



**A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL NA  
PERSPECTIVA DO CONCEITO FUNDAMENTAL DE AÇÃO: O RESGATE DE SEU  
SENTIDO CONSTITUCIONAL**

*THE CLAIM OF NON-COMPLIANCE WITH A FUNDAMENTAL PRECEPT FROM THE  
PERSPECTIVE OF FUNDAMENTAL CONCEPT OF ACTION: THE RESCUE OF ITS  
CONSTITUTIONAL SENSE*

---

**Marcelo Barros Jobim**

Doutorando em Direito na UFBA. Mestre em Direito Público pela UFPE. Professor de Direito Constitucional do Centro Universitário CESMAC, Maceió, Alagoas, Brasil.

**Dirley da Cunha Jr.**

Pós-Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa. Doutor em Direito pela PUC/SP. Mestre em Direito Econômico pela UFBA. Professor de Direito Constitucional da UFBA, Salvador, Bahia, Brasil.

**Resumo**

O presente artigo analisa o conceito fundamental de ação com o objetivo de identificar o real sentido constitucional da ADPF, e em cotejo com a própria norma da Constituição, haja vista sua avaliação doutrinária quase sempre ser feita apenas com base na Lei 9.882/99, que é vista como criadora de uma espécie de controle concentrado de constitucionalidade. Identifica uma outra forma de bloqueio legislativo, além dos apontados por Rosalind Dixon na presente Revista, em sua análise sobre o “argumento central da forma fraca do controle de constitucionalidade”. O estudo sustenta que a norma constitucional da ADPF trouxe, em verdade, uma importante e inovadora garantia fundamental, de forma a enriquecer a jurisdição constitucional como instrumento de democracia participativa, mas que foi bloqueada pela sua regulamentação legal, exigindo ou uma alteração da lei ou o exercício da forma forte de controle de constitucionalidade por parte da Corte constitucional no sentido do resgate de sentido normativo.

**Palavras-chave:** Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Bloqueio legislativo. Conceitos fundamentais.

Jurisdição constitucional.

### Abstract

This article analyzes the fundamental concept of action in order to identify the real constitutional sense of the Claim Of Non-Compliance With a Fundamental Precept, and in comparison with the Constitution's own norm, given that its doctrinal evaluation is almost always based only on Law 9.882/99, which it is seen as the creator of a kind of concentrated control of constitutionality. It Identifies another way of legislative blocking beyond that it was showed by Rosalind Dixon in this periodical in her study about “the core case for weak-form judicial review”. The paper argues that the constitutional norm has brought, in truth, an important and innovative fundamental guarantee, in order to enrich constitutional jurisdiction as an instrument of participatory democracy but it was blocked by its legislative regulation. In this case, it demands the changing in the law or the strong-form of judicial review by the constitutional court.

**Key-words:** Claim Of Non-Compliance With a Fundamental Precept. Legislative blocking. Fundamental concepts. Constitutional jurisdiction.

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Enquanto mecanismo de compreensão do fenômeno jurídico, têm-se que a Teoria Geral do Direito criaria conceitos abstratos *a priori* insuscetíveis de serem vinculados a uma realidade jurídica concreta ou positiva. Dentro dessa generalidade da teoria do direito, encontra-se a sistemática do Processo como parte integrante do universo jurídico, e que, por possuir as suas específicas peculiaridades epistemológicas, vai exigir a elaboração de uma respectiva Teoria Geral, só que agora abordando o universo processual. Dessa forma, a Teoria Geral do Processo também vai definir conceitos lógico-jurídicos de caráter abstrato, dentre eles, podemos apontar os conceitos de ação, decisão, capacidade processual, exceção etc.

Como observa Humberto Ávila (2016, p. 23) no Prefácio do livro *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa Desconhecida*, do professor Fredie Didier Jr., essa concepção é controversa na doutrina, havendo “aqueles que não admitem a existência de conceitos jurídicos que sejam concebidos *a priori* e que tenham pretensão de universalidade”. Para estes, segundo Ávila, os conceitos precisam estar fundados em determinado ordenamento jurídico, de modo que os conceitos fundamentais, em vez de lógicos, e, portanto, necessários, são apenas conceitos com grau de generalidade

e abstração maiores do que outros, não sendo, por conseguinte, nem necessários, mas apenas jurídicos e contingentes.

