

MARIA HELENA DE ALMEIDA SANTOS

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS

12



São Paulo (SP)

2008

MARIA HELENA DE ALMEIDA SANTOS

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS

Monografia apresentada ao Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Constitucional, na modalidade Formação para o Mercado de Trabalho, como requisito parcial à obtenção do grau de especialista em Direito Constitucional.

**Universidade do Sul de Santa Catarina - UNISUL
Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes - REDE LFG**

Orientador: Prof^a. Deisi Schweitzer

São Paulo (SP)

2008

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito e que se fizerem necessários, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico e referencial conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Sul de Santa Catarina, a Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes, as Coordenações do Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Constitucional, a Banca Examinadora e o Orientador de todo e qualquer reflexo acerca da monografia.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado do trabalho monográfico.

São Paulo, 10 de Novembro de 2008

MARIA HELENA DE ALMEIDA SANTOS

MARIA HELENA DE ALMEIDA SANTOS
OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS

Esta monografia foi julgada adequada para a obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional, na modalidade Formação para o Mercado de Trabalho, e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Curso de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade do Sul de Santa Catarina, em convênio com a Rede Ensino Luiz Flávio Gomes – REDE LFG e com o Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

São Paulo, 10 de Novembro de 2008

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus filhos Roseli, Ronaldo e Maysa por serem o maior motivo desta minha jornada.

AGRADECIMENTOS

**Agradeço à Deus pela sua constante presença, dando-me
força e coragem para sempre seguir em frente**

RESUMO

Este trabalho teve como objetivo demonstrar os remédios constitucionais e seu aparecimento simultâneo com a aparição dos próprios direitos fundamentais. São direitos de ordem processual que visam à proteção de categoria especial de direitos públicos subjetivos, as chamadas "liberdades públicas", ou direitos fundamentais do homem. A defesa dos direitos fundamentais do homem faz-se-á através da tutela individual (habeas corpus, habeas data, mandado de segurança, mandado de injunção, ação popular) ou através da tutela coletiva (mandado de segurança coletivo e ação civil pública), com destacada participação do Ministério Público, na proteção dos direitos ou interesses transindividuais ou metaindividuais.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais e Remédios Constitucionais.

ABSTRACT

This study aimed to demonstrate the constitutional remedies and their simultaneous appearance with the appearance of their own rights. These rights of a procedural nature aimed at the protection of special category of public subjective rights, so-called "civil liberties", or basic human rights. The defense of basic human rights makes will be through the guardianship system (habeas corpus, habeas data, writ of security, order, order, popular action) or through collective protection (writ of collective security and public civil action), with prominent participation of prosecutors in the protection of the rights or interests "transindividuais" or "metaindividuais".

Keywords: Constitutional Rights and Remedies.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO 1	13
HISTÓRIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	
Os direitos fundamentais nas Constituições do Brasil	
Os direitos fundamentais na Constituição de 1988	
Gerações dos direitos fundamentais	
Teoria dos direitos fundamentais	
Direitos fundamentais: aspectos materiais e formais	
CAPÍTULO 2	28
EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	
A Positivação	
Enunciados normativos	
Validade, vigência e eficácia da norma	
Validade das normas	
Vigência da norma	
Eficácia da norma	
A Efetivação	
Aplicabilidade imediata da norma	
CAPÍTULO 3	38
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL	

Defesa e ação
Descumprimento de preceito fundamental
A coisa julgada inconstitucional
Remédios constitucionais individuais
Habeas corpus
Mandado de segurança
Mandado de injunção
Mandado de injunção x inconstitucionalidade por omissão
Ação popular
Habeas data
Remédios constitucionais coletivos
Mandado de segurança coletivo
Ação civil pública

CONCLUSÃO 55

REFERÊNCIAS 56

INTRODUÇÃO

A sociedade brasileira atual enfrenta vários obstáculos quando se trata da consagração de seus direitos fundamentais e suas garantias resultantes, uma vez que o Estado, por meio das denominadas normas programáticas, impede, de forma ousada, as garantias antecipadas constitucionalmente.

O presente trabalho pretende expor a questão relacionada aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, apresentando seus principais constitutivos, sua interpretação e bom emprego em face da Constituição Federal de 1988, bem como os remédios constitucionais dela decorrentes.

Inicia-se com breve exposição acerca do controle constitucional, como um mecanismo de amparo da Constituição, como declaração de valores sociais e políticos. Em seguida, será proporcionada uma apresentação sobre as alterações dos direitos e garantias fundamentais ao longo da história, bem como suas tendências mais modernas e, ainda o debate sobre as afrontas a esses direitos. Por fim, serão analisados os remédios constitucionais, como garantias constitucionais para amparo aos direitos afrontados ou sob ameaça ou não satisfeitos.

Destaca-se que tais remédios também possuem uma função limitativa do Poder Público, porquanto são modalidades de garantias, que por meio de caráter especial e atribuições saneadoras, auferem a denominação de remédios, e constitucionais, porque aplicados pela Constituição.

Assim, propõe-se o problema: os direitos fundamentais necessitam ser escoltados por ações judiciais para que se possa conferir eficácia compatibilizada com a relevância desses direitos?

Como objetivo pretende-se demonstrar a seriedade que a situação representa, para que se possa implantar um meio que freie a continuidade desse uso expressivo, e sem restrições efetivas de Emendas a Constituição Federal, pois esse é um dos pilares da Democracia. A importância dos direitos e garantias fundamentais é imensa, uma vez que essas são a garantia de todos os cidadãos brasileiros.

A escolha do tema se justifica por ser assunto fundamental para o exercício da cidadania. Além disso, a despeito de a Constituição possuir tal instrumento à disposição para sanar as lacunas da legislação, muitas mudanças ainda são necessárias para torná-la mais dinâmico e efetiva.

A hipótese prevê que os remédios constitucionais passam a existir concomitantemente com o surgimento dos próprios direitos fundamentais, como direitos de ordem processual que pretendem amparar a classe específica dos direitos públicos subjetivos, ou direitos fundamentais. O amparo dos direitos fundamentais do homem se consolida por meio de tutela individual ou coletiva, com ênfase ao Ministério Público, na proteção desses direitos.

Utilizou-se no projeto a pesquisa bibliográfica, onde se priorizou as informações dos autores mais bem conceituados e de maior convicção em suas afirmações, para que fosse assim, apresentado um projeto com uma pesquisa ampla, porém concisa em suas informações.

Após a obtenção dos autores pré-selecionados, foi feita uma compilação do mesmo para se expusesse as linhas gerais a serem desenvolvidas por ocasião do desenvolvimento da monografia.

1 HISTÓRIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A expressão “dignidade da pessoa humana”, objeto de proteção dos direitos fundamentais, vem insculpida no artigo 1º de nossa atual Carta Magna e é tida por ela como um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito em que se constitui a República Federativa do Brasil: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos (...) III – a dignidade da pessoa humana”.

Para Comparato (2004 e Silva (2001), embora ao longo da história a questão da dignidade humana tenha sido enfrentada sob diversos ângulos – religioso, filosófico e científico, sua positivação ou reconhecimento, enquanto objeto dos direitos fundamentais, é coisa recente. Interessante observar que tal evolução, na perspectiva estritamente jurídica, se deu lenta e progressivamente, não sem muitos percalços e retrocessos, até chegar aos nossos dias com a qualificação de “fundamentais”.

Segundo Moraes (2002, p. 24), já no terceiro milênio a.C., são apontados vestígios desses direitos no antigo Egito e Mesopotâmia. Posteriormente, já de forma mais coordenada, surgem na Grécia, o berço da filosofia e da cultura ocidentais, várias regras jurídicas protetivas da dignidade humana, traduzidas na defesa do cidadão grego.

Contudo, foi o Direito Romano que estabeleceu um complexo mecanismo de interditos visando tutelar os direitos individuais mais importantes. A Lei das Doze Tábuas pode ser considerada a origem dos textos escritos consagradores da liberdade, da propriedade e da proteção aos direitos do cidadão (MORAES, 2002).

No entanto, em tom de advertência, afirma: “não nos iludamos, contudo, porque essas medidas (complexo mecanismo de interditos) tinham alcance limitado aos membros da classe dominante” (MORAES, 2002).

Mas, na verdade, foi só na Idade Média que surgiram os textos legais antecedentes do que hoje conhecemos como direitos fundamentais. Aí floresceram os forais e as cartas de franquias, outorgantes de proteção de alguns direitos relevantes da pessoa humana, dentre os quais, conforme Canotilho (1995, p. 503), a mais célebre foi a Magna Charta Libertatum, elaborada na Inglaterra em 1215. “Não se tratava, porém”, como afirmaque, “de uma manifestação da idéia de direitos fundamentais inatos, mas da afirmação de direitos corporativos da aristocracia feudal em face do seu suserano”.

E prossegue o constitucionalista português: “A finalidade da Magna Charta era, pois, o estabelecimento de um *modus vivendi* entre os reis e barões, que consistia fundamentalmente no reconhecimento de certos direitos de supremacia ao rei, em troca de certos direitos de liberdade estamentais consagrados nas cartas de franquias”. E, mais à frente, conclui que, não obstante conter em seu bojo tão-somente direitos estamentais, a Carta do rei João Sem Terra “fornecia já ‘aberturas’ para a transformação dos direitos corporativos em direitos do homem” (CANOTILHO, 1995, p. 503).

Naquele país, além dessa Carta, outras cartas e estatutos assecuratórios de direitos concernentes à dignidade da pessoa humana foram elaborados, a saber: a *Petition of Rights* (1628), o *Habeas Corpus Amendment Act* (1679) e o *Bill of Rights* (1688). Como bem ressaltou Silva (2001, p. 154), “não são, porém, declarações de direitos no sentido moderno, que só apareceram no século XVIII com as Revoluções americana e francesa”.

Com a Revolução americana, inúmeras declarações de direitos surgiram, dentre as quais: a Declaração de Direitos de Virgínia, de 16-6-1776; a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 4-7-1776; a Constituição dos Estados Unidos da América, de 17-9-1787.

Ainda no século XVIII, a França, tomando de empréstimo a técnica das declarações americanas, revolucionou com suas idéias o mundo ao promulgar a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, com 17 artigos, na qual foram expostos os princípios da liberdade, da igualdade, da propriedade e da legalidade e as garantias individuais liberais que ainda se encontram nas declarações

contemporâneas, exceto as liberdades de reunião e de associação que ela desconhecia, firmada que estava numa rigorosa concepção individualista.

Em sua evolução, os direitos fundamentais fizeram-se sentir também no século XIX, como, por exemplo, na Constituição espanhola de 19-9-1822, a Constituição belga de 7-2-1883.

O início do século XX trouxe diplomas constitucionais fortemente marcados pelas preocupações sociais, como se percebe por seus principais textos: Constituição mexicana de 31-1-1917, Constituição de Weimar de 11-8-1919, Declaração Soviética dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado de 17-1-1918, seguida pela Constituição Soviética (Lei Fundamental) de 10-7-1918 e Carta do Trabalho, editada pelo Estado fascista italiano em 21-4-1927.

1.2 Os direitos fundamentais nas Constituições do Brasil

Tal qual o ser humano (que nasce, cresce, desenvolve-se e morre), o Estado, salvo esta última circunstância, desde seu nascimento com a proclamação da independência em 1822, vem crescendo e conseqüentemente florescendo ao longo do tempo, sendo cada etapa de sua existência registrada em solenes e fundamentais escritos: as Constituições. Até o presente estágio do seu evoluir, elaboraram-se oito constituições, incluído neste cômputo a atual Constituição Federal, nas quais estão estampadas as vicissitudes e metamorfoses por que passaram os direitos fundamentais em quase dois séculos (SILVA, 2001, p. 161).

A primeira foi a Constituição do Império, jurada e outorgada em 25 de março de 1824 por D. Pedro, cujas bases refletiram as tendências do pensamento político-social dominante na época, sofrendo a influência da teoria de Benjamin Constant sobre o chamado poder Neutro ou Moderador (OLIVEIRA, 2000).

