

Neoconstitucionalismo e Controle de Constitucionalidade:

A Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais como Instrumento de Efetivação dos Direitos Fundamentais ¹

*Carla Lopes Andrade; Francinaldo Santos Carvalho; Vittorio Almada Lima ²
Luiza de Fátima A. Oliveira ³*

RESUMO

O artigo que virá a seguir abordará as principais mudanças de paradigmas e seus efeitos para o Direito contemporâneo, com ênfase na efetivação dos direitos e garantias fundamentais, como preconiza a Constituição Federal. Nesse sentido, surgirá o Neoconstitucionalismo com o objetivo de não apenas relacionar o constitucionalismo à ideia de limitação do poder público, como também buscar a eficácia do texto constitucional, deixando este de possuir um caráter meramente retórico, diante da necessidade de concretização dos direitos fundamentais. Deste modo, será apresentado, posteriormente, o tema do controle de constitucionalidade com ênfase no mecanismo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental como instrumento de garantia e efetivação dos direitos fundamentais defendidos pela Constituição Federal.

Palavras-Chave: Mudanças de Paradigmas. Neoconstitucionalismo. Controle de Constitucionalidade. Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais. Efetivação. Direitos Fundamentais.

1 INTRODUÇÃO

O presente *paper* busca explicitar quais as principais mudanças de paradigmas e seus efeitos para o Direito contemporâneo, com ênfase na efetivação dos direitos e garantias fundamentais, como preconiza a Constituição Federal. Neste sentido, a arguição de

¹Paper apresentado à disciplina de Processo Constitucional da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB.

²Alunos do Curso de Direito, 5º Período/turma B, turno vespertino.

³Prof.^a Orientadora.

descumprimento de preceito fundamental se mostra como um mecanismo de defesa daqueles, embora com certas críticas feitas pela doutrina, relacionadas às suas limitações.

É um tema atual e com importante aplicação jurídica, no que diz respeito aos movimentos de ativismo jurídico. Procurar-se-á mostrar que o processo constitucional pode agir como forma de proteção dos direitos fundamentais, preceito trazido pelo neoconstitucionalismo.

No primeiro capítulo, explica-se o que é constitucionalismo contemporâneo, passando pelas diversas acepções do termo. Em seguida, entram em destaque os conceitos de Constituição, em especial os de Constituição dirigente e Constituição como instrumento de realização da atividade estatal. Por fim, relaciona-se neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e a reserva do possível, de forma a visualizar como estes elementos contribuem para garantir o mínimo existencial.

Nos capítulos seguintes, apresenta-se a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental como um dos instrumentos de controle de constitucionalidade concentrado, apresentando suas características, controvérsias e relacionando-a com os tópicos anteriores. Deste modo, será facilitado o entendimento acerca de como a ADPF pode contribuir para a efetivação material dos direitos fundamentais.

2 MUDANÇA DE PARADIGMA: O NEOCONSTITUCIONALISMO

A época na qual a nação brasileira está atualmente inserida é a do “constitucionalismo contemporâneo”, caracterizada pela presença de documentos constitucionais “amplos, analíticos, extensos, a exemplo da Constituição brasileira de 1988”. O neoconstitucionalismo é correspondente ao constitucionalismo contemporâneo. Aquele é a consagração de ideais pós-positivistas, originadas no período do constitucionalismo moderno, no século XX (BULOS, 2011, p.76).

O constitucionalismo moderno, por sua vez, significa uma “técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos”. Este conceito, portanto, contém um evidente juízo de valor. É, na verdade, uma “teoria normativa da política”, como as teorias da democracia ou do liberalismo (LENZA, 2012, p. 56).

O neoconstitucionalismo caracteriza-se por uma tendência principialista, desenvolvida através dos princípios do próprio Direito. A lei está em um segundo plano em relação aos princípios. Isto se dá por vários fatores, como: o excesso de leis em vigor, a

desconstitucionalização (transferência de assuntos constitucionais para o âmbito legislativo), a desregulamentação (exclusão de matéria constitucional) e a deslegislação (exclusão da lei da ordem jurídica pelo Poder Legislativo) (BULOS, 2011).

