem como de uma postura entusiasta e interessada de cada magistrado, combatendo-se ao máximo a acomodação. Isto tudo porque uma postura passiva por parte dos magistrados acaba transformando o próprio Judiciário, órgão responsável pela proteção da pessoa humana, em agente violador. Urge, também, uma maior capacitação dos operadores do Direito no tocante ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, exigindo-se a concessão da maior eficácia e aplicabilidade possível aos tratados e convenções internacionais relativos aos direitos humanos, integrantes mesmo de nossa ordem constitucional, por força do que dispõem os §§ 2º e 3º do artigo 5º de nossa Carta Federal.

Assim, assumindo papel de liderança dentro desta verdadeira “cultura dos direitos humanos”, cabe fundamentalmente ao Poder Judiciário a adoção destas posturas, assumindo por muitas vezes papel interpretativo-criativo do direito positivo, como forma de consecução efetiva da justiça, dentro de sua atuação funcional.

Só assim poderá a jurisdição constitucional salvaguardar, de forma eficaz e justa, os direitos da pessoa humana, resguardando os valores normativos e

princípios constitucionais e se valendo à consecução dos ditames essenciais do Estado Democrático de Direito.

BIBLIOGRAFIA

ACKEL FILHO, Diomar. **Writs constitucionais**: “habeas corpus”, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

ALEMANHA. Constituição (1949). Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/gg/gesamt.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2010.

AMARAL, Sérgio Tibiriçá. Magna Carta: algumas contribuições jurídicas. *In*: **INTERTEMAS**. v. 9, n. 11, nov. 2006. Presidente Prudente: Instituição Toledo de Ensino, 2006.

APTHEKER, Herbert. **Uma nova história dos Estados Unidos**: a revolução americana. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1969.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

ÁUSTRIA. Constituição (1920). Die österreichische Bundesverfassung. *In*: DVOŘÁK, Johann. **Politik und Zeitgeschehen**. Disponível em: <<http://www1.voegb.at/bildungsangebote/skripten/pzg/PZG-08.pdf>>. Acesso em: 19. out. 2010.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed., rev., 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2005. Disponível em: <<http://www.scribd.com/doc/6941801/Teoria-Dos-Principios-Da-Definicao-A-Aplicacao-Dos-Principios-Juridicos-Humberto-Avila>>. Acesso em: 21 out. 2010.

BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos humanos**: paradoxo da civilização. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BERNARDES, Juliano Taveira. **Novas perspectivas do controle da omissão inconstitucional no direito brasileiro**. Disponível em: <[http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto831\(2\).rtf](http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto831(2).rtf)>. Acesso em: 15 out. 2010.

BÍBLIA Sagrada. Disponível em: <<http://www.bibliaonline.com.br/>>. Acesso em: 19 out. 2010.

BRASIL. Constituição (1891). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 19 out. 2010.

BRASIL. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 19 out. 2010.

BRASIL. Constituição (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em: 19 out. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n.º 763.812-RS. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Salatiel da Conceição. Relator Ministro Gilson Dipp: Brasília, 24 de outubro de 2005. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=584654&sReg=200501086343&sData=20051024&formato=PD>. Acesso em: 19 out. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n.º 828.106-SP. Recorrente: Vilar Comércio de Bebidas Ltda. Recorrido: Fazenda Nacional. Relator Ministro Teori Albino Zavascki: Brasília, 15 de maio de 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=623920&sReg=200600690920&sData=20060515&formato=PDF>. Acesso em: 19 out. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 79-9/DF. Questão de ordem. Requerentes: Associação Brasileira de Teleprodutores Independentes (ABTI) e outro. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Celso de Mello: Brasília, 13 de abril de 1992. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=903>>. Acesso em: 19 out. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 591-0/DF. Requerente: União dos Auditores Fiscais do Tesouro Nacional. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Moreira Alves: Brasília, 25 de outubro de 1991. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346485>>. Acesso em: 19 out. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.054-4/DF. Requerente: Partido Social Trabalhista (PST). Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Ilmar Galvão. Relator para o acórdão: Ministro Sepúlveda Pertence: Brasília, 02 de abril de 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375312>>. Acesso em: 20 out. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.159-1/DF. Requerente: Partido Social Liberal (PSL). Requeridos: Mesa da Câmara dos Deputados e Mesa do Senado Federal. Relator Ministro Carlos Velloso. Relator para o acórdão: Ministro Eros Roberto Grau: Brasília, 12 de agosto de 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=499394>>. Acesso em: 19 out. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.187-7/BA. Requerente: Partido Democrático Trabalhista (PDT). Requeridos: Governador