Garantindo, no artigo 179, os direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros:

Constituição imperial consagrou, v.g., os princípios da igualdade e legalidade, livre manifestação de pensamento, impossibilidade de censura prévia, liberdade religiosa, liberdade de locomoção, inviolabilidade de domicílio, possibilidade de prisão somente em flagrante delito ou por ordem de autoridade competente, fiança, princípio da reserva legal e anterioridade da lei penal, independência judicial, princípio do Juiz natural, livre acesso aos cargos públicos, abolição dos açoites, da tortura, da marca de ferro quente e todas as mais penas cruéis, individualização da pena, respeito à dignidade do preso, direito de propriedade, liberdade de profissão, direito de invenção, inviolabilidade das correspondências, responsabilidade civil do Estado por ato dos funcionários públicos, direito de petição, gratuidade do ensino público primário (MORAES, 2002, p. 31).

A despeito dessa declaração de direitos, por encontrar-se arraigada em sua estrutura, servindo de base a uma monocultura latifundiária, o Império ainda não abria mão da escravidão, instituto jurídico que decerto contrastava, e muito, com a essência daqueles direitos.

Em menos de um mês, contado da proclamação da República, o Marechal Deodoro designou uma comissão especial para elaborar um projeto de Constituição que seria votada pelo Congresso Constituinte, ainda por ser eleito, nomeando como líder daquela comissão ninguém menos que o eminente Rui Barbosa. Este, copiando a Constituição americana, elaborou uma Carta que, decretada pelo Governo provisório ad referendum do Congresso, tornou-se a nossa primeira Constituição Republicana (24-02-1891).

Conquanto a Constituição de 1891 não fosse tão pródiga como fora sua predecessora ao dispor sobre os direitos fundamentais, inovou ao dotá-los de um escudo, cometendo a proteção deles aos tribunais. Além dessa, outras alterações se introduziram no regime daqueles direitos, tais como as relativas ao júri, que:

Ganhou status de constitucionalidade, mas perdeu a competência, que tinha no Império, para matéria cível, e teve-a restrita aos crimes políticos a quem alegasse motivo religioso para isentar-se de qualquer obrigação imposta pela lei aos cidadãos, como a do serviço militar e a de participar no júri (OLIVEIRA, 2000, p. 135).

Publicada a Constituição de 1934, esta “imprimiu ao Estado brasileiro feição muito diferente da que tivera até então”, visto que “as anteriores, 1824 e 1891”, conforme nos lembra Ferreira Filho, “como era de se esperar, manifestavam em seu texto o apego à concepção individualista dos direitos fundamentais”. Assim, com a sua promulgação, o Brasil “substituiu o Estado liberal pelo Estado social. E, pela primeira vez, cuidou-se de matérias que visavam à instituição de uma ordem social justa” (FERREIRA FILHO, 2002, p. 286).

“Durou pouco a Constituição de 1934. Sua semente, entretanto, estava bem plantada. Consagrara conquistas sociais irreversíveis e preparara o terreno para o aperfeiçoamento do Estado social, que substituíra o liberal” (OLIVEIRA, 2000, p. 138).

Três anos depois, foi outorgada ao Brasil, mediante golpe de Estado, nova Constituição: a Constituição de 1937, inspirada no regime fascista italiano.

Consoante a lição de Moraes (2002, p. 33):

apesar das características políticas preponderantes à época, também consagrou extenso rol de direitos e garantias individuais, prevendo dezessete incisos em seu artigo 122. Além da tradicional repetição dos direitos humanos fundamentais clássicos, trouxe como novidades constitucionais os preceitos da impossibilidade de aplicação de penas perpétuas; da maior possibilidade de aplicação da pena de morte, além dos casos militares; da criação de um Tribunal especial com competência para o processo e julgamento dos crimes que atentarem contra a existência, a segurança e a integridade do Estado, a guarda e o emprego da economia popular.

Ideologicamente distinta de sua antecessora, a “Constituição de 1946 foi elaborada ao calor de uma grande euforia nacional e inspirada no forte desejo de dotar o Brasil, novamente, de instituições livremente formuladas e capazes de assegurar a realização de uma sociedade justa”. A fim de concretizar tal ideal, “assegurou aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, consagrando, expressamente, direitos e garantias” (JORGE, 2002, p. 81).

Por seu turno, “a Constituição de 24 de janeiro de 1967 igualmente previa um capítulo de direitos e garantias individuais” (MORAES, 2002, p. 34).

Aos 30 de outubro de 1969, entraria em vigor a Emenda Constitucional nº 1 à Constituição Federal, a qual, a nosso ver, é tida como a sétima ou penúltima Constituição brasileira:

Isso porque, teórica e tecnicamente, não se tratou de emenda, mas de nova Constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformulado, a começar pela denominação que se lhe deu: Constituição da República Federativa do Brasil, enquanto a de 1967 se chamava apenas Constituição do Brasil (SILVA, 2001, p. 88).

Com esse acréscimo, introduziram-se “na Constituição cerca de 200 alterações. Muitas não passaram de simples aprimoramento de redação, mas, de um modo geral, visou a fortalecer ainda mais o Poder Executivo, acentuando o caráter autoritário do regime” (OLIVEIRA, 2000, p. 144).

1.2.1 Os direitos fundamentais na Constituição de 1988

E nessa névoa de desilusão e desencantos permaneceu o Estado brasileiro por quase vinte anos, até que, dissipando-a, adveio a abertura política e a atual

Constituição, de 05 de outubro de 1988, que inaugurou uma nova etapa da positivação dos direitos fundamentais, marcada pelo aprimoramento qualitativo e quantitativo dos direitos que recebem da Lei Maior tal qualificação. Tanto que isto lhe rendeu o título “Constituição Cidadã”, locução imortalizada nas palavras do saudoso deputado Ulysses Guimarães.

Em seu bojo, destaca-se, inicialmente, a nova localização topográfica desses direitos. Com efeito, de mera figurante, a pessoa humana passa a ser considerada como verdadeira protagonista do enredo constitucional, o que é revelado pelo fato de os direitos fundamentais precederem às normas de organização do Estado, pela primeira vez na história constitucional brasileira.

Outra importante inovação consistiu no surgimento de novos remédios, com os quais a Constituição buscou fortalecer a malha de defesa dos direitos fundamentais, como o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção e o habeas data, na reestruturação de antigos (do próprio mandado de segurança e da ação popular) e na ampliação de instrumentos voltados ao controle de constitucionalidade (a legitimação para a ação direta, a instituição da ação declaratória de constitucionalidade, da arguição de descumprimento de preceito fundamental e da declaratória de inconstitucionalidade por omissão). Tudo para garantir o cidadão contra o Estado, como pensaram os primeiros constitucionalistas, e proporcionar o arsenal jurídico adequado à defesa dos seus mais relevantes direitos no contexto de uma sociedade democrática.

1.3 Gerações dos direitos fundamentais

Foi em Estrasburgo, sob a pena do jurista tcheco Karel Vasak, que pela primeira vez a expressão “gerações de direitos” foi utilizada. Era uma alusão ao lema da Revolução Francesa (igualdade, liberdade e fraternidade) e à evolução dos direitos humanos. A teoria ganha defensores como Bobbio (1992) e, no Brasil, é acolhida por Bonavides (2005). Este último acrescentou uma quarta geração como efeito de uma globalização política.

Na primeira geração, encontramos o pensamento iluminista como base. Tal corrente filosófica fortaleceu a idéia de igualdade entre os homens e colaborou para a criação de diversas Declarações de Direitos. Surgem aqui, os direitos oponíveis ao governo que muitos doutrinadores entendem como uma liberdade garantida por uma

obrigação de não fazer do Estado. Como exemplo, pode-se citar a livre iniciativa econômica, a igualdade dos homens perante a lei, o direito à honra, à vida privada e outros. Aqui se encontra a instituição das garantias dos direitos civis e políticos.

Para Baracho (1992), a teoria dos direitos individuais deriva da idéia do direito natural, que dá origem também às concepções de estado da natureza e de contrato social.

Sintetizando, a liberdade foi o mote da evolução dos direitos e garantias. O homem é livre e igual. O Estado deve respeitar os direitos de seus cidadãos e assim é possível o bom caminhar da coletividade. Adam Smith, em sua obra *A Riqueza das Nações*, foi outro pensador que pregou intensamente a idéia de um Estado não interventor, afirmando que quanto menos interferência, melhor seria para a sociedade. Era a doutrina do *laissez-faire* (BATALHA, 1986).

Ainda sobre a relação entre liberdade e direitos fundamentais, merece destaque a seguinte passagem de Heck (1997):

Direitos fundamentais devem criar e manter pressupostos essenciais de uma vida em liberdade e dignidade humana. Isso apenas se deixa alcançar quando a liberdade da vida em comunidade é garantida da mesma forma como a liberdade individual. Ambas estão relacionadas mutuamente de modo inseparável. Liberdade particular somente pode haver em uma comunidade livre; ao contrário, essa liberdade pressupõe homens e cidadãos que são capazes e dispostos a decidir mesmo sobre seus próprios assuntos e a cooperar auto-responsavelmente nos assuntos da comunidade.

Quanto à segunda geração de direitos, parece interessante registrar desde logo, que ela tem seu nascedouro no pensamento antiliberal do início do século XX que surgiu das crises econômicas e que ganhou força com o *welfare state*. Na base desta concepção estava a idéia de que os homens não são iguais, e que a liberdade bradada pelos ideais iluministas significavam apenas a ditadura dos mais fortes sobre os mais fracos. Surge a preocupação com a criação de direitos sociais, a “igualdade” do lema da Revolução Francesa. Esta preocupação com a questão social, não se pode deixar de acentuar, reside na constatação segundo a qual o avanço do sistema liberal que, sem qualquer dúvida, trouxera grandes frutos para a humanidade, também havia gerado a marginalização do homem e a dantesca desigualdade entre os donos do capital e a massa operária (HEILBRONER, 1996, p. 102).

Tal situação de desigualdade nas relações sociais deu oportunidade à divulgação, por todo o mundo, das idéias comunistas, anarquistas e socialistas.

Como já afirmamos, a situação de desigualdade era enorme: homens, mulheres e crianças trabalhavam até a exaustão sem nenhum direito que lhes resguardasse. A miséria crescia nos grandes centros.

Galbraith (1992), comentando o nascimento do pensamento antiliberal e sua força de persuasão, ensina que O instrumento marxista foi, esmagadoramente, o poder condicionado, quase excluídos os outros dois meios de imposição. Foi a este poder condicionado que Marx se devotou durante toda sua vida, assim como o fizeram seus seguidores. Suas obras – O Capital, O Manifesto Comunista e numerosos tratados menores – tornaram-se escrituras, à semelhança mesmo da Bíblia e do Corão para os fiéis religiosos.

Analisando a Constituição de 1891 e a reforma constitucional de 1926, Barroso (2003. p. 19) assevera que:

Não se deve desprezar o fato de que o processo de industrialização, estimulado por injunções da primeira guerra, fez nascer nas cidades o operariado, que começa a despertar como força política. As organizações de trabalhadores, que antes tinham mero caráter associativo e beneficente, assumem seu papel reivindicatório. O Partido Comunista do Brasil, depois Partido Comunista Brasileiro, é fundado em 1922, por Astrojildo Pereira. Com algum atraso, a questão social chegara ao Brasil.

Moraes (2003, p. 203), por sua vez, já discorrendo especificamente sobre os direitos de segunda geração, afirma que os direitos sociais correspondem às liberdades positivas do homem, e que um Estado Social de Direito deve, obrigatoriamente, observá-los. Salaria também que a definição dos direitos sociais, no título II da Carta Magna, tem dois efeitos imediatos. O primeiro é a aplicabilidade imediata do parágrafo primeiro do artigo 5º da Constituição Federal; o segundo, a viabilidade do mandado de injunção em casos de omissão do poder público na regulamentação de tais direitos.

Carvalho (2002. p. 315), por outro lado, entende que tais direitos têm como intento “... a melhoria das condições de existência, através de prestações positivas do Estado, que deverá assegurar a criação de serviços de educação, saúde, habitação, dentre outros, para a sua realização”.

Sobre o ponto, Bonavides (2005, p. 565) aduz que, apesar de a maioria dos direitos sociais corresponderem a normas programáticas, boa parte deles já tem eficácia, não só no Brasil, mas em diversos países.

Já no que concerne aos direitos fundamentais de terceira geração, o que se deve reconhecer de pronto é que eles vêm ganhando força nestes tempos de

integração mundial e que expressariam o lema “fraternidade” da Revolução Francesa. Elencam-se aqui, como exemplos, o direito ao meio ambiente equilibrado (CF, art. 225), à proteção ao consumidor (CF, arts. 5º, XXXII e 170,V), ao justo desenvolvimento econômico (CF, arts. 3º, II e III, e 170, caput), etc. A novidade é que o direito passa a abranger a coletividade, surgindo como decorrência, a idéia dos direitos difusos e coletivos (BONAVIDES, 2005, p. 569).