É possível falar em um “totalitarismo constitucional”, no momento em que os textos acumulam um relevante conteúdo social, regulamentando normas programáticas – objetivos a serem cumpridos pelo Estado e pelos programas de governo (LENZA, 2012), destacando-se, aqui, o conceito de “Constituição dirigente” defendido por Canotilho, o qual será abordado posteriormente neste trabalho.

A ideia do dirigismo estatal tende a evoluir para o “dirigismo comunitário”, no qual pode ser visualizado na fase atual do constitucionalismo globalizado, difundindo os valores de proteção aos direitos humanos e propagação para outras nações. Há que se destacar também a ideia de proteção aos direitos de fraternidade ou solidariedade, tidos como direitos de terceira geração (LENZA, 2012, págs. 59 e 60).

O neoconstitucionalismo, portanto, tem o objetivo de não apenas relacionar o constitucionalismo à ideia de limitação do poder público, como também (e mais importante) buscar a eficácia do texto constitucional, deixando este de possuir um caráter meramente retórico, diante da necessidade de concretização dos direitos fundamentais. Concretiza-se, desta forma, a implantação de um Estado Social de Direito, significando uma verdadeira mudança paradigmática. (LENZA, 2012) Em resumo, tem como suas principais características:

- a) posituação e concretização de um catálogo de direitos fundamentais; b) onipresença dos princípios e das regras; c) inovações hermenêuticas; d) densificação da força normativa do Estado; e) desenvolvimento da justiça distributiva. [...] o caráter ideológico do neoconstitucionalismo é o de concretizar os direitos fundamentais (LENZA, 2012, p. 62).

2.1 Acepções do Neoconstitucionalismo

O neoconstitucionalismo, segundo Bulos (2011), apresenta diversas características: é equivalente a uma nova teoria de Direito Constitucional; promoveu a constitucionalização do Direito, retirando ramos do âmbito infraconstitucional e passando-os para o campo constitucional; inicia um novo período de hermenêutica constitucional; se refere a uma nova ideologia do Direito; ilustra um panorama de avanços de um novo sistema jurídico e político; instaura um novo modelo de Estado de Direito; e preleciona vários valores.

Com base nestas, o autor em comento traça diferentes acepções do termo neoconstitucionalismo. Conceituar-se-á aqui as mais relevantes para este estudo.

Primeiramente, tem-se o neoconstitucionalismo como um conjunto de ideias advindas de uma “nova Teoria do Direito”, defendendo mais respeito a princípios em detrimento de normas; mais ponderação que subsunção; mais direito constitucional e menos conflitos jurídicos desnecessários; mais atuação judicial (ativismo judicial) e menos criação de leis pelo Poder Legislativo; e mais valores, em detrimento de dogmas indiscutíveis. Nesta acepção, reúnem-se várias teses, como por exemplo: as teses pós positivistas; positivismo inclusivo; moralismo jurídico, dentre outras (BULOS, 2011).

Destaca-se, aqui, a posição de Robert Alexy, o qual propõe que o Direito deva interagir com a moral. Em relação aos direitos fundamentais, prioriza a importância dos princípios e valores (BULOS, 2011).

Outro ponto de vista interessante é o do neoconstitucionalismo como “ponto de confluência entre o positivismo, o jusnaturalismo e o realismo jurídico”, caracterizado por uma confluência de paradigmas. Evita-se, aqui, as concepções unilaterais, as quais tentam dissociar as correntes em questão do pensamento jurídico. Os neoconstitucionalistas que têm esse como ponto de vista entendem como premissa todas essas ideias. De acordo com esta concepção, nada há de contraditório, porque os direitos fundamentais envolvem aspectos multifacetários, envolvendo a soma das três vertentes do pensamento jusfilosófico: o positivismo, o jusnaturalismo e o realismo jurídico (BULOS, 2011).

2.2 Sentidos Contemporâneos de Constituição

Um setor relevante da constitucionalística não admite a ideia da Carta Maior como simples instrumento de governo. Desta forma, surgem outras formas de se entender o que é a Constituição. Comentar-se-á quais se fazem relevantes para o estudo do neoconstitucionalismo, iniciando pela “Constituição dirigente”, que tem como principal defensor Canotilho (BULOS, 2011).