Dessa observação de Ávila, podemos depreender que conceitos jurídicos fundamentais são aqueles construídos pela Teoria do Direito com certo grau de generalidade e abstração, mas que tanto são vistos por uns como conceitos lógicos-jurídicos, como uma categoria *a priori*, ou, por outros, como conceitos atrelados a uma realidade contingente. Assim, o que parece inicialmente é que os conceitos jurídicos fundamentais, sempre associados a conceitos lógicos-jurídicos, em nosso sentir, são fruto de uma importante construção acadêmica, uma vez que eles fazem parte de uma concepção teórica que não se restringe a um sentido apriorístico, de natureza, digamos, metafísica.

Entendemos aqui ser possível compreender os conceitos jurídicos fundamentais num sentido contingente, ou mesmo a partir da tradição ou de uma perspectiva histórica, mas sempre de algo empiricamente verificável, embora distinto, aí sim, dos conceitos jurídicos-positivos, em termo de normas positivas, tanto no universo do monismo ou do pluralismo jurídico.

Pois bem. Acompanhando a visão que Ávila identifica como relacionada aos empiristas do Círculo de Viena, e, portanto, tomando partido na polêmica, apresentamos uma contribuição para a compreensão de conceitos jurídicos fundamentais. Em sintonia com a compreensão sugerida, buscaremos identificar o sentido constitucional da Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais (ADPF), e isso em cotejo com a própria norma da Constituição, haja vista sua avaliação doutrinária quase sempre ser feita apenas com base na Lei 9.882/99.

A Lei que regulamenta a ADPF é vista como criadora de um modelo de processo constitucional de controle concentrado de constitucionalidade, mas a doutrina dificilmente avalia o que trouxe, em essência, o próprio artigo 102, § 1.º da Constituição para ordem jurídica brasileira. E essa avaliação pode ser feita a partir de conceitos fundamentais extraídos de vários fatores, como o uso tradicional de alguns termos jurídicos e reproduzidos agora na Constituição, ou mesmo da experiência política que o novo modelo constitucional procurou superar com o processo de redemocratização.

O trabalho visa responder a seguinte indagação: existe um sentido constitucional próprio da ADPF que o aproxima mais de uma garantia fundamental, e que foi distorcido pelo legislador ao transformá-lo em um sistema de controle

concentrado de constitucionalidade? Tal distorção acompanha o sentido de “bloqueio legislativo” discutido por Rosalind Dixon em seu estudo sobre as formas fraca e forte de controle de constitucionalidade, no qual chega a identificar na Corte a capacidade de combater tais bloqueios. (DIXON, 2019)

A análise desenvolvida será pautada em uma pesquisa eminentemente teórica de cunho dedutivo, a partir de referências e fontes bibliográficas pertinentes ao tema proposto, com ênfase nos estudos referentes à Teoria Geral do Processo, a exemplo dos realizados por Fredie Didier Jr.

No item 2, será abordada a racionalidade dos conceitos jurídicos fundamentais e sua relação com os ramos do Direito, tema controvertido na doutrina, mas que ainda provoca interesse. No item 3, serão analisadas a norma processual e a norma material no contexto do Estado democrático, com o objetivo de apreciar o sentido de sua relação com a Constituição. No item 4, será feita uma avaliação do conceito tradicional de jurisdição e sua relação com as ações de controle concentrado, para ao final, no item 5, identificar o alcance normativo da Arguição prevista no § 1.º do artigo 102 da Constituição, encarando-a como remédio constitucional em face do conceito de ação.