Observe-se, de outra parte, que a importância dessa terceira geração aparece quando é dificultosa a missão de definir, de encontrar um único sujeito de direito. Como exemplo, cite-se o meio ambiente, que é bem comum do povo, devendo o poder Público e a coletividade defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Para os defensores da teoria das gerações dos direitos, trata-se da realização da idéia de fraternidade, pois o homem, neste contexto, tem a dispor a defesa dos seus próprios direitos, mas também os de um grupo determinado ou indeterminado.

O que se pode dizer, concluindo, é que as novas condições da coletividade chegaram a um nível de complexidade tal que se tornou necessária a atenção da ordem jurídica para os direitos difusos. Se para alguns autores a primeira geração é um não fazer, e a segunda geração um fazer estatal, a terceira geração corresponderia a uma integração do homem ao Estado, em que os dois colaboram para o amparo aos direitos difusos e coletivos. Trata-se, enfim, da idéia de participação da sociedade civil nas ações governamentais, tomando corpo também, a ampliação do acesso à justiça e da democratização das decisões estatais.

Por derradeiro, observe-se que, para Bonavides (2005, p. 571), existe uma quarta geração de direitos fundamentais. Segundo o jurista, tal geração vem complementar as gerações anteriores (mormente a segunda e a terceira), permitindo, destarte a melhor integração política dos povos. Seriam eles o direito à democracia direta (CF, art. 14), que se torna possível pelo avanço tecnológico dos meios de comunicação 50, o direito à informação (CF, arts. 5º, XIV e XXXIII, 220)51 e ao pluralismo político (CF, art. 1º,V). Diz o constitucionalista: “Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência” 52.

É de se ressaltar que, apesar do mérito da teoria das gerações, existem alguns pontos delicados que devem ser apontados. Inicialmente, é preciso tomar

cuidado para não se pensar que uma geração somente surge quando sua antecessora está “perfeita”, harmonizada plenamente com o ordenamento jurídico. Para contestar tal conclusão, basta lembrar da experiência estadunidense e das diversas declarações de inconstitucionalidade que foram realizadas pela Suprema Corte Americana no período do New Deal, em que leis federais voltadas para o patrocínio de direitos sociais (como a limitação de jornada de trabalho, pisos salariais e melhorias de condições de trabalho) foram declaradas inconstitucionais com fundamento no pensamento liberal que sustentava diversos direitos de primeira geração.

Reforçando também a idéia de que estamos longe da perfeição em relação aos direitos fundamentais, recordamos o caso *Brown versus Board of Education*, de 1954, em que a Suprema Corte Americana declarou a inconstitucionalidade da segregação de estudantes negros nas escolas públicas, retirando assim, o apoio à doutrina do “equal but separate” (BARROSO, 2003, p. 56).

Outra ponderação interessante, que não pode deixar de ser feita, diz respeito ao cuidado com que se deve examinar a lógica da evolução dos direitos fundamentais. Sobre o ponto, escreve George Marlmestein de Lima:

O Brasil é um exemplo claro dessa constatação histórica. Aqui, vários direitos sociais foram implementados antes da efetivação dos direitos civis e políticos. Na “Era Vargas”, durante o Estado Novo (1937 – 1945), foram reconhecidos, por lei, inúmeros direitos sociais, especialmente os trabalhistas e os previdenciários, sem que os direitos de liberdade (de imprensa, de reunião, de associação etc) ou políticos (de voto, de filiação partidária) fossem assegurados (apud TRINDADE, 2000).

1.4 Teoria dos direitos fundamentais

Os desmandos do Absolutismo reacendeu, no espírito dos homens, a antiga discussão grega, traduzida no questionamento sobre se é melhor um governo de homens ou um governo de leis. Os súditos franceses, cansados do despotismo do monarca, optaram pelo governo de leis. Impuseram, destarte, ao Estado Moderno, a condição de Estado de Direito, Estado caracterizado pela submissão de todos às normas de Direito.

Esse novo Estado é composto pela conjugação de três elementos essenciais, que são: a legalidade (ou constitucionalidade), a separação de poderes e os direitos fundamentais. A legalidade (ou constitucionalidade) corresponde à idéia de acordo com a qual há uma Lei Maior que constitui e organiza o Estado, subordinando a

todos, inclusive os governantes ao império da Constituição e da lei. O segundo elemento se traduz na divisão do exercício do poder soberano do Estado entre órgãos independentes e autônomos (o Executivo, o Legislativo e o Judiciário) com o fito de formar um sistema de freios e contra-pesos, que obste a preponderância de um deles, evitando, assim, um novo absolutismo ditado por um dos poderes. Como último elemento integrativo, se encontram os direitos fundamentais, objeto desse estudo (DALLARI, 2001. p. 197).

Em que pese a matéria “direitos fundamentais” ser tema de muitos trabalhos, poucos são os que apontam a importância dessa teorização. Bonavides (2002. p. 340), enfocando a falta, escreve que a teorização dos Direitos Fundamentais se acha no estado atual da doutrina rodeada de obscuridades e incertezas. Tudo isso apesar da frequência com que são debatidos e da copiosíssima bibliografia existente sobre a matéria. Contudo, já foi possível reconhecer a importância capital que a teorização assume para fixar os rumos do Estado e guiar a jurisprudência, por via interpretativa, num sentido que permita concretizar a proteção da liberdade em termos de plena eficácia social.

Assim, não se deve vislumbrar tal teorização como discurso meramente acadêmico, mas enquanto instrumento metodológico interpretativo da Constituição rumo à concretização dos direitos mais relevantes do homem.

1.4.1 Direitos fundamentais: aspectos materiais e formais

É com muita cautela que se deve buscar um conceito para os direitos fundamentais, malgrado tratar-se de um elemento integrativo necessário do Estado de Direito e a sua falta representar a sua descaracterização. Por isso, ao perseguir tal conceituação, deve-se partir da realidade de um Estado, particularizadamente considerado, e não eleger um conceito rígido a ponto de comprometer a aceitação de outros. Caso contrário, seria negada a condição de Estado de Direito a muitos países, principalmente orientais, que rejeitam certos direitos que, no ocidente, são considerados fundamentais. Mas apesar de os conceitos de direitos fundamentais poderem variar em função do tempo e do espaço, em regra eles se encontram vinculados a determinados substratos axiológicos constantes.

Ao tratar do tema, Bonavides (2002. p. 339), valendo-se da doutrina do jus-publicista alemão, Konrad Hesse, fala de uma acepção lata e de outra restrita para a

cláusula dos direitos fundamentais. Pela primeira acepção, os direitos fundamentais são aqueles que almejam “criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e dignidade humana”; já pela segunda acepção, os “direitos fundamentais são aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais”. Portanto, não basta a concepção lata, ou a estrita, devem-se conjugar ambas para que se tenha uma noção mais apurada de direitos fundamentais.

Também Carl Schmitt, outro teórico alemão citado por Bonavides (2002, p. 515), estabelece dois critérios formais e um material para a conceituação dos direitos fundamentais. Pelo primeiro critério formal, “podem ser designados direitos fundamentais todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional”; pelo segundo critério formal, “os direitos fundamentais são aqueles direitos que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança, ou são imutáveis ou têm modificação dificultada”. E, pelo critério material, “direitos fundamentais variam conforme a ideologia, a modalidade de Estado, a espécie de valores e princípios que a constituição consagra. Em suma, cada Estado tem seus direitos fundamentais específicos”. Eis aqui o motivo pelo qual falamos alhures da necessidade de considerar, no trato dessa matéria, um Estado particularizadamente.

O que se percebe é que direitos fundamentais, numa perspectiva formal, são uma categoria jurídico-constitucional de direitos, que ou são imutáveis ou têm modificação dificultada e guardam, materialmente, ligação com os princípios e valores de determinado Estado, variando a categoria de acordo com as características de cada sociedade.

Parece não ser correto afirmar que Carl Schmitt identifique os direitos fundamentais somente como direitos negativos. O que ocorre é que, ao elaborar seus estudos frente ao Estado Liberal, apontou como direitos fundamentais os direitos de liberdade (ou anti-estatais). Todavia, ao enfocá-los na perspectiva do Estado Social, ele constata a existência de “direitos objetivos”, os quais também integram a categoria dos direitos fundamentais. Tais “direitos objetivos” correspondem, na visão de Carl Schmitt, às garantias institucionais, que passam agora a ser o novo conteúdo dos direitos fundamentais, somando-se aos direitos de liberdade. Essas garantias são uma proteção que se dá a determinado instituto, impondo uma atuação objetiva do Estado. Por exemplo: o trabalho, considerado uma instituição, quando ganha o status de garantia institucional, é porque o Estado

avocou para si a proteção dessa instituição, pondo-se a agir nesse sentido. Se aqui nasce uma nova idéia de direitos fundamentais, nasce, também, um novo agente de grande importância para a efetivação e concretização de tais direitos: O Estado (LOPES, 2001, p. 519).

Encerrando a abordagem que Bonavides (2002, p. 518) faz sobre os estudos de Carl Schmitt, cumpre-nos tratar da categoria, criada pelo professor alemão, denominada “direitos fundamentais genuínos”. Compõem essa categoria apenas os direitos denominados de liberdade (direito à vida, liberdade, propriedade, liberdade de crença, integridade física).

Estes direitos formam uma barreira que protege o particular do eventual arbítrio estatal, fixa assim os limites do poder público. O caráter limitativo desses direitos os coloca numa condição de inalterabilidade, sendo admitida sua modificação somente como exceção (raríssima), por via de norma constitucional de mesma categoria. Percebe-se que se todo direito fundamental tem sua modificação dificultada, os “direitos fundamentais genuínos” têm sua modificação proibida, isto é, só com o surgimento de outro direito fundamental genuíno se substitui aquele que não mais se adapta às opções do Estado. É importante lembrar que a força ativa da Constituição não era aceita por Carl Schmitt, o que o leva a identificar mais facilmente um bloco de direitos imutáveis, uma vez que, segundo ele, os direitos refletem a realidade política (Realpolitik) (HESSE, 1991, p. 13)

Modernamente, é mais difícil aceitar os “direitos fundamentais genuínos”, pois a norma constitucional assume grande força modificadora (ativa) da realidade política; logo é possível que a Constituição suprima um direito de liberdade em prol de um direito social que será implementado, quebrando com isso a quase imutabilidade da qual gozam os direitos fundamentais genuínos. Resta elucidar que a indicação, por Carl Schmitt, de uma categoria genuína não indica que para ele somente esses são direitos fundamentais, e sim, que estes são direitos fundamentais que estarão presentes em todas as sociedades, vez que tratam da limitação da interferência do Estado na vida particular. Mas, como vimos, tal afirmação é questionável modernamente.

O qualitativo “fundamentais” indica que “se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive.” Percebe-se que as idéias esposadas por José Afonso da Silva têm abrigo na teoria dos publicistas alemães, que enfatiza a circunstância de que essa

categoria de direitos varia de acordo com o modelo de Estado, e com perfil político ideológico de cada Constituição, mas sempre, é óbvio, desde que reconhecido pela Lei Maior.

Seguindo com as definições em que tanto o aspecto formal quanto o material são imprescindíveis, fazemos referência aos apontamentos de Araújo (2003), Os direitos fundamentais podem ser conceituados como categoria jurídica instituída com a finalidade de proteger a dignidade humana em todas as dimensões. Por isso, tal qual o ser humano, tem natureza polifacética, buscando resguardar o homem na sua liberdade (direitos individuais), nas suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e na sua preservação (direitos relacionados à fraternidade e à solidariedade). Formam, como afirmado, uma categoria jurídica. Isso significa que todos os direitos que recebem o adjetivo de fundamental possuem características comuns entre si, tornando-se, assim, uma classe de direitos. Nessa medida, possuem peculiaridades individualizadoras que forjam traços diferenciais das demais categorias jurídicas.

Canotilho (1995, p. 498) também vislumbra os direitos fundamentais como categoria jurídico-constitucional, e chega a afirmar que “sem esta positivação jurídicoconstitucional, “os direitos do homem são esperanças, aspirações, idéias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política”. Entende o professor português, respaldado na tese de Robert Alexy, que os direitos fundamentais apresentam dois aspectos: Constitucionalização e Fundamentalização. A constitucionalização seria “a incorporação de direitos subjetivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se o seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário.