Nesta, a Constituição deve dirigir a ação governamental do Estado, propondo um “programa de conformação da sociedade”, estabelecendo, desta forma, uma direção política de maneira permanente. O texto constitucional é, nesta concepção, lei material que preordena programas a serem realizados, “objetivos e princípios de transformação econômica e social” (BULOS, 2011, p. 109).

A ideia de constituição dirigente diverge da concepção tradicional de Constituição. Esta última entende-a como “lei processual ou instrumento de governo, definidora de competências e reguladora de processos” (BULOS, 2011, p. 110).

Além desta concepção, é importante citar a ideia de “Constituição como instrumento de realização da atividade estatal”, defendida por R. Bäumlín. O texto maior, sob esta visão, é o ordenamento global do Estado e da sociedade, ao passo que também significa um projeto de determinação da sua identidade. Se assemelha com a tese da Constituição dirigente, por propor o estabelecimento de metas para a atividade estatal (BULOS, 2011, p. 110).

2.3 A Efetivação de Direitos Fundamentais e a “Reserva do Possível”

Percebe-se que, a partir dos valores defendidos pelo neoconstitucionalismo, a tutela jurídica volta-se à proteção da dignidade da pessoa humana, estendendo-se esta acepção para toda e qualquer relação (incluindo entre sujeitos privados). O neoconstitucionalismo busca evitar a manifestação de poder na qual uma pessoa ou mais pessoas têm seus direitos violados ou ameaçados. A Constituição Federal de 1988 significou um marco neste tipo de tutela, contemporânea ao Estado Democrático de Direito (CAMBI, 2007).

No Brasil, o controle abstrato ou concentrado de constitucionalidade (o qual será amplamente estudado mais adiante neste *paper*) foi ampliado pela Constituição Federal de 1988, através do alargamento do rol de legitimados ativos e da criação de outros instrumentos, como a ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e a ação direta interventiva (CAMBI, 2007).

Por sua vez, faz-se necessário explicar a importância da reserva do possível para a atuação jurisdicional na defesa e efetivação de direitos fundamentais.

A reserva do possível busca identificar o fenômeno econômico relacionado aos recursos disponíveis, porém limitados, diante das necessidades infinitas a serem fomentadas com a aplicação dos direitos. Por óbvio, a efetivação de direitos pressupõe custos, a serem suportados pelo Estado. Desta forma, a postura do ativismo judicial deve ser reservada à “concretização das condições materiais mínimas de tutela da dignidade da pessoa humana (mínimo existencial) (CAMBI, 2007).

3 A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para um maior entendimento acerca desse capítulo, é importante que, primeiramente, seja explicado o que é a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A ADPF surgiu com a Constituição Federal de 1988 para suprir as lacunas do controle de constitucionalidade concentrado. É uma ferramenta do Direito Constitucional brasileiro utilizada para evitar ou reparar alguma afronta a um preceito fundamental resultante de um ato advindo do Poder Público. Incluem-se aí também os atos anteriores à promulgação da Constituição Federal de 1988.

Para Marcelo Novelino (2012):

“A ADPF possui caráter subsidiário, sendo cabível apenas quando não existir outro meio eficaz para sanar a lesividade (artigo 4º, § 1º, Lei 9.882/99). Apesar de parte da doutrina questionar constitucionalidade desse dispositivo, a legitimidade desse dispositivo legal, a jurisprudência do STF tem considerado que a ausência deste requisito é causa obstativa do ajuizamento da ação.”

A afirmação acima confirma o caráter subsidiário da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Em nosso ordenamento jurídico, a ADPF é regida pelo artigo 102, § 1º da Constituição Federal, de acordo com a Emenda Constitucional n. 3/93, o qual assevera que tal ação de controle de constitucionalidade será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. A lei a qual o dispositivo se refere é a Lei n. 9.882/99, a qual regulamenta tal dispositivo constitucional definindo os procedimentos para tal arguição. Portanto, fica evidente que antes do advento de tal lei, o artigo 102, § 1º da Constituição Federal consistia numa norma de eficácia limitada, já que ainda necessitava da referida lei para descrever a forma dessa nova ação constitucional, fazendo com que o STF não pudesse apreciá-la.