O que tentaremos demonstrar é que a ADPF pode ter muito mais características de um novo remédio constitucional do que a de um outro modelo de controle de constitucionalidade. Este é o ponto, ao nosso ver, ainda obscurecido pela doutrina e que ora nos propomos a esclarecer, sem, por óbvio, ter a pretensão de esgotar o tema, mas apenas apontando e sugerindo o rumo para uma legítima discussão.

## **2. A RACIONALIDADE DOS CONCEITOS JURÍDICOS FUNDAMENTAIS E SUA RELAÇÃO COM OS RAMOS DO DIREITO**

Se a Teoria Geral do Direito cria conceitos abstratos *a priori* insuscetíveis de serem vinculados a uma realidade jurídica concreta ou fática, estes são passíveis de serem aplicados formalmente entre os diferentes ramos jurídicos. Mas na compreensão de uma Teoria Geral do Processo, os conceitos lógicos-jurídicos processuais, em que pese a sua abstração e generalidade epistêmica, não refletem necessariamente as temáticas de outras áreas do Direito.

É que essas diferentes áreas, assim como o Processo, também são partes integrantes do universo jurídico, e que, por sua vez, vão encarecer a formação de

suas respectivas teorias gerais: Teoria Geral do Direito Civil, Teoria Geral do Direito Penal e outras. E não para por aí, pois a própria Teoria Geral do Processo também pode ser repartida em teorias gerais de cada instituto processual, como a Teoria Geral das Provas e a Teoria Geral da Execução, para citar algumas.

Dessa forma, em termos estritamente epistemológicos, assim como o conceito lógico-jurídico de direitos fundamentais, indispensável para a compreensão do Direito Constitucional, não reflete a temática do Direito Processual, também o conceito lógico-jurídico de legitimação extraordinária, indispensável para a compreensão do Direito Processual, não reflete a temática do Direito Constitucional. Mesmo as implicações recíprocas entre os institutos de ramos jurídicos diversos, que possuem os seus respectivos campos de formação conceitual, não infirma essa observação.

Ou seja, a judicialização de Direitos Fundamentais vai implicar a análise da legitimação para ingressar em juízo, ainda mais quando se está diante da tutela processual de interesses coletivos. Entretanto, o eventual resultado negativo quanto à definição da legitimidade processual, nessa hipótese, não reflete a definição do direito fundamental respectivo e seu devido reconhecimento.

Isso significa que pode haver direito fundamental (enquanto pretensão) sem legitimação processual e vice-versa, não podendo o conceito lógico-jurídico do instituto de um ramo do direito definir as características do instituto do outro. Cada qual vai ser definido a partir de seu conceito, que, enquanto tal, é ao mesmo tempo um conceito jurídico fundamental para a compreensão de seu respectivo ramo do direito.

Uma decisão judicial ou uma lei não deve estar em conformidade apenas com a normatividade<sup>1</sup>, expressa aqui nos conceitos jurídicos positivos, mas deve ter coerência também com os conceitos lógico-jurídicos elaborados pela Ciência jurídica do ramo do direito aplicável, ou seja, com os respectivos conceitos jurídicos fundamentais. Para Fredie Didier Jr. (2016, p. 151): “[...] a lei deve observar os conceitos construídos pela Teoria Geral do Direito e, conseqüentemente, pela Teoria Geral do Processo”.

O que se pode dizer é que a Teoria Geral do Direito, ao construir os conceitos lógicos-jurídicos, não tem apenas o papel de uma já significativa precisão epistemológica, mas também tem a importante função legitimadora do sistema jurídico, servindo de base para a doutrina em sua função de “influenciar e criticar as

---

<sup>1</sup> No caso da lei, a conformidade com a Constituição.

decisões jurisprudenciais”, bem como a de “controlar a atuação judicial” (RODRIGUES JÚNIOR, 2010).

Além de se fazer a análise conceitual, pretende-se ainda observar a indispensabilidade de uma avaliação ideológica e sua relação de interdependência com os conceitos jurídicos fundamentais. Há aqui uma espécie de simbiose metodológica entre ambas as categorias. Não se pode analisar (Análítica Jurídica) os institutos processuais, de forma a conceituá-los lógico-juridicamente, sem perceber as injunções que sobre eles exercem as disputas de interesses na sociedade..