Por seu turno, a fundamentalização deve ser entendida como “a especial dignidade de proteção dos direitos num sentido formal e num sentido material”. Normalmente se associa a fundamentalidade formal com a constitucionalização, isto significa que as normas de direito fundamental são de grau superior na ordem jurídica, com modificação dificultada, constituindo o limite material do poder constituinte reformador e, ainda, por serem “normas dotadas de vinculatividade imediata dos poderes públicos constituem parâmetros materiais de escolhas, decisões, acções e controle, dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais”. Por derradeiro, a fundamentalidade material, “significa que o conteúdo dos direitos

fundamentais é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade” (CANOTILHO, 1995, p. 499).

Interessante notar que todos os autores acima elencados identificam um objetivo a ser alcançado por esta categoria de direitos. Muito embora abordem esse fim de forma diferente, concordam que sem o respeito a tais direitos não se alcançará a dignidade humana.

Assim, em que pese a expressão “dignidade humana” corresponder a uma grande abstração, uma coisa se pode concluir: só se alcança a dignidade humana com a concretização dos direitos fundamentais.

Com isso, fechamos nossa abordagem sobre o conceito dos direitos fundamentais, mas sabemos que eles podem ser objeto de estudo de todas as ciências sociais, havendo muitos enfoques para sua análise; contudo, o que se buscou nessas linhas foi um conceito, que não é absoluto, mas nos parece o mais acertado, pois é passível de permanecer no tempo e no espaço.

2 EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Todo e qualquer direito nasce para ser concretizado, mas para que se chegue ao momento da concretização, é necessário percorrer um longo caminho que se inicia com a positivação e passa pela efetivação. A esse recurso dá-se o nome de realização dos direitos fundamentais. Tal processo é análogo ao de concretização tratado por Friedrich Muller e Grau (2003). Por uma questão de precisão terminológica, identificamos concretização apenas como a última etapa deste processo que preferimos chamar de realização, representando a atuação concreta da norma.

No entanto, neste diapasão tem-se a assertiva do constitucionalista português: “a concretização das normas constitucionais implica um processo que vai do texto da norma (do seu enunciado) para a norma concreta – norma jurídica – que, por sua vez, será apenas um resultado intermédio, pois só com a descoberta da norma decisão para a solução de casos jurídico constitucionais teremos o resultado final da concretização” (CANOTILHO, 1995, p. 1184).

Extraí-se do pensamento de Canotilho que o processo de concretização engloba, então, três etapas básicas: 1º) existência de enunciados normativos, que são a forma lingüística de expressão de um determinado significado; 2º) descoberta da norma, que reflete a proposição prescritiva contida no enunciado; 3º) surgimento da norma decisão, caracterizada pelo confronto da norma com o caso concreto, e conseqüente aplicação para sua solução (BOBBIO, 2001, p. 74).

Dentro desta proposta metodológica, o processo de realização será observado, também, em três etapas que, em parte, identificam-se com as idéias de Canotilho, porém sob outro enfoque.

Para que possamos compreender o processo de realização dos direitos fundamentais, que representam avanço e prestígio da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, III, C.F.), torna-se indispensável analisarmos de per si suas etapas:

2.1 A Positivação

A positivação dos direitos fundamentais representa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados em determinada sociedade, imprescindíveis ao indivíduo, retirando do legislador constituído seu reconhecimento e garantia. O questionamento acerca dos direitos fundamentais só se faz presente no Estado Constitucional (Estado de Direito), visto que nele a legalidade (constitucionalidade) atua como elemento garantidor de tais direitos, uma vez que são colocados no ápice da pirâmide normativa logo, neste modelo de Estado, a fonte positiva ganha maior destaque e rompe, de vez, com a concepção jus naturalista dos direitos fundamentais, que vigorou mais como preceito filosófico do que como norma jurídica (SILVA, 2005, p. 72).

A Assembléia Nacional Constituinte, forma do Poder constituinte originário, via de regra, é o órgão responsável por votar e aprovar a Constituição e conseqüentemente os direitos fundamentais. Portanto, deste trabalho do Poder constituinte originário resulta o texto constitucional, que em seu bojo traz os enunciados normativos dos quais serão extraídas as normas que serão concretizadas.

2.2 Enunciados normativos

Como quase tudo na vida, a realização tem início e fim. O ponto de partida deste processo está no texto normativo, enunciados que surgem de maneira originária ou derivada, provenientes da fonte formal positiva. Nessa primeira etapa, questiona-se a norma em si, não sendo destacado seu conteúdo e efeitos.

Os enunciados normativos caracterizam-se como a forma lingüística através da qual um determinado significado é expresso, como dissemos acima, não se confundindo com a norma, pois uma mesma norma pode vir trajada sob diversos enunciados. Para Robert Alexy, a norma é o significado do enunciado. O que estamos dizendo pode ser exemplificado da seguinte maneira. Determina o art. 5º,

LI, da C.F. que “nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei”. Esse enunciado expressa a norma de que o brasileiro nato não pode ser extraditado, mas observe-se que essa mesma norma poderia ter sido enunciada de outra forma, como a seguinte: “é proibida a extradição de brasileiro nato” ou, ainda, “apenas o brasileiro naturalizado pode ser extraditado” (ALEXY, 2008, p. 49-51).

Os enunciados, em si, pouco garantem ao indivíduo, porém são objetos valiosíssimos para que o intérprete possa encontrar a norma (ALEXY, 2008).

2.3 Validade, vigência e eficácia da norma

Para que se possa prosseguir no processo de realização, o exegeta, ao deparar-se com o enunciado normativo, extrairá a norma nele contida, valendo-se do trabalho interpretativo.

As normas de direitos fundamentais são dispositivos normativos assim como as demais, gozando dos mesmos defeitos e virtudes. O intérprete, ao extrair do enunciado normativo a norma, verificará se esta é apta a produzir os efeitos desejados, ou seja, se ela pode ser aplicada aos casos concretos. Mas afinal, quando uma norma está apta para ser aplicada? Para José Afonso da Silva

...aplica-se a lei, interpretando... Mas uma norma só é aplicável plenamente se estiver aparelhada para incidir, o que suscita várias questões, além da interpretação, tal como: estará em vigor? Será válida ou legítima? Será apta para produzir os efeitos pretendidos, ou precisará de outras normas que lhe desenvolvam o sentido? (SILVA, 2003. p. 51).

O que se pode entender da lição mencionada é que uma norma estará apta a incidir desde que seja vigente, válida e eficaz. Faltando qualquer uma dessas condições, em regra, a norma não poderá ser aplicada. Embora a maioria dos constitucionalistas, ao abordar a aplicabilidade das normas, restrinja-se a tratar apenas da eficácia, tal visão parece restritiva demais, uma vez que a atuação concreta da norma depende da presença de todas as condições e não apenas da eficácia. O problema é que as definições de validade, vigência e de eficácia não são objeto de unanimidade na doutrina, chegando alguns autores, como Max Ernest Mayer, Carlos Cossio, Evaristo de Moares Filho a identificá-las como sinônimas, o que em realidade não ocorre. Mostra-se relevante, então, o questionamento

particularizado de cada um desses fenômenos para que possamos compreender a realização dos direitos fundamentais.

2.3.1 Validade das normas

A validade como condição à aplicação das normas é observada por diversos enfoques pela doutrina. Dentre os diversos entendimentos existentes, encontramos a validade como concepção ética ou fundamento axiológico. Utilizando-se deste entendimento de validade, acompanhado da compreensão ocidental de Constituição, tem-se que a Carta Magna será válida se for legítima, ou seja, se provém de Assembléia Constituinte que respeite o senso popular. Mostra-se satisfatório tal entendimento, pois a Constituição é força política que se transforma em força jurídica, não podendo sua validade ser questionada neste último plano, uma vez que é texto originário. Assim, a Constituição encontra seu fundamento, sua compatibilidade, além das normas jurídicas, isto é, na força política instituidora do Estado (DINIZ, 2001, p.33)

2.3.2 Vigência da norma

De acordo com o pensamento de Diniz (2001, p.26), o fenômeno jurídico vigência não está relacionado com a norma em si, mas deve ser analisado na perspectiva do relacionamento entre as normas. O problema da vigência localiza-se no campo temporal de incidência da norma, que vai desde a entrada em vigor até a sua revogação. Como regra, a Constituição entra em vigor com sua promulgação, mas pode acontecer que ela só tenha vigência em data posterior, quando então, estaremos diante da *vacatio constitutionis*. Na história constitucional brasileira, tal fenômeno ocorreu apenas com a Constituição de 1967 que, assinada em 24 de janeiro, entrou em vigor em 15 de março daquele mesmo ano.

Não podemos, portanto, confundir vigência com vigor, porque vigência é o campo temporal de incidência da norma, já o vigor é a qualidade da norma relativa a sua força vinculante. Ambos os conceitos estão intimamente ligados, porque mesmo revogada uma norma, ela continuará a ter força vinculante para os atos praticados antes do vigor da lei nova (v.g. art. 5º, XXXVI; LICC, art. 6º§§1º e 2º).

2.3.3 Eficácia da norma

A idéia de eficácia que se traduz na possibilidade da norma ser aplicada, pode ser examinada de duas maneiras. De um lado, temos a eficácia jurídica, que representa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, seus efeitos jurídicos; eficácia jurídica é verdadeiro pressuposto para a aplicação da norma. De outro, temos a eficácia social que se identifica com a observância da conduta prevista pela norma. Observe-se que a eficácia jurídica é pressuposto para concretização da norma, já a eficácia social encontra-se na outra ponta do processo, representando a própria realização social do comportamento esperado pelo direito.

É interessante observar que existem diversas classificações quanto à eficácia jurídica das normas, partindo todas de um padrão importado da Itália, sendo a de maior destaque na doutrina brasileira a apresentada por Silva (2003), que classifica as normas em normas de eficácia plena, contida e limitada.

Normas de eficácia plena são aquelas que estão aptas a produzir seus efeitos, não necessitando de complementação normativa.(v.g. art 5º, II – legalidade; art 5º, III – proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante). Normas de eficácia contida são aquelas que estão aptas a produzir seus efeitos, mas, podem ser restringidas por alguma outra norma constitucional ou infraconstitucional, mas sempre por necessidade pública. (v.g. art 5º, I – igualdade; art 5º, XIII – livre exercício das profissões) (GUERRA FILHO, 2000, p.165).

Normas de eficácia limitada são as que requerem, para a sua aplicação, integração normativa. Estas últimas dividem-se em duas espécies: de uma parte, as normas de princípio institutivo; de outra, as normas de princípio programático. As últimas veiculam programas a serem realizados pelo Estado, buscando a realização de fins sociais (v.g. art 196-direito à saúde; 205-direito à educação. 227-proteção à criança...). Já as primeiras contêm esquemas gerais (iniciais) de estruturação de instituições, órgãos ou entidades (v.g. art 18, § 2º; 33; 113, 1212, 155, 157 e 524).

O estudo acima realizado quanto à eficácia das normas constitucionais situa-se no campo semântico, isto é, afastado da tensão mútua entre os diversos direitos fundamentais, resultante das relações sociais. Assim, enquanto é possível vislumbrar-se no campo semântico uma totalidade de normas com eficácia plena (ainda que hipoteticamente), no campo pragmático, diante do conflito de normas de direitos fundamentais, ocupantes da mesma posição hierárquica, não encontraremos

direitos absolutos, uma vez que as normas provocam entre si restrições recíprocas. Para Willis Santiago Guerra Filho, saindo do campo semântico e ingressando no campo pragmático não teríamos nenhuma norma com eficácia absoluta, pois as normas se encontram em estado de tensão e mútua restrição (GUERRA FILHO, 2000, p. 167).

2.4 A Efetivação

A efetivação é a atividade intermediária dentro do processo de realização. Esta etapa do processo de realização é responsável pelo preenchimento dos espaços normativos e pela utilização da norma, representando o elo entre a norma e a concretização. Pode-se visualizar a etapa de efetivação em duas atividades diferentes: integração normativa, necessária exclusivamente quando se cogitem normas de eficácia limitada; aplicação, ato que representa a utilização da norma. Esta última atividade não deve ser confundida com a concretização, fenômeno que depende da aplicação da norma, mas que vai além (CANOTILHO, 1995).