do Estado da Bahia e Assembléia Legislativa do Estado da Bahia. Relator Ministro Octavio Gallotti: Brasília, 15 de junho de 2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375347>>. Acesso em: 19 out. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 3.682-3/MT. Inatividade do legislador quanto ao dever de elaborar a Lei Complementar a que se refere o § 4º do art. 18 da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional n.º 15/1996. Requerente: Assembléia Legislativa do Estado do Mato Grosso. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes: Brasília, 09 de maio de 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=485460>>. Acesso em: 19 out. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade. Legitimação ativa. “Entidade de classe de âmbito nacional”. Compreensão da “associação de associações” de classe. Revisão da jurisprudência do Supremo Tribunal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.153-8/DF. Agravante: Federação Nacional das Associações dos Produtores de Cachaça de Alambique (FENACA). Agravados: Presidente da República e Secretário da Receita Federal. Relator Ministro Celso de Mello. Relator para o acórdão: Ministro Sepúlveda Pertence: Brasília, 12 de agosto de 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363459>>. Acesso em: 19 out. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade. Legitimação ativa. Recurso de agravo interposto pelo próprio Estado-membro. Ilegitimidade recursal dessa pessoa política. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.130-3/SC. Agravante: Estado de Santa Catarina. Agravado: Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Relator Ministro Celso de Mello: Brasília, 03 de agosto de 2001. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363431>>. Acesso em: 19 out. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.121-9/RS. Embargante: Confederação Nacional de Saúde – Hospitais, Estabelecimentos e Serviços (CNS). Embargados: Governador do Estado do Rio Grande do Sul e Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Relator Ministro Menezes Direito: Brasília, 28 de novembro de 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=506549>>. Acesso em: 19 out. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-corpus*. Pena. Crimes hediondos. Regime de cumprimento. Progressão. Óbice. Art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90. Inconstitucionalidade. *Habeas-corpus* n.º 82.959-7/SP. Relator Ministro Marco Aurélio de Mello: Brasília, 23 de fevereiro de 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>>. Acesso em: 19 out. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-corpus*. Defensores públicos: prazo em dobro para interposição de recursos (§ 5º do art. 1º da Lei n.º 1.060, de 05.02.1950, acrescentado pela Lei n.º 7.871, de 08.11.1989). Constitucionalidade. *Habeas-corpus* n.º 70.514-6/RS. Relator Ministro Sydney Sanches: Brasília, 23 de março de 1994. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72491>>. Acesso em: 19 out. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n.º 107-3/DF. Requerente: José Emídio Teixeira Lima. Requerido: Presidente da República. Relator Ministro Moreira Alves: Brasília, 21 de novembro de 1990. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81745>>. Acesso em: 19 out. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Processual Civil*. Municípios. Câmara de Vereadores. Composição. Autonomia municipal. Limites constitucionais. Número de vereadores proporcional à população. Recurso extraordinário n.º 197.917-8/SP. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrida: Câmara Municipal de Mira Estrela e outros. Relator Ministro Maurício Corrêa: Brasília, 06 de junho de 2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=235847>>. Acesso em: 19 out. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n.º 4.335/AC. Reclamante: Defensoria Pública da União. Reclamado: Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco. Decisão monocrática: Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes: Brasília, 21 de agosto de 2006. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl\\$.SCLA.%20E%204335.NUME.%29&base=baseMonocraticas](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl$.SCLA.%20E%204335.NUME.%29&base=baseMonocraticas)>. Acesso em: 19 out. 2010.

BLUCHE, Frederic; RIALS, Stéphane; TULARD, Jean. **A revolução francesa**. Rio de Janeiro: Zahar, 1989.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição federal anotada**. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. Tomemos a sério o silêncio dos poderes públicos: o direito à emanção de normas jurídicas e a protecção judicial contra as omissões normativas. *In*: TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo (Coord.). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**. Porto Alegre: Fabris, 1993.

_____. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1992.

CARDOSO, Fernando Henrique. Mensagem n.º 1.674, de 10 de novembro de 1999. *In*: PRESIDÊNCIA da República: subchefia para assuntos jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/Mensagem_Veto/1999/Mv1674-99.htm>. Acesso em: 19 out. 2010.

CARTA das Nações Unidas e Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Disponível em: <unicrio.org.br/img/CartadaONU_VersolInternet.pdf>. Acesso em: 19 out. 2010.

CASSESE, Antonio. **I diritti umani nel mondo contemporaneo**. 4. ed. Roma: Editori Laterza, 1999.

CASTILHO, Ricardo. **Direitos humanos: processo histórico - evolução no mundo, direitos fundamentais: constitucionalismo contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CÔELHO, Sacha Calmon Navarro. **O controle da constitucionalidade das leis e do poder de tributar na Constituição de 1988**. 3. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **O papel do juiz na efetivação dos direitos humanos**. 2001. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18673/O_Papel_do_Juiz_na_Efetiva%C3%A7%C3%A3o.pdf?sequence=2>. Acesso em: 21 out. 2010.