3.1 O Conceito de Preceitos Fundamentais

Facilitando uma maior compreensão acerca da ADPF, é importante expor o conceito de preceito fundamental. Tal exercício é dificultado na medida em que tanto a Constituição Federal como a lei infraconstitucional deixaram de expressar tal conceito. Portanto, cabe à doutrina e, em última instância, ao STF, tal tarefa. O Supremo Tribunal Federal possui um rol exemplificativo a respeito de tal conceituação. Expõe os artigos 1º a 4º

da Constituição Federal, que abordam os princípios fundamentais, os artigos 5º a 17 da CF, que abordam os direitos e garantias fundamentais, artigo 34, VII, que trata dos princípios sensíveis, o 37 que aborda os princípios norteadores da Administração Pública e, por último, o artigo 60, § 4º, as cláusulas pétreas da Carta Magna. Admite ainda como parâmetro o artigo 196, que diz respeito ao direito à saúde e o artigo 225 que diz respeito ao direito ao meio ambiente. Entretanto, o STF ainda não obteve um entendimento pacífico sobre o que seriam tais preceitos fundamentais. Até então, em algumas hipóteses apenas se referiram ao que não seria um preceito fundamental. Vejamos um exemplo exposto por Pedro Lenza:

“Na apreciação da questão de ordem da ADPF n. 1-RJ, apresentada pelo Ministro relator Néri da Silveira, o Tribunal não conheceu de arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada pelo PC do B, contra o ato do prefeito do município do Rio de Janeiro que, ao vetar parcialmente, de forma imotivada, projeto de lei aprovado pela Câmara Municipal – que eleva o IPTU para exercício financeiro de 2000 – teria violado o princípio constitucional da separação de poderes. Considerou ser incabível na espécie de ADPF, dado que o veto constitui ato político do Poder Executivo, insuscetível de ser enquadrado no conceito de ato do Poder Público, previsto no artigo 1º da Lei n. 9.882/99”.

Visto que o STF ainda não definiu o que entende por preceito fundamental, dando a entender que tal definição surgirá a partir de cada caso concreto e não de maneira ampla, vejamos a seguir o entendimento de parte da doutrina. Para o Professor Cássio Juvenal Faria, os preceitos fundamentais seriam:

“Normas qualificadas, que veiculam princípios e servem de vetores de interpretação das demais normas constitucionais, por exemplo, os princípios fundamentais do Título I (arts. 1º ao 4º); os integrantes da cláusula pétreia (art. 60, § 4º); os chamados princípios constitucionais sensíveis (art. 34, VII); os que integram a enunciação dos direitos e garantias fundamentais (Título II); os princípios gerais da atividade econômica (art. 170); etc”.

Outra visão é a de Uadi Lammêgo Bulos que afirma que “qualificam-se de fundamentais os grandes preceitos que informam o sistema constitucional, que estabelecem comandos basilares e imprescindíveis à defesa dos pilares da manifestação constituinte originária”. Ele cita alguns exemplos como os artigos 1º, 2º, 5º, II, entre outros.

3.2 O Procedimento da Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais

Após a conceituação desses elementos iniciais acerca da ADPF, será apresentado nesse momento como procede tal ação de controle de constitucionalidade. Como citado anteriormente, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é de

competência originária do Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. Em relação a tal competência, Pedro Lenza faz a seguinte reflexão:

“O que se percebe então é que, de maneira inovadora, a nova lei atribuiu competência originária ao STF para apreciar não só a lesão ao preceito fundamental resultante de ato do Poder Público, como verdadeiro controle concentrado de constitucionalidade de leis ou atos normativos, além dos federais, estaduais ou municipais e atos anteriores à Constituição, lecionadores de preceitos fundamentais, cuja constitucionalidade será apreciada em seguida”.

Em relação aos legitimados para a propositura da ação são os mesmos legitimados para a propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade. Segundo o artigo 103, I a IX da Constituição Federal e o artigo 2º, I a IX da Lei n. 9.868/99, esses são: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do DF, o Procurador Geral da República, o Conselho Federal da OAB, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Em relação à própria Lei n. 9.882/99, o artigo 2º, II, permitia a legitimação para qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público. Entretanto, tal dispositivo foi vetado. Porém, apesar do veto, o artigo 2º, § 1º de tal lei assevera que o “interessado, mediante representação, pode solicitar a propositura de ADPF ao Procurador Geral da República, que, examinando os fundamentos jurídicos do pedido, decidirá do cabimento do seu ingresso em juízo”.