O tema, até onde foram nossas pesquisas, nunca foi abordado sob esta ótica, qual seja, a que se propõe a distinguir claramente efetivação e concretização dos direitos fundamentais. Não aspiramos inovação, mas apenas revisitar o assunto sob um enfoque distinto. O fenômeno jurídico por nós denominado de “efetivação” é semelhante ao fenômeno jurídico chamado de “densificação” por Canotilho. Para o constitucionalista português “densificar uma norma significa preencher, completar e precisar o espaço normativo de um preceito constitucional, especialmente carecido de concretização, a fim de tornar possível a solução, por este preceito, dos problemas concretos”. No entanto, percebe-se que a dimensão por nós atribuída à efetivação é mais abrangente do que a dada pelo autor português à densificação, uma vez que esta é atividade singular (integração normativa) ao passo que aquela é atividade composta (integração normativa e aplicação da norma) (CANOTILHO, 1995).

A atividade integrativa (a primeira manifestação do que denominamos “efetivação”) é tipicamente estatal, prevendo a Constituição meios hábeis para romper a inércia do agente público que falta com seu dever legislativo (ou administrativo). Embora os particulares não tenham a obrigação de integrar a Constituição, nada impede que eles, frente a normas de eficácia limitada, estipulem

acordos entre si que venham a suprir a ausência normativa. Já a aplicação da norma (a segunda manifestação do que denominamos “efetivação”) é atividade que pode ocorrer tanto por agentes estatais como por intérpretes populares.

Aplicar significa utilizar algo, pôr em prática. Em nosso caso, trata-se de utilizar a norma retirada do enunciado normativo. Assim, tem-se que a sentença proferida pelo juiz (v. g., reconhecendo o direito fundamental à prestação de saúde médico-hospitalar), o decreto do Executivo (determinando, v.g., a construção de rampa para deficientes), a utilização da norma pelos particulares (a empresa dando aplicação ao art. 7º, XI da C.F., definindo como pagará a participação nos lucros), tudo isso corresponde à idéia de aplicação, mas que ainda não se identifica como concretização. Ao tratarmos da eficácia jurídica, condição para aplicação da norma, constatou-se que algumas normas são suficientes em si, ou seja, não requerem integração normativa, ao passo que outras reclamam tal atividade ((BRASIL, 2005).

De acordo com o grau de eficácia da norma, o processo de realização pode ter maior ou menor duração. Nas normas de eficácia plena e contida, será menor, uma vez que tais normas “nascem” prontas para produzir seus principais efeitos em maior ou menor grau e, assim, podem ser aplicadas. No entanto, nos casos de normas de eficácia limitada, o processo se prolonga no tempo, dado que se faz necessária complementação normativa infraconstitucional (eis um aspecto do que chamamos de efetivação).

A eficácia jurídica indica a possibilidade de aplicação da norma ou, no dizer de Silva (2005. p. 57), “a eficácia jurídica da norma designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau efeitos jurídicos, ao regular desde logo as situações, relações e comportamentos nela indicados”. Um dos problemas da efetivação reside nas normas de eficácia limitada, pois essas normas necessitam de integração normativa. Tais normas carentes de eficácia jurídica geram o fenômeno jurídico da lacuna técnica, que tem por consequência a não aplicação da norma. Nessas hipóteses, é dado ao legislador (ou ao administrador) a tarefa de integrar a Constituição; porém, preocupada esta com o não exercício da atividade legislativa (ou administrativa) necessária para dar eficácia jurídica suficiente às normas, estabeleceu mecanismos hábeis em romper a deficiência trazida pela inércia, ganhando destaque entre elas o mandado de injunção, a iniciativa popular e o controle de constitucionalidade por omissão. Tais instrumentos visam a efetivação da norma para que posteriormente possa ser concretizada.

Guerra Filho (1996) e Hess (1991) chamam a atenção para a impossibilidade de a Constituição por si só realizar qualquer coisa, ou seja, por melhor que se apresente o texto constitucional, ele não tem força para introduzir nas estruturas sociais os ideais projetados, fazendo-se indispensável a presença da vontade constitucional em toda a sociedade, de sorte a dar aplicação, ainda que inconsciente aos direitos fundamentais.

Conclui-se que a plena eficácia jurídica é indispensável para que a norma seja aplicada e concretizada. Assim, as normas de eficácia plena e contida, por não necessitarem de atividade complementadora, poderão, quando preciso, ser utilizadas. Por outro lado, as normas de eficácia limitada reclamam atividade extra, qual seja, integração normativa, e só após esta atividade poderão sofrer atuação concreta

2.4.1 Aplicabilidade imediata da norma

Não poderíamos deixar de tratar do art. 5º, §1º, da Constituição, que dispõe: “as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata”. Normas de aplicabilidade imediata são aquelas dotadas de todos os elementos necessários à sua incidência. Em regra, são de aplicabilidade imediata os direitos individuais e de aplicabilidade indireta as normas de direito fundamental definidoras de direitos sociais, culturais e econômicos (SILVA, 2005, p.176).

Este preceito normativo, de acordo com José Afonso da Silva, não é utilizado pelo STF quando interpreta a Constituição. Para o autor, o órgão máximo do Poder Judiciário analisa as questões constitucionais com olhar privatista. Gilmar Mendes Ferreira, ainda quando Procurador da República, destacou a importância do controle de constitucionalidade como meio hábil em dar efetividade aos preceitos constitucionais, e reforça seu posicionamento com a citação de Erhard Denninger: A efetividade da proteção dos direitos fundamentais para as minorias socialmente discriminadas e grupos não privilegiados depende em última instância da atuação do Poder Judiciário (MENDES, 1994, p.244).

Como assevera José Afonso da Silva, as normas definidoras de direitos fundamentais “são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para o seu atendimento”. E, em relação ao Poder Judiciário, assevera que “...sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode

deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes” (SILVA, 2001, p. 177).

2.5 A Concretização

A doutrina nacional não apresenta de maneira muito clara a definição de concretização e, assim como a doutrina alienígena, utiliza a expressão como sinônimo de interpretação, densificação e até de aplicação. Concretização, como fenômeno jurídico relacionado aos direitos fundamentais, representa a execução ou, se se preferir, a atuação concreta dessas normas. Com isso, afasta-se qualquer confusão terminológica com outros fenômenos jurídicos. Estando presentes todas as condições de aplicabilidade das normas, inclusive a eficácia jurídica plena (fenômenos estes cogitáveis com a só posituação dos direitos fundamentais, como visto), parte-se para a concretização, que é algo que vai além da utilização da norma (aplicação); é a realização concreta, tangível, material dos direitos fundamentais.

A concretização dos direitos fundamentais pode dar-se, basicamente, de duas formas: com a participação do Estado ou sem a participação do Estado. Na primeira hipótese, teremos as sentenças judiciais e os atos do Poder Executivo e Legislativos como atos intermediários (efetivação) que visam à concretização; na segunda, temos os cidadãos, verdadeiros titulares do poder, concretizando a Constituição, como por exemplo: matriculando-se em uma escola (art. 205, caput, da C.F.), vacinando-se ou levando seu filho ao posto de saúde para vacinação (art. 196, caput, da C.F.), respeitando o direito à vida alheia (art. 5º, caput, da C.F.). Nota-se que a concretização ocorre quando o cidadão desfruta do direito, de forma que não basta existir a escola, a vacina no posto de saúde, a expectativa de vida, se elas não forem alcançadas concretamente pelo povo.

A não participação do Estado para a atuação concreta da norma constitucional vai ao encontro dos ideais democráticos e representa a existência de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição, ou seja, todos aqueles que vivem e aplicam a Constituição são seus intérpretes concretizadores. Tanto diretamente como através do Estado, a atuação do cidadão é imprescindível, pois como se depreende do pensamento de Thomas Hobbes, há coisas que só o cidadão pode fazer por ele, cabendo ao povo, simultaneamente, a provocação, a fiscalização do poder público e a concretização por si próprio da Constituição (HÄRBELE, 1997).

o primeiro passo para a defesa dos direitos é o seu conhecimento, o que nos leva à conclusão que muitos concretizam seus direitos ou auxiliam a concretizar os direitos dos outros inconscientemente; porém não se pode negar que quanto mais intenso for o sentimento constitucional em maior grandeza se dará a concretização da Constituição e dos direitos fundamentais. Tal sentimento reclama a compreensão da Constituição quanto ao seu sentido e significados, não se restringe à compreensão dada por juristas; melhor é a compreensão coletiva que produz a interpretação constitucional popular, como adverte Ferraz (1986. p. 169).

Concluimos que a concretização dos direitos fundamentais só é obtida quando o cidadão, concretamente, alcança o gozo daquilo que a Constituição prescreve. A mera sentença judicial, ou decreto executivo apenas indiretamente contribuem para a concretização; daí falarmos que tais atos correspondem à “efetivação” dos direitos fundamentais. A concretização da Constituição representa o estreitamento entre o ser e o dever ser, a obediência leal do preceito normativo. Em outras palavras, a concretização é a eficácia social da norma. O problema é que no Brasil, ainda hoje, a Constituição, ou grande parte dela permanece ineficaz jurídica e socialmente. A inércia dos órgãos responsáveis pela implementação da Constituição é aflitiva à dignidade da pessoa humana. A falta de vontade constitucional dos agentes atuantes em órgãos públicos faz com que a Constituição fique a uma distância abismal da realidade, significando um simples pedaço de papel. A ausência de força normativa da Constituição, resultante da ausência de vontade constitucional, faz com que autores cheguem mesmo a proclamar em alto e bom som, como faz Fábio Konder Comparato, que estamos a presenciar, dolorosamente, a “morte espiritual da Constituição” (STRECK, 2004. p. 14).

3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

À vista da Constituição vigente o controle de constitucionalidade é o jurisdicional, combinando os critérios difuso e concentrado, este de competência do Supremo Tribunal Federal, existindo a inconstitucionalidade por ação ou por omissão (LOURENÇO, 1998).

Dessa forma, temos o exercício do controle por via de exceção e por via de ação direta de inconstitucionalidade e ainda a referida ação declaratória de constitucionalidade. No controle por exceção, qualquer interessado poderá suscitar a questão da inconstitucionalidade, em qualquer processo, seja de que natureza for, qualquer que seja o juízo. Já a Ação Direta de Inconstitucionalidade compreende três modalidades: A) Interventiva, que pode ser federal por proposta exclusiva do Procurador-Geral da República e de competência do Supremo Tribunal Federal (arts. 36, III, 102, I, a, e 129, IV), ou estadual proposta pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado (arts. 36, IV, e 129, IV); interventivas, porque destinadas a promover a intervenção federal em Estado ou do Estado em Município, conforme o caso; B) genérica: B.1) de competência do STF, destinada a obter a declaração de inconstitucionalidade, em tese, de lei ou ato normativo federal ou estadual, sem outro objetivo senão o de expurgar da ordem jurídica a incompatibilidade vertical; é ação que visa exclusivamente a defesa do princípio da supremacia da Constituição (arts. 102, I, a., e 103, incisos e § 3º); B.2) de competência do Tribunal de Justiça em cada Estado, visando a declaração de inconstitucionalidade, em tese, de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual (art. 125, § 2º); C) supridora de omissão: C.1) do Legislador, que deixe de criar lei necessária à eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, especialmente nos casos em

que a lei é requerida pela Constituição; C.2) do Administrador, que não adote as providências necessárias para tornar efetiva a norma constitucional (art. 103, § 2º) (CLEVE, 2000, p.190).

3.1 Defesa e ação

O traço diferencial de uma ou outra das vias de provocação da atividade jurisdicional reside no fato de pela via de exceção (defesa) pretender apenas o interessado ser subtraído da incidência da norma viciada, ou do ato inconstitucional. É certo que, para desobrigar aquele que invocou o supremo vício jurídico, deverão os juizes e tribunais, a que couber o julgamento do feito, pronunciar-se sobre a alegada inconstitucionalidade. Essa pronúncia não é feita enquanto manifestação sobre o objeto principal da lide, mas sim sobre questão prévia, indispensável ao julgamento do mérito. Na via de exceção, o que é outorgado ao interessado é obter a declaração de inconstitucionalidade somente para efeito de eximi-lo do cumprimento da lei ou ato, produzidos em desacordo com a Lei Maior. Entretanto, esse ato ou lei permanecem válidos no que se refere à sua força obrigatória com relação a terceiros (MORAES, 2001).