COUTINHO, Heliana Maria de Azevedo. **O juiz: agente político**. Campinas: Copola, 1998.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 3. ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

D'ANGELIS, Wagner Rocha. As raízes dos direitos humanos e a cidadania de hoje. *In*: **DIREITO** internacional dos direitos humanos: estudos em homenagem à Profa. Flávia Piovesan. Curitiba, PR: Juruá, 2004.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos do Homem. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>>. Acesso em: 19 out. 2010.

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. *In*: ASSEMBLÉE Nationale. Disponível em: <<http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/dudh/1789.asp>>. Acesso em: 19 out. 2010.

FACHIN, Zulmar Antonio. **Curso de direito constitucional**. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Gen, Método, 2008.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 33. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

FRANÇA. Constituição (1958). Constitution de la République française. Disponível em: <http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution_0910.pdf>. Acesso em: 20 out. 2010.

GANSHOF, François Louis. **Feudalism**. Toronto: University of Toronto Press-Medieval Academy of America, 1996.

GARCIA, Juvêncio Gomes. **Função criadora do juiz**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

GOMES, Luiz Flávio. **A dimensão da magistratura: no estado constitucional e democrático de direito; independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOUGES, Olympe de. DECLARAÇÃO dos direitos da mulher e da cidadã. Disponível em: <<http://www.eselx.ipl.pt/ciencias-sociais/tratados/1789mulher.htm>>. Acesso em: 19 out. 2010.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Belo Horizonte: Líder, 2003.

IGNATIEFF, Michael. **Una ragionevole apologia dei diritti umani**. Milão: Giangiacomo Feltrinelli Editore. Disponível em: <http://books.google.com.br/books?id=ILgFiNkspAYC&pg=PA21&dq=funzione+dei+diritti+umani&hl=pt-BR&ei=STFoTNU9LoO88ga3yt21BA&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=5&ved=0CD4Q6AEwBA#v=onepage&q=funzione%20dei%20diritti%20umani&f=false>. Acesso: 15 out. 2010.

ÍNDIA. Constituição (1950). The Constitution of India. Disponível em: <<http://lawmin.nic.in/coi/coiason29july08.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2010.

Informativo n.º 301/STF. *In*: SUPREMO Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo301.htm#llegitimidade%20Superveniente%20em%20ADI:%20Exce%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 19 out. 2010.

Informativo n.º 361/STF. *In*: SUPREMO Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo361.htm>>. Acesso em: 20 out. 2010.

Informativo n.º 454/STF. *In*: SUPREMO Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo454.htm>>. Acesso em: 19 out. 2010.

ISABEL, Lustosa. **As trapaças da sorte**: ensaios de história política e de história cultural. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2004. Disponível em: <http://books.google.com.br/books?id=M1OtgE0EGalC&pg=PA28&dq=conspira%C3%A7%C3%A3o+baiana&hl=pt-BR&ei=owuJTKz0loL6lwe754kj&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=3&ved=0CDMQ6AEwAg#v=onepage&q=conspira%C3%A7%C3%A3o%20baiana&f=false>. Acesso em: 14 out. 2010.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Teoria geral do direito e do estado**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KRISTOL, Irving. **A ordem constitucional americana: (1787-1987)**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.

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

LYCURGO, Tassos. **Magna Carta**. Disponível em: <http://www.ufrnet.br/~tl/otherauthorsworks/the_magna_carta_port.pdf>. Acesso em: 19 out. 2010.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de injunção**: um instrumento de efetividade da constituição. São Paulo: Atlas, 1999.

MARSHALL, John. **Decisões constitucionais de Marshall**. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**: comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime jurídico do Ministério Público**: análise da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, aprovada pela Lei n.8.625, de 12 de fevereiro de 1993. 3. ed., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1996.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direitos humanos & cidadania**: à luz do novo direito internacional. Campinas: Minelli, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. São Paulo: Saraiva, 1996.

MIRANDA, Pontes de. **História e prática do habeas corpus**. 1. ed. Campinas: Bookseller, 1999. t. 1.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. **Direitos humanos fundamentais.** 1. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

_____. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais:** garantia suprema da constituição. São Paulo: Atlas, 2000.

MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da; SANTOS, William Douglas Resinente dos. **Controle de constitucionalidade:** uma abordagem teórica e jurisprudencial. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.

NAÇÕES Unidas no Brasil. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/conheca_onu.php>. Acesso em: 15 out. 2010.