Por outro lado, também não se pode identificar as corrupções sistêmicas causadas por esses interesses se não houver uma precisa delimitação conceitual dos institutos jurídicos-processuais. É que, assim entendemos, não se pode afirmar que tal ou qual procedimento está maculado por essas injunções sem que se demonstre a não correspondência com a higidez dos conceitos lógico-jurídicos, enquanto conceitos fundamentais.

Apenas para ilustrar, podemos observar o hiato entre as conclusões dos mais abalizados estudos jurídicos-científicos da doutrina penal ou processual penal e as práticas governamentais que promovem o hoje denominado Estado de coisas inconstitucional do sistema prisional no Brasil.

Para se denunciar que o processo em determinados casos foi ilegítimo, por exemplo, não se deve apenas observar o embasamento legal das atividades de defesa ou execução ali exercidas, mas também compará-las com os conceitos lógico-jurídicos desses institutos tipicamente processuais, sem esquecer suas implicações ideológicas. E isso se dá em qualquer ramo processual, como numa reintegração de posse, onde o conflito é entre grandes corporações e sem-tetos (caso Pinheirinho).

O mais importante é reconhecer que o Processo, como um dos pilares do Estado de Direito, em razão de sua função de balizador do Poder estatal, pode servir, paradoxalmente, como a “produção do ilícito pela imposição do direito”, como foi observado por Marcelo Neves (2018, p. 305).

Nesse sentido, há o risco de se permitir a instrumentalidade política do processo com o sinal trocado. Diferentemente do conceito de instrumentalidade de Cândido Dinamarco (2009, p. 177), que está condicionado aos vários escopos do processo com viés democrático, o processo pode ser usado como ferramenta de dominação, tanto política quanto de setores privilegiados da sociedade.

Assim, para evitar a colonização conceitual do direito e do processo pelos

grupos dominantes, os conceitos jurídicos fundamentais, enquanto conceitos lógicos-jurídicos que respaldam cientificamente as respectivas áreas do Direito, sevem como um importante referencial para a legitimidade dos atos políticos, sejam legais, executivos ou jurisdicionais.

O que podemos concluir parcialmente é que a racionalidade não é fruto de uma universalidade abstrata, geralmente proposta e imposta por uma força político-econômica, mas deve ser produzida dialeticamente a partir dos embates legítimos entre interesses divergentes, daí a formação do sentido de um processo justo.

Vejam, a seguir, o tema sobre a perspectiva da distinção entre norma material e norma processual.

### **3. A NORMA PROCESSUAL E A NORMA MATERIAL NO CONTEXTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO**

Para se definir uma norma é preciso que se possa identificar o seu objeto, ou seja, saber sobre qual fenômeno recai seu preceito. A norma processual tem por objeto o processo, o qual é visto sob vários sentidos, resultando, assim, na possibilidade de mais de uma definição.

Pela lição de Didier (2017, pp. 36 e 37), podemos encontrar, no âmbito da Teoria Geral do Direito, a concepção do processo como um método de exercício da jurisdição, e, sob a perspectiva da Teoria do Fato Jurídico, o processo como um ato jurídico complexo, sinônimo de procedimento. E há, ainda, a definição do processo como uma relação jurídica, sendo também necessário reconhecer que a norma processual tem por objeto essa relação jurídica processual.

Nesse último sentido, o que se tem como certo é que o próprio Direito (*rectius*: norma jurídica) tem por objeto uma relação intersubjetiva, ou relação entre sujeitos, que, em sendo conflituosa, surge a necessidade de uma decisão impositiva (jurídica). Desde o advento do Estado de Direito, o Estado, enquanto poder político, passou a ser visto como sujeito de direito, e todo sujeito de direito é passível também de obrigações, representada, na perspectiva do Estado, pela noção de limitação do poder.