A via de ação tem por condão expelir do sistema a lei ou ato inconstitucionais, é voltada, exclusivamente, para o bom funcionamento da mecânica constitucional. A via de defesa ou de exceção limita-se a subtrair alguém aos efeitos de uma lei ou ato com o mesmo vício, é instrumento de garantia de direitos subjetivos (MORAES, 2001).

3.2 Descumprimento de preceito fundamental.

Uma das idéias mais defendidas pelos autores brasileiros de Direito Constitucional, desde a segunda metade da última década, tem sido a criação de um equivalente do "Incidente de Inconstitucionalidade" (do direito Alemão) no sistema jurídico brasileiro (MENDES, 1996).

O ponto central da proposta foi a criação de um mecanismo processual que permita ao Supremo Tribunal Federal decidir de imediato uma questão constitucional suscitada em qualquer instância judicial, de modo que todos os processos que tratem da matéria sejam suspensos até a decisão definitiva pela Corte Máxima.

No ordenamento pátrio, a arguição de descumprimento de preceito fundamental é novidade instituída pelo §1º do art. 102 da CF/88, alvo de recente regulamentação pela Lei 9.882, de 03/12/99 (SILVA, 2001).

É instituto bivalente, situado na esfera da competência constitucional do STF, ora revestindo-se de caráter processual autônomo, funcionando como verdadeira ação sumária (arguição autônoma) tendo por objeto "evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público" (caput do art. 1º da Lei 9.882/99), ora equivalendo-se a um incidente processual de inconstitucionalidade (arguição incidental), cabível "quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição" (art. 1º, par. único, inciso I, da Lei 9.882/99). Ademais, preceitua a Lei 9.882/99 que a decisão final da arguição terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público (Lei 9.882/99, art. 10, §3º) (SILVA, 2001).

Principalmente em razão dos efeitos abstratos de sua decisão, a arguição de descumprimento de preceito fundamental em muito se assemelha aos institutos processuais do controle concentrado de constitucionalidade, razão pela qual o Presidente da República, em suas razões de veto ao inciso II do art. 2º da Lei 9.882/99, chegou a afirmar que essa seria a modalidade em que se insere o instituto regulado pelo projeto de lei sob exame (Mensagem nº 1.807, de 03/12/99)

A curiosidade está em que o legislador, a exemplo do que acontece nos países da Europa continental, consagrou uma espécie nova de controle concentrado, extraído a partir da existência de relevante controvérsia constitucional suscitada na sede do controle difuso. A arguição incidental de descumprimento de preceito fundamental completa o intrincado sistema nacional de controle abstrato de constitucionalidade, permitindo ao STF seu exercício mesmo em relação às normas municipais, o que viabiliza a efetiva garantia de supremacia da Constituição Federal, aliada à rápida uniformização de sua interpretação (MENDES, 1996).

A Lei 9.882/99 autoriza, outrossim, a utilização da arguição incidental no controle de constitucionalidade das normas editadas sob o regime constitucional anterior e, apesar de não estar explicitamente prevista esta possibilidade, pode-se, perfeitamente, sustentar seu cabimento em relação a preceito contido em redação anterior de norma reformada da atual Constituição (SILVA, 2001).

Isso porque o cabimento do novel instituto processual constitucional contenta-se com a relevância do "fundamento da controvérsia constitucional", aí incluídas as discussões envolvendo atos anteriores à Constituição vigente, o que abrange, pois, a arguição referente ao descumprimento do texto anterior de artigo constitucional emendado. De efeito, a intenção do legislador foi a de alargar ao máximo a possibilidade dessa forma de controle de constitucionalidade, de modo a englobar as impugnações excluídas da esfera do controle abstrato pela via direta. Por conseguinte, a expressão "incluídos os anteriores à Constituição" permite a interpretação extensiva (SILVA, 2001).

O novo instituto, sem dúvida, introduz profundas alterações no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

Em primeiro lugar, porque permite a antecipação de decisões sobre controvérsias constitucionais relevantes, evitando que elas venham a ter um desfecho definitivo após longos anos, quando muitas situações já se consolidaram ao arrepio da "interpretação autêntica" do Supremo Tribunal Federal.

Em segundo lugar, porque poderá ser utilizado para - de forma definitiva e com eficácia geral - solver controvérsia relevante sobre a legitimidade do direito ordinário pré-constitucional em face da nova Constituição que, até o momento, somente poderia ser veiculada mediante a utilização do recurso extraordinário.

Em terceiro, porque as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nesses processos, haja vista a eficácia erga omnes e o efeito vinculante, fornecerão a diretriz segura para o juízo sobre a legitimidade ou a ilegitimidade de atos de teor idêntico, editados pelas diversas entidades municipais.

A solução oferecida pela nova lei é superior a uma outra alternativa oferecida, que consistiria no reconhecimento da competência dos Tribunais de Justiça para apreciar, em ação direta de inconstitucionalidade, a legitimidade de leis ou atos normativos municipais em face da Constituição Federal. Além de ensejar múltiplas e variadas interpretações, essa solução acabaria por agravar a crise do Supremo Tribunal Federal, com a multiplicação de recursos extraordinários interpostos contra as decisões proferidas pelas diferentes Cortes estaduais (CLEVE, 2000).

O bom observador poderá perceber que o novo instituto contém um enorme potencial de aperfeiçoamento do sistema pátrio de controle de constitucionalidade.

3.3 A coisa julgada inconstitucional

A partir da proposição acima, tentaremos abordar a questão da coisa julgada inconstitucional. Como sucede com os outros órgãos do poder público, também os tribunais podem desenvolver uma atividade geradora de situações patológicas, proferindo decisões que não executem a lei, desrespeitem os direitos individuais ou cujo conteúdo vá ao ponto de violar a Constituição.

Existiria um mecanismo de controle de constitucionalidade da coisa julgada ou esta é isenta de fiscalização?

Depara-se, aqui, com o eterno conflito do Direito quanto a sua preocupação com a segurança e certeza ao mesmo tempo que persegue a justiça. Entretanto, admitir a insindicabilidade de decisões judiciais inconstitucionais seria conferir aos tribunais um poder absoluto e exclusivo de definir o sentido normativo da Constituição: Constituição não seria o texto formalmente qualificado como tal; Constituição seria o direito aplicado nos tribunais, segundo resultasse da decisão definitiva irrecurável. o que não se adequa às noções do Estado de Direito .

Segundo lição de Miranda (2003, p.125), "constitucionalidade e inconstitucionalidade designam conceitos de relação: a relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – uma norma ou um ato – que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível".

A Constituição é dotada de características particulares de cunho ético-jurídico e que expressam a vontade soberana de uma nação. Exatamente por isso se diz ser a conformidade de uma norma ou ato com a Constituição condição para a sua validade e eficácia (MIRANDA, 2003).

A coisa julgada não pode suplantar a lei, em tema de inconstitucionalidade, sob pena de transformá-la em um instituto mais elevado e importante que a lei e a própria Constituição (MORAES, 2001).

Se a lei não é imune, qualquer que seja o tempo decorrido desde sua entrada em vigor, aos efeitos negativos da inconstitucionalidade, por que o seria a coisa julgada?

O tratamento dado pela Lei Maior á coisa julgada não tem o alcance que muitos intérpretes lhe dão. A intangibilidade da coisa julgada, no sistema jurídico brasileiro, não tem sede constitucional, mas resulta, antes, de norma contida no

Código de Processo Civil (art. 457), pelo que de modo algum pode estar imune ao princípio da constitucionalidade, hierarquicamente superior (MORAES, 2001).

O Princípio da Constitucionalidade é informativo da validade de todos os atos emanados do Poder Público, em qualquer de suas esferas. De modo que aqueles atos desconformes à Constituição são dotados de um valor negativo derivado de sua inconstitucionalidade: a nulidade.

A inferioridade hierárquica do princípio da intangibilidade da coisa julgada, que é uma noção processual e não constitucional, traz como consectário a idéia de submissão ao princípio da constitucionalidade. A coisa julgada será intangível enquanto tal apenas quando conforme a Constituição. E desconforme, estar-se-á diante do que a doutrina vem denominando coisa julgada inconstitucional (MORAES, 2001).

A segurança e a certeza jurídica apenas são passíveis de salvaguardar ou validar efeitos de atos desconformes com a Constituição quando o próprio texto constitucional admite. Fora de tais situações, os valores da segurança e da certeza não possuem força constitucional autônoma para fundamentarem a validade geral de efeitos de atos inconstitucionais.

Delgado (2004, p.31), em momento de grande felicidade, afirmou: "não posso conceber o reconhecimento da força absoluta da coisa julgada quando ela atenta contra a moralidade, contra a legalidade, contra os princípios maiores da Constituição Federal e contra a realidade imposta pela natureza".

É princípio geral que as normas inconstitucionais nunca se consolidam na ordem jurídica, podendo a todo o momento ser destituídas judicialmente. A decisão judicial transitada em julgado desconforme a Constituição padece do vício da inconstitucionalidade que, nos mais diversos ordenamentos jurídicos, lhe impõe a nulidade. Ou seja, a coisa julgada inconstitucional é nula e, como tal, não se sujeita a prazos prescricionais ou decadenciais. Se pode o juiz, de ofício, conhecer da nulidade absoluta, nos termos do art. 146 do Código Civil, por maior razão deverá pronunciar a incompatibilidade do ato com a Constituição (DELGADO, 2004).

À parte prejudicada pela nulidade absoluta, ipso iure, não poderá a Justiça negar o acesso à respectiva declaração de invalidade do julgado. A coisa julgada não pode servir de empecilho ao reconhecimento da invalidade da sentença dada em contrariedade à Constituição Federal (MORAES, 2001).

3.4 Remédios constitucionais individuais

Os direitos individuais tornar-se-iam letra morta não fossem acompanhados de ações judiciais que pudessem conferir-lhes uma eficácia compatível com a própria relevância dos direitos assegurados. Assim, é que tais garantias, como se denominam tais ações, tem surgido simultaneamente com a aparição dos próprios direitos fundamentais. O perfil Constitucional destas ações, conhecidas por garantias constitucionais, nada obstante também se constituírem em direitos, são direitos de ordem processual, são direitos de ingressar em juízo para obter uma medida judicial com uma força específica ou com uma celeridade não encontrável nas ações ordinárias (MEIRELLES, 2000).

3.4.1 Habeas corpus

O habeas corpus é inegavelmente a mais destacada entre as medidas destinadas a garantir a liberdade pessoal. Protege esta no que ela tem de preliminar ao exercício de todos os demais direitos e liberdades. Defende-se na sua manifestação física, no direito de o indivíduo não poder sofrer constrição na sua liberdade de locomover-se em razão de violência ou coação ilegal.

Nascido no Direito Inglês, ele de lá se irradia para o mundo. Inicialmente levado pelos colonizadores da América do Norte e depois pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (MORAES, 2001).

Existem duas modalidades desta ação: o habeas corpus denominado preventivo, a ser feito valer antes da perpetração da violência ou da coação, com o objetivo de impedi-la e o habeas corpus suspensivo, a ser utilizado pelo indivíduo quando já consumadas a violência ou a coação. Nesta hipótese, o objetivo da medida é liberar o paciente. O Texto Constitucional não especifica quem pode requerer o habeas corpus. Assim sendo, a legislação infraconstitucional deu plenitude quase absoluta ao tema. Diz o art. 654 do Código de Processo Penal que "o habeas corpus poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público" (BRASIL, 2005).

Em consequência, pode requerer a medida o próprio paciente ou qualquer pessoa mesmo destituída de capacidade postulatória. Não importa se nacional ou estrangeira, física ou jurídica, em nome próprio ou no de outrem, qualquer um pode

impetrar a ordem de habeas corpus. Registra-se ligeira tergiversação quanto à capacidade postulatória do postulante. Uns a exigem outros a dispensam.

O habeas corpus é voltado contra os atos de autoridade. Quando as pessoas privadas constroem outrem ou mesmo detêm em recinto fechado, estão incursas em modalidade criminosa (cárcere privado). O habeas corpus protege a liberdade, mas desde que cerceada por ato de ilegalidade ou abuso de poder. A primeira condição do habeas corpus é a existência de ato lesivo ou de sua ameaça à liberdade de locomoção. Mas esta lesão deverá assumir as funções de violência ou coação ilegal (MORAES, 2001).