Em relação ao procedimento da ADPF, vejamos as considerações principais acerca desse tema. A ação deverá ser proposta por um dos legitimados ao STF. O relator sorteado deverá analisar, primeiramente, os requisitos formais da petição inicial. Esses deverão conter todos os requisitos expressos pelo artigo 282 do Código de Processo Civil, “além das seguintes regras regimentais: a indicação do preceito fundamental que se considera violado, a indicação do ato questionado, a prova da violação de preceito fundamental, o pedido com suas especificações e, se for o caso, a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado” (LENZA, 2007).

De maneira liminar, faltando um dos requisitos apontados ou havendo inépcia da petição inicial e, portanto, não sendo o caso de arguição, o relator poderá indeferir tal petição. Entretanto, é cabível o recurso de agravo, num prazo de cinco dias, para afrontar tal

decisão. É importante salientar que, havendo qualquer outro meio eficaz para sanar tal ato lesivo, a arguição não será admitida, segundo o princípio da subsidiariedade.

Havendo a apreciação do pedido de liminar pelo relator, este deverá solicitar às autoridades responsáveis por tal ato, as informações necessárias, num prazo de 10 dias. Pode o relator também, caso haja necessidade, ouvir as partes em tais processos, designar perito ou comissão de peritos, se valer de declarações de autoridades na matéria arguida em audiências públicas, entre outras ações previstas no artigo 6º, § 1º da Lei n. 9.882/99. Poderão também, ser autorizadas pelo relator, sustentação oral e juntada de memoriais, via requerimento dos interessados no processo. Após ouvir o Ministério Público, o relator se valerá de um relatório da com cópia para todos os demais Ministros do STF, solicitando data para julgamento. No julgamento, a “decisão sobre a arguição será proferida pelo quórum da maioria absoluta (art. 97 CF), desde que presente o quórum de instalação da sessão de julgamento, previsto no art. 8º da lei, qual seja a exigência de estarem presentes pelo menos 2/3 dos Ministros, ou seja, pelo menos 8 dos 11 Ministros” (LENZA, 2007). É importante deixar claro que a decisão, julgando procedente ou improcedente a arguição, é irrecorrível, não podendo ser objeto de ação rescisória, segundo o artigo 12 da Lei n. 9.882/99. É ressaltado também que a decisão é imediata e auto-aplicável, na medida em que o Presidente do STF fará tal determinação.

Esse capítulo teve o objetivo principal de apresentar os fundamentos da ação de controle de constitucionalidade referente à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Posteriormente, nesse trabalho, será apresentada a importância e a relevância de tal arguição na efetivação material dos direitos fundamentais garantidos formalmente pela Constituição Federal do Brasil.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A arguição de descumprimento de preceito fundamental busca preservar valores que são fundamentais para a ordem constitucional, a fim de dar unidade, coerência e segurança ao arcabouço jurídico brasileiro.

Preceitos fundamentais, como explicitado anteriormente, são diretrizes presentes no art. 1º da Carta Magna, e neste está presente a tutela à dignidade da pessoa humana, princípio basilar de vários outros direitos e garantias fundamentais presentes no ordenamento jurídico pátrio. Portanto, é um mecanismo que foi criado em conformidade com o constitucionalismo contemporâneo, embora algumas correntes doutrinárias ainda aleguem

inconstitucionalidade. É uma via excepcional, portanto criticada no que diz respeito às suas limitações.

Embora existam tais percalços, a arguição de descumprimento de preceito fundamental é um dos vários mecanismos de controle de constitucionalidade, de via concentrada, que deve ser utilizado em conjunto com os outros, para dar efetividade ao que o neoconstitucionalismo tem como prioridade: o ativismo judicial, a atenção aos princípios constitucionais e a garantia aos direitos fundamentais da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16.ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 7. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Método, 2012.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. Panóptica, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007. Disponível em: <www.panoptica.org>. Acesso em 16 de maio de 2015.