Assim, a relação deste novo sujeito político com outros sujeitos deixa de ser encarada como absoluta e deve ser vinculada a limites jurídicos definidos, por mais que a ideia de poder uniforme ou de monopolização, típica da formação absolutista do

Estado Moderno, tenha sido conservada oportunisticamente pela ideologia liberal<sup>2</sup>, o que vai configurar as primícias de um Estado formal (burguês) de Direito. Em se tratando de processo constitucional, tema de nosso estudo, essa análise da norma processual como espécie de norma jurídica que regula uma relação juridicamente desigual é de total importância, como se tentará demonstrar.

Seguimos aqui a definição estrita de Dimoulis e Lunardi (2016, p. 12) para quem o direito processual constitucional é entendido como “parte do direito constitucional que estuda a configuração dos processos constitucionais, realizados tanto por órgãos jurisdicionais como pelos demais poderes estatais”. Visto como uma multiplicidade de processos constitucionais, envolvendo tanto o judicial quanto o não judicial, como o processo legislativo, os autores destacam o processo constitucional judicial, na sua versão de controle de constitucionalidade e de remédios constitucionais. Qualificando o próprio objeto de estudo como o tema mais complexo e controvertido do direito processual constitucional, Figueiredo Dantas (2018, p. 22) esclarece que este ramo do direito está intimamente ligado à ideia (acrescentaríamos, também, ao conceito) de jurisdição, de processo e, também, de ação.

Desde já, o que se observa é que, como método de exercício da jurisdição, pode-se associar o processo a uma realidade estática (limitação do poder), e, como ato jurídico complexo, o processo se relaciona mais a uma realidade dinâmica, enquanto conjunto de atos jurídicos processuais que formam o procedimento, ou o caminhar em direção à produção de normas. Claro que, em essência, a semântica da própria palavra processo induz sempre a uma ideia de movimento, e, *a priori*, jamais se poderia falar de “processo estático”, expressão que representaria uma *contradictio in terminis*.

Mas não se pode esquecer que o conceito clássico de devido processo legal tem uma formação ideológica importante de limitação do poder, típica do Estado Liberal, pelo qual se identifica uma feição negativa de efetivação das liberdades

---

<sup>2</sup> Vale mencionar aqui a Dissertação de Mestrado de Viviane Nunes Araújo Lima, intitulada “A Saga do Zangão: uma visão sobre o Direito Natural”. O trabalho, que foi publicado pela Editora Renovar em 2000, mostra como a luta da burguesia para superar o Estado Absoluto se utilizou do discurso jusnaturalista para legitimar a Revolução liberal e a consequente fundação de um novo modelo de Estado com limitação jurídica. No entanto, segundo a autora, o discurso foi abandonado logo depois da consolidação do Estado de Direito, sendo substituído pela tese do positivismo jurídico com todas as suas características de uniformidade e de monopolização estatal do direito, cuja origem se encontra paradoxalmente no *antigo regime* absolutista. Sobre a relação entre o processo de monopolização da produção jurídica e a formação do Estado absoluto, e sua conservação no modelo político liberal, cf. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico – Lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006, pp. 32 e 37.

públicas. Nesse contexto, e a *contrario sensu*, a ideia contemporânea de princípio da proporcionalidade, por exemplo, surge a partir da visão substantiva do *devido processo*, encarado não como limitação negativa do poder, mas sob um enfoque em um sentido positivo de exigência em face do poder do Estado, como, *v.g.*, a produção de leis justas e razoáveis.

É bastante conhecida a tese de Humberto Ávila (2013, p. 182) que fala de “postulado da proporcionalidade”, que, para o autor, é um tema que cresce em importância no Direito Brasileiro, sendo cada vez mais usado como instrumento de controle dos atos do Poder Público.

O que se salienta é que não é fácil definir norma processual, exatamente em razão da variedade de sentido de seu objeto: o processo. Fazendo a distinção entre norma material e norma processual, Sarno analisa que esta última é a “que disciplina a forma de produção de outras normas jurídicas (ou decisões). Define o procedimento a ser seguido na tomada de decisões estatais das mais diversas naturezas (legislativa, administrativa e jurisdicional)” (SARNO, 2015, p. 159). Para autora, a norma processual estabelece o modo de proceder.