Coação, definiu Bastos (1998), é a pressão empregada em condições de eficácia contra a liberdade no exercício de um direito, qualquer que seja este. E violência é o uso de força material ou oficial debaixo de qualquer das suas formas, em grau eficiente para evitar, contrariar ou dominar o exercício de um direito. Em última análise, na lição de Bastos (1998), a violência seria a 'vis compulsiva' a força física e a coação a 'vis moralis'. Para efeito de ordem prática força física seria todo o ato exercido materialmente sobre alguém. E a força física moral, consistiria na supressão do livre-arbítrio. Não é toda violência ou coação que faz emergir o direito ao habeas corpus. Mesmo porque, é próprio do Estado utilizar a violência e a coação como meios assecuratórios da ordem jurídica. O que não se admite é a ilegalidade e abuso de poder na utilização da violência ou coação (BASTOS, 1998).

A constituição fala em abuso de poder, além de ilegalidade. Não há dúvida de que o abuso de poder é sempre ilegal. O inverso, contudo, não é verdadeiro. O Texto Constitucional quis cercar bem a ilegalidade, referindo-se não só à forma em que ela traduz numa violação de um dispositivo legal como também àquelas hipóteses mais fluidas e escorregadias em que não há uma agressão frontal à letra da norma legal. A ofensa é perpetuada contra a sua finalidade. É o que se denomina de desvio de finalidade. O ato é praticado com todas as aparências de legalidade mas, na verdade, esconde um vício recôndito, qual seja o de procurar atingir um fim diverso do previsto na lei (MORAES, 2001).

3.4.2 Mandado de segurança

O mandado de segurança constitui uma forma judicial dos direitos subjetivos, ameaçados ou violados, seja qual for a autoridade responsável. Esta recorribilidade

do indivíduo a um órgão do Estado, a fim de coibir o abuso e a ilegalidade de outros representantes do próprio governo, só se tornou possível mediante a adoção da técnica da separação das funções estatais, preconizada preeminentemente por Montesquieu.

Na realidade, é sabido que o poder é um só. Contudo, as suas emanções ou funções podem ser agrupadas em razão de traços comuns que apresentem e a sua titularidade atribuída a órgãos distintos que, no limite de sua própria competência, se tornam independentes e autônomos (MEIRELLES, 2000).

A Tripartição dos Poderes foi fórmula encontrada para conter o poder pelo próprio poder. As declarações de direitos, por sua vez, traçaram o âmbito de proteção jurídica a ser deferida a todo cidadão, contra as intromissões do Estado. Contudo, faltava ainda assegurar a efetiva obediência àqueles direitos solene e formalmente reconhecidos. Nesse plano se situam, principalmente, o habeas corpus e o mandado de segurança.

A proteção dada pelo mandado de segurança não é extensível a todo e qualquer direito. Requer-se que ele seja "certo e incontestável" ou, em linguagem mais atual "líquido e certo". Deve-se verificar que a certeza e a liquidez do direito não é condição para o deferimento ou concessão da segurança, mas, mais especificamente, para a admissibilidade do seu conhecimento. Pode dar-se que o direito seja líquido e certo para o efeito de justificar o adentramento pelo juiz do mérito do feito, uma vez que já se encontra convencido do suporte fático em que se arrima o autor, sem que, contudo, seja aquele subsumível à norma jurídica invocada, do que deverá resultar, é óbvio, o indeferimento da medida (MEIRELLES, 2000).

O mandado de segurança não ampara mera expectativa de direito. Segundo o Min. Sálvio de Figueiredo, "direito líquido e certo, para fins de mandado de segurança, pressupõe a demonstração de plano do alegado e a inexistência de incerteza a respeito dos fatos" (Rec. Especial nº 10.168-0, publicado no DJU de 20 de abril de 1992, p. 5256). Deve se constatar o direito como efetivamente existente.

Na ausência de direito líquido e certo, configura-se hipótese de carência de ação, quer denegando o writ, quer extinguindo o processo sem julgamento do mérito, mas de qualquer forma, sem a possibilidade de se conceder a segurança.

O mandado de segurança é remédio constitucional destinado à proteção de direito líquido e certo do impetrante contra ato ilegal ou praticado com abuso de poder pela autoridade apontada como coatora. Não se presta à defesa de direitos

que demandem produção de prova, vale dizer, que não possam ser demonstrados de imediato. Em síntese, direito líquido e certo é direito comprovado no momento da impetração (MEIRELLES, 2000).

O mandado de segurança não comporta dilação probatória, por isso, todas as provas tendentes a demonstrar a liquidez e certeza do direito devem acompanhar a inicial. Caso o documento necessário à prova do alegado se encontre em repartição ou estabelecimento público que recuse fornecê-lo por certidão, o juiz ordenará, preliminarmente, por ofício, a exibição. Em se tratando de recusa da autoridade coatora, a determinação judicial será feita no próprio instrumento de notificação.

A medida liminar é uma providência cautelar destinada a preservar a possibilidade de satisfação, pela sentença, do direito do impetrante. Em outras palavras, visa impedir que o retardamento da decisão final venha a torná-la inócua, em razão da irreparabilidade do dano sofrido (MEIRELLES, 2000).

A concessão de liminar encontra de certa forma assento jurídico no próprio Texto Constitucional assegurador do mandado de segurança. Se este objetiva a reparação in natura do direito ofendido, a utilização pelo Judiciário de medidas acautelatórias dos interesses lesados, impõe-se, ainda que não disponha aquele de condições, na ocasião, para proferimento de uma decisão definitiva.

Assim, a liminar não envolve prejulgamento de mérito. É uma decisão autônoma, no sentido de que não vincula o juiz a mantê-la, posto que é precária, nem a permitir que ela influa na formulação do seu juízo por ocasião da sentença, que deverá ser prolatada com a mesma liberdade, tanto no caso de concessão quanto no de denegação da liminar. Constituem requisitos para concessão in limine do ato atacado: a) ser relevante o fundamento do pedido; b) do ato impugnado poder resultar dano não suscetível de reparação pela decisão final (MEIRELLES, 2000).

3.4.3 Mandado de injunção

A garantia sob comento muito claramente evidencia os seus dois pressupostos fundamentais: que haja um direito constitucional de quem o invoca e, em segundo lugar, o impedimento que o impetrante está padecendo de poder exercê-lo por falta de norma regulamentadora (MEIRELLES, 2000).

Não se trata de repor a legalidade ofendida. Não se cuida de assegurar direitos constitucionais feridos por violência ou coação administrativas. Não se cuida

de reparar lesividade causada ao patrimônio público. Não se trata, ainda, de corrigir dados pessoais que órgãos públicos manipulem incorretamente. Não. O de que se cuida o mandado de injunção é de garantir ao impetrante o asseguramento de um direito que, contemplado na Constituição, não lhe é deferido por quem de direito por falta de uma norma regulamentadora que torne viável o exercício do aludido direito.

Mandado de injunção, nas palavras do Min. Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, constitui um dos mais expressivos instrumentos jurídicos de proteção jurisdicional aos direitos, liberdades e prerrogativas de índole constitucional (MEIRELLES, 2000).

Importante consignar que o propósito da garantia não é colher todo e qualquer direito da Constituição. O mandado de injunção só tem cabimento quando a falta de norma regulamentadora impede o exercício dos "direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania". A expressão "direitos e liberdades constitucionais" aponta para as clássicas declarações de direitos individuais. No nosso Texto Constitucional, o tratamento desta matéria é feito de forma moderna, a consagrar não só os direitos e deveres individuais, mas para incluir debaixo do mesmo título "Dos direitos e garantias fundamentais" os coletivos e os sociais (MEIRELLES, 2000).

O mandado de injunção pode ser ajuizado por qualquer pessoa que se sinta impedida de exercitar um direito constitucionalmente assegurado pela falta de norma regulamentadora que viabilize o exercício desse seu direito. É necessária a existência de um direito subjetivo concedido em abstrato pela Constituição, cuja fruição está a depender de norma regulamentadora. Diferente é a situação quando a Constituição apenas outorga expectativa de direito, e, portanto, a norma regulamentadora faltante se presta a transformar essa mera expectativa de direito em direito subjetivo. Nesse caso, não cabe mandado de injunção e sim Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (CF, art, 103, § 2º).

Destina-se a obter uma sentença que declare a ocorrência da omissão legislativa, com a finalidade de que se dê ciência ao órgão omissor dessa declaração para adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (CF, art, 103, § 2º).

O alcance do mandado de injunção é análogo ao da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Nesta, uma vez declarada a inconstitucionalidade, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das

providências necessárias, e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias (CF, art, 103, § 2º). Note-se, por oportuno, que, em se tratando de omissão legislativa inconstitucional, o Supremo tribunal Federal limitar-se-á a dar ciência ao Poder Legislativo para que adote as providências necessárias quando à elaboração da norma integradora. Contudo, ficará a critério desse Poder atender ou não a esta comunicação. O não atendimento não implicará responsabilidade. O mesmo não ocorre quando a omissão inconstitucional for administrativa. Neste caso, o STF, a par de comunicar a inconstitucionalidade por omissão, impõe ao órgão administrativo competente a edição da norma em questão, no prazo de trinta dias, sob pena de responsabilidade.

O Min. Moreira Alves asseverou que "o mandado de injunção é ação mandamental que se propõe contra a autoridade, órgão ou Poder omissos no regulamentar a Constituição, nos casos nela previstos como dando margem à utilização desse instrumento processual, que segue o rito do mandado de segurança, mas que com ele não se identifica, obviamente" (MI n. 284-DF).

Sendo ele procedente, dar-se-á ciência ao órgão incumbido de elaborar o norma regulamentadora faltante, sob pena de não a elaborando dentro do prazo estabelecido, sofrer alguma espécie de sanção, desde que esta seja possível.

3.4.4 Mandado de injunção x inconstitucionalidade por omissão

Não se deve confundir mandado de injunção com a inconstitucionalidade por omissão. A única semelhança entre esses dois institutos reside no fato de que ambos têm cabimento diante da falta de norma regulamentadora que torne viável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. No mais são só diferenças.

A primeira distinção diz respeito à legitimidade ativa. A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão só pode ser proposta pelas pessoas ou entidades arroladas no art. 103, da Constituição Federal, enquanto que o mandado de injunção pode ser ajuizado por qualquer pessoa que se sinta impedida de exercer um direito constitucionalmente assegurado pela falta de norma regulamentadora que viabilize o exercício desse seu direito. Outra distinção é quanto aos efeitos da decisão proferida que, na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, são erga omnes e, no mandado de injunção, são inter partes (CLÈVE, 2000).

3.4.5 Ação popular

Constitui ela, à semelhança do habeas corpus e do mandado de segurança, um meio especial de acesso ao Judiciário. Na ação popular o traço distintivo se radica na legitimação para agir. O referido dispositivo constitucional ao prever que "qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular..." tornou possível a invocação da atividade jurisdicional do Estado, independentemente de o autor ter proveito pessoal na questão. Embora o interesse possa dizer respeito à coletividade como um todo, que é a beneficiária da possível anulação do ato impugnado, o certo é que o autor popular age em nome próprio e no exercício de um direito seu, assegurado constitucionalmente (MEIRELLES, 2000).

Dá-se a consagração de um direito político, de matriz nitidamente democrático, à ajuda do qual o cidadão ascende à condição de controlador da legalidade administrativa. A ação popular constitui um instituto de democracia direta, e o cidadão que intentá-la, fá-lo em nome próprio, por direito próprio, na defesa de direito próprio, que é o de sua participação na vida política do Estado, fiscalizando a gestão do patrimônio público, a fim de que esta se conforme aos princípios da legalidade e da moralidade. Diretamente, o interesse defendido não é do cidadão, mas da entidade pública ou particular sindicável e coletivo, por consequência. Mas também seu, como membro da coletividade. (MEIRELLES, 2000).

Se exige do autor popular não só a qualidade de nacional, mas também a posse dos direitos políticos. Dessa forma, não podem ser impetrantes da garantia constitucional em pauta, por não serem detentoras da qualificação jurídica de cidadãos, as pessoas jurídicas, nem tampouco as físicas que não se encontrem na fruição das suas prerrogativas cívicas.