_____. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/conheca_hist.php>. Acesso em: 15 out. 2010.

NALINI, José Renato. **Recrutamento e preparo de juízes.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; SCIORILLI, Marcelo. **Mandado de segurança:** ação civil pública, ação popular, habeas data, mandado de injunção. São Paulo: Verbatim, 2009.

PADOVER, Saul Kussiel. **A Constituição viva dos Estados Unidos:** história, texto, retratos dos signatários. São Paulo: IBRASA, 1964.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade:** conceitos, sistemas e efeitos. 2. ed., rev., ampl. e atual. de acordo com as le São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 3. ed., atual. São Paulo: Max Limonad, 1997.

_____. **Proteção judicial contra omissões legislativas:** ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

POLETTI, Ronaldo. **Controle da constitucionalidade das leis.** 2. ed., rev. e ampl. de acordo com a Constituiçã Rio de Janeiro: Forense, 1997.

QUINTANA, Fernando. **La ONU y la exégesis de los derechos humanos :** una discusión teórica de la noción. Porto Alegre: Fabris, UNIGRANRIO, 1999.

REGIMENTO Interno do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_fevereiro_2010.pdf>. Acesso em: 21 out. 2010.

ROGEIRO, Nuno. **Constituição dos EUA:** anotada e seguida de estudo sobre o sistema constitucional dos Estados Unidos. Lisboa: USIS Gradiva, 1993.

ROSA, André Vicente Pires. **Las omisiones legislativas y su control constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ROSSI, Maria Fernanda Figueira. A evolução dos direitos humanos e seu alcance internacional. *In*: **DIREITO** internacional dos direitos humanos: estudos em homenagem à Profa. Flávia Piovesan. Curitiba, PR: Juruá, 2004.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais: retórica e historicidade**. 1 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANTANA, Izaias José de. **Controle concreto de constitucionalidade: efeitos das decisões e vinculação do poder judiciário**. Porto Alegre: Fabris, 2008.

SÃO PAULO. Constituição (1989). Constituição Estadual. Disponível em: <<http://www.legislacao.sp.gov.br/dg280202.nsf/a2dc3f553380ee0f83256cfb00501463/46e2576658b1c52903256d63004f305a?OpenDocument>>. Acesso em: 19 out. 2010.

SCHÄFER, Gilberto. **Ação civil pública e controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Fabris, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 30. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Direito ambiental constitucional**. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

STRECK, Lênio Luiz; CATTONI, Marcelo Andrade; LIMA, Martonio Mont'alverne Barreto de. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional**. Disponível na Internet: <<http://www.anamatra.org.br/geral/ArtigoconjuntoLenioMarceloMartoniovers%C3%A3ofinal.4dejulho.doc>>. Acesso em: 15 out. 2010.

TEIXEIRA, Carla Noura. **Direito internacional: público, privado e dos direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **A criação e realização do direito na decisão judicial**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

THE Text of Magna Carta. Disponível em: <<http://www.fordham.edu/halsall/source/magnacarta.html>>. Acesso em: 15 out. 2010.

THE Virginia Declaration of Rights. Disponível em: <<http://www.ushistory.org/declaration/related/vabor.htm>>. Acesso em: 19 out. 2010.

THE United States Constitution. Disponível em: <<http://www.usconstitution.net/const.html>>. Acessado em: 19 out. 2010.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A humanização do direito internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. **Direito das organizações internacionais**. 4. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

_____. O legado da Declaração Universal e o Futuro da Proteção Internacional dos Direitos Humanos. *In: O CINQUENTENÁRIO da declaração universal dos direitos do homem*. São Paulo: EDUSP, 1999.

TRUYOL SERRA, Antonio. **Los derechos humanos: declaraciones y convenios internacionales**. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1994.

VADE mecum acadêmico de direito. 9. ed. São Paulo: Rideel, 2010.

VALE, André Rufino do. **A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão**. Disponível na Internet: <<http://www.conjur.com.br/2009-out-29/avancos-lei-acao-direta-inconstitucionalidade-omissao>>. Acesso em: 15 out. 2010.

WEIS, Carlos. **Os direitos humanos contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 1999.

WOLLSTONECRAFT, Marry. **A vindication of the rights of woman: with strictures on political and moral subjects**. London: 1796. Disponível em: <http://books.google.com.br/books?id=qhcFAAAAQAAJ&printsec=frontcover&dq=A+Vindication+of+the+Rights+of+Woman&hl=pt-br&ei=8e-9TNfCJIGq8AbTk8H5Bg&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CCKQ6AEwAA#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 19 out. 2010.

WRIGHT, Esmond. **Washington e a revolução americana**. Rio de Janeiro: Zahar, 1963.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.