No que concerne ao ato impugnado, será todo aquele lesivo ao patrimônio público, entendido este nas suas diversas formas (artístico, cultural, paisagístico ou histórico da comunidade), independentemente da pessoa sob cuja tutela se encontre. A destinatária da ação popular não é determinada em função de sua qualificação jurídica, mas sobretudo em razão da circunstância de estar ou não na gestão de bens expressivos do patrimônio público, cuja proteção é a sua finalidade própria (MEIRELLES, 2000).

A condição de natureza objetiva para o exercício da ação popular é que o ato a ser invalidado seja lesivo ao patrimônio público. O Texto Constitucional deixa claro

que se trata de ação que vise anular atos lesivos ao patrimônio de entidades que o Estado participe. A lesividade pressupõe a ilegalidade.

O Judiciário haverá de examinar a sua legalidade porque só sob este ângulo pode ele rever os atos administrativos. Contudo, a ilegalidade pode residir em aspectos intrínsecos ao próprio ato, como a sua forma, por exemplo, assim como em aspectos exteriores a ele mesmo (ausência de causa ou motivo).

A expressão 'entidade que o Estado participe' vem incluir no raio da ação popular não só os entes criados pelo próprio Estado e componentes da chamada Administração Descentralizada, como também aquelas pessoas de direito privado não criadas pelo Estado, mas das quais participe quer pela forma da composição do seu patrimônio inicial, quer por via de dotações destinadas ao seu custeio ou mesmo ao reforço do seu capital (MEIRELLES, 2000).

A novidade consiste na referência à moralidade administrativa como um dos valores a serem protegidos pela ação popular. É a defesa do comportamento eticamente desejável dentro da Administração submetida ao direito e dirigida ao bem comum. Significa um avanço no sentido de uma maior proteção da legalidade administrativa. Sob o manto da moralidade administrativa, tornam-se agora impugnáveis aqueles atos que não consubstanciam necessariamente um esvaziamento patrimonial mas que equívalem a uma utilização da ordem jurídica e dos instrumentos postos ao alcance do administrador para o atingimento de fins não albergáveis pelas normas que lhe conferiram competência.

Está o autor popular isento do ônus da sucumbência com a ressalva de que não se tenha utilizado da ação popular para fins outros que não sejam os da efetiva defesa do patrimônio público. Os efeitos da ação popular se traduzem tanto na anulação do ato praticado, na sua sustação, caso iminente a sua consumação, como também na ordenação da sua prática, na hipótese de omissivo. Ademais, comporta condenação, como co-réus, tanto da pessoa que praticou o ato questionado quando da que dele extraiu proveito (MEIRELLES, 2000).

3.4.6 Habeas data

O objetivo do habeas data é o asseguramento do acesso às informações pessoais do impetrante constantes de registros ou banco de dados de entidades governamentais de caráter público, bem como o direito à retificação de tais dados

quando inexatos. A expressão 'retificação de dados' deve ser entendida amplamente para incluir a própria supressão quando se tratar de informações pertinentes à vida íntima da pessoa (MEIRELLES, 2000).

É necessário que os dados sejam pessoais, é dizer, definidores da situação da pessoa nas diversas searas de sua existência: religião, ideologia, situação econômica, profissional. Contudo, é de se ressaltar que, se não houver uma séria justificativa a legitimar a posse pela Administração destes dados, eles serão lesivos ao direito à intimidade assegurado no inciso X do art. 5, da Constituição Federal. Em princípio, portanto, não há possibilidade de registro público de dados relativos à intimidade das pessoas (MEIRELLES, 2000).

3.5 Remédios constitucionais coletivos

3.5.1 Mandado de segurança coletivo

Até a Constituição de 1988, havia tão-somente o mandado de segurança individual; hoje contempla-se também o mandado de segurança coletivo, que pode ser utilizado por determinadas entidades para defesa de interesses comuns de seus associados (CLÈVE, 2000).

O art. 5º, LXX, da Constituição Federal prevê quem dele pode lançar mão: 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 todas essas entidades a Lei Maior faculta a impetração dessa medida para a defesa dos direitos coletivos da categoria a que representam (BRASIL, 2005).

Mas o elemento nuclear do mandado de segurança coletivo reside no objeto, que há de consistir na defesa de um direito coletivo. Entende-se por direito coletivo aquele que afeta todo um agrupamento de pessoas, unificadas por uma situação de fática assemelhada, assim como definidas por um traço jurídico, que permite apartá-las e isolá-las enquanto grupo. É, enfim, o interesse global de uma categoria. O que se quis foi facilitar o acesso a juízo, permitindo que pessoas jurídicas defendam o interesse de seus membros ou associados sem necessidade de mandado especial. Por último, o mandado de segurança coletivo implica os mesmos pressupostos do mandado individual (CLÈVE, 2000).

3.5.2 Ação civil pública

Antes de analisarmos a Ação Civil Pública cumpre distinguir interesses coletivos de interesses difusos. Naquela há um vínculo jurídico básico. Uma regra *affectio societatis*, que une todos os indivíduos. É o que ocorre nas relações de parentesco, no grupo familiar, no título de acionista na S/A, na qualidade de integrante de determinada categoria profissional, com a qualidade de membro da corporação funcional.

No caso dos denominados interesses difusos, não se nota qualquer vínculo jurídico congregador dos titulares de tais interesses, que praticamente se baseiam numa identidade de situações de fato. Quando nos referimos aos interesses difusos dos usuários de automóveis, por exemplo, abarcamos uma indefinida massa de indivíduos esparsos por todo o país, sem qualquer característica homogênea, mas que praticaram, em comum, a compra e venda de um veículo (MEIRELLES, 2000).

Nesse sentido, o Código de Defesa do Consumidor é claro, definindo o que se deva entender por interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos (art. 81, I, II, III). Estabelecida esta conceituação preambular, cumpre passarmos à análise da Ação Civil Pública, que tem por objeto os interesses coletivos e difusos, para o que a exata compreensão destes se mostrava necessária.

Apesar de a Ação Civil Pública não estar prevista no capítulo dedicado aos direitos e garantias fundamentais, não deixa de constituir-se em uma das garantias instrumentais dos direitos constitucionalmente assegurados. Esta modalidade de ação, além de proteger os valores elencados na Lei n. 7.347/85, teve o seu objetivo amplamente alargado ao estabelecer o art. 129, III, da Constituição Federal, que corresponde ao Ministério Público promover a Ação Civil Pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de "outros interesses difusos e coletivos" (MORAES, 2001).

A Ação Civil Pública, que antes se situava na legislação ordinária (Lei 7.347/85), como instrumento de tutela das interesses difusos ou coletivos, é alçada a status constitucional, a partir da vigência da Constituição de 1988 (BRASIL, 2005).

O Ministério Público é o único incondicionalmente legitimado para propô-la, uma vez que as demais pessoas devem demonstrar legítimo interesse para poder agir, não podendo ir além daqueles interesses descritos na lei. Fica claro ser a Ação Civil Pública meio de proteção de alguns interesses transindividuais, como do meio

ambiente, do consumidor, entre outros. Essa tendência de fortalecer instrumentos de defesas metaindividuais ganhou corpo na Constituição. A Ação Civil Pública consagrou-se aí como meio de defesa de interesses indisponíveis do indivíduo e da sociedade. O juiz poderá conceder mandado liminar com ou sem justificativa prévia em decisão sujeita a agravo (BASTOS, 1998).

Os interesses difusos não pertencem a uma pessoa isolada, nem a um grupo nitidamente delimitado de pessoas (ao contrário do que se dá em situações clássicas como a do condomínio ou da pluralidade de credores numa única obrigação), mas a uma série indeterminada – e, ao menos para efeitos práticos, de difícil ou impossível determinação –, cujos membros não se ligam necessariamente por vínculo jurídico definido.

O interesse difuso, diz Bastos (1998), referem-se a um bem (latíssimo sensu) indivisível, no sentido de insuscetível de divisão em "quotas" atribuíveis individualmente a cada qual dos interesses:

"Interesse indisponível é a pretensão que o interessado não pode transformar em vantagem ou benefício. Diante do interesse indisponível, individual ou social, a ação do indivíduo ou do grupo cessa, já que existe pretensão, mas não a respectiva ação assecutória. Por isso, a regra jurídica constitucional transfere a defesa dos interesses individuais e sociais indisponíveis para a área de competência do Ministério Público, a quem cabe defendê-los, o que, de modo indireto, favorece pessoas físicas e grupos de pessoas, cujas pretensões não se encontram fundamentadas em normas jurídicas".

Fora das hipóteses que lhe são traçadas pela Constituição e pela lei, o Ministério Público não poderá usufruir da competência postulatória para ingressar em juízo como autor de Ação Civil Pública. Faltar-lhe-á, nesse caso, a satisfação do pressuposto que garante a sua legitimação. Em ações assim, poderá eventualmente comparecer nas vestes de *custus legis*.

Uma vez faltando-lhe a legitimidade para ir a juízo como autor de Ação Civil Pública, ao Ministério Público estará vedado a propô-la, pois ninguém pode pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado em lei (art. 6º, CPC).

CONCLUSÃO

Por todo exposto, podemos concluir que:

No Brasil, em matéria de Jurisdição Constitucional, adota-se um sistema misto combinando o controle difuso por via de defesa com o critério de controle concentrado por via de ação.

O Supremo Tribunal Federal não é o único órgão jurisdicional competente para o exercício da jurisdição constitucional já que há o sistema emanado no critério difuso, autorizando qualquer juiz ou tribunal a conhecer da prejudicial de inconstitucionalidade, por via de exceção.

Os remédios constitucionais têm surgido simultaneamente com a aparição dos próprios direitos fundamentais. São direitos de ordem processual que visam a proteção de categoria especial de direitos públicos subjetivos, as chamadas "liberdades públicas", ou direitos fundamentais do homem.

A defesa dos direitos fundamentais do homem faz-se-á através da tutela individual (habeas corpus, habeas data, mandado de segurança, mandado de injunção, ação popular) ou através da tutela coletiva (mandado de segurança coletivo e ação civil pública), com destacada participação do Ministério Público, na proteção dos direitos ou interesses transindividuais ou metaindividuais.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ARAUJO, Luiz Alberto David; JÚNIOR NUNES, Vidal Serrano Nunes. Curso de direito constitucional. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BARROSO, Luís Ro. O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição brasileira. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BASTOS, Celso R. Curso de direito constitucional. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- BATALHA, Wilson de Souza Campos. Introdução ao estudo do direito. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- BOBBIO, Norberto. Teoria da norma jurídica. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2001.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. 35ª ed. atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2005.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1995.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1ª ed., 1997.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito constitucional didático. 8ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- CASTRO, Amílcar de. Direito internacional privado. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

- COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do estado. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- DELGADO, José Augusto. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). Coisa julgada inconstitucional. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.
- DINIZ, Maria Helena. Norma constitucional e seus efeitos. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- FERRAZ, Anna Candida da C. Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. Max Limonad, 1986.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. São Paulo, Saraiva, 23ª ed., 1996.
- GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. Teoria processual da Constituição. São Paulo: Celso Bastos, 2000.
- HÄRBELE, Peter. Hermenêutica constitucional, a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.
- HECK, Luís Afonso. Os direitos fundamentais e o recurso constitucional reciprocamente. Caderno n. 1, ago. 1997. Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Centro de Ciências Jurídicas.
- HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Tradução de Gilmar Mendes Ferreira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- HOBBS, Thomas. Do cidadão. Tradução de Fransmar Costa Lima. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- JORGE, Miguel. Curso de direito constitucional. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- LOURENÇO, Ricardo Lopez. Controle de Constitucionalidade à Luz da Jurisprudência do STF. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção e habeas data. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia de cidadania. Necessidade de desenvolvimento de novas técnicas de decisão: possibilidade de declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no direito brasileiro. Belo Horizonte: UFMG, 1994.

MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição constitucional: o controle abstrato das normas no Brasil e na Alemanha. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. 7ª ed. Coimbra: Coimbra, 2003.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MORAES, Alexandre de. Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais. São Paulo: Atlas, 2001.

NUNES, Rizzatto. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

OLIVEIRA, Almir de. Curso de direitos humanos. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

QUEIROZ, Maria Regina Ferro. O princípio da eficiência na prestação dos serviços públicos e a lei de improbidade administrativa. Revista de Direitos Difusos, São Paulo, ano 2, v. 10, dez. 2001.

SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e hermenêutica, uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.