De fato, a norma processual vai regular um encadeamento de atos processuais. Em matéria de processo legislativo, o art. 66 da Constituição, ao definir que a Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará, é uma típica norma processual. Veja-se aí o nítido encadeamento dos atos de votação e sanção enquanto fases do processo legislativo.

Por sua vez, a norma material seria a que “determina o conteúdo da norma jurídica produzida, a substância da decisão”. Para continuar com o modelo constitucional, o artigo 61, que prevê a iniciativa concorrente de leis ordinárias e complementares, é uma norma material, se a entendermos como uma norma de decisão sobre quem tem a legitimidade para a propositura de leis. Em que pese a sua relação com o processo legislativo, não é uma norma processual, pois não regulamenta propriamente um rito, haja vista o entendimento na doutrina sobre a não correspondência da iniciativa a uma fase do processo legislativo, mas um mero ato que o desencadeia. (FERREIRA FILHO, 2012, p. 141)

Mas, como Sarno observa, esta distinção entre as definições de norma processual e norma material parte de uma visão estática e estritamente objetiva, e a autora busca promover uma revisão teórica que possa enxergar na norma processual

uma perspectiva funcional e dinâmica. No plano do direito positivo, veja-se que, ao estabelecer as competências legislativas privativas e concorrentes, a Constituição de 1988 diferencia a legislação sobre “direito processual” (Art. 22, I), no primeiro caso, e sobre “procedimentos em matéria processual” (Art. 24, XI), no segundo. E isso leva à seguinte indagação: as normas de direito processual e as de procedimentos em matéria processual são ambas normas processuais?

Quando se pergunta o que ocorre depois da prática de um ato processual, a resposta está nas normas de procedimentos em matéria processual. Mas se a pergunta é sobre quem tem a competência ou a capacidade para este ato seguinte, a resposta está em uma norma de direito processual. No primeiro caso, temos regramentos sobre uma realidade dinâmica, o que dificilmente se dá pela definição de apenas uma norma isolada, mas por um sistema normativo sobre procedimento; enquanto, no segundo, temos um regramento sobre uma realidade estática, o que uma norma processual específica pode definir, tais como: competência, tipo de recurso ou de prova etc.

As normas processuais, em sentido procedimental, são normas de encadeamento entre atos, como, por exemplo, a que define o rito de uma espécie recursal, o que não se estabelece por uma única norma. No entanto, a norma que define os tipos de recurso e seus requisitos, ou as formas de decisão e seus critérios de validade, são normas processuais no sentido estático, enquanto norma de regulamentação do (para o) exercício da jurisdição. Então, a norma processual define tanto os atos processuais em si (Direito processual), quanto os procedimentos que estabelecem o encadeamento entre eles (procedimento em matéria processual), acompanhando, aqui, a conclusão da professora Paula Sarno, em sua tese de doutorado.

Mas, voltando à noção de direito como um sistema de regulação de relações intersubjetivas, as definições tanto da norma material quanto da processual devem, no nosso entender, levar também em consideração essa característica. Como dizíamos, a passagem do Estado absoluto para o Estado de Direito transforma este em um sujeito de direito, cuja relação com outros atores sociais deve agora se pautar em regras jurídicas de limitação do poder. Assim, a definição da norma como processual ou material, além de ser feita “a partir da função desempenhada em dado processo”, na análise feita por Paula Sarno (2015, p. 160), também deve enxergar a natureza da relação intersubjetiva da qual participa o Estado, com traços de marcante

desigualdade jurídica, desigualdade que se conserva mesmo em um Estado democrático de Direito.

Nesse sentido, que leva em conta a natureza da relação intersubjetiva objeto da norma, a norma material é a que regula os comportamentos em sociedade, podendo ser enquadrados, dentre eles, o próprio agir estatal em sua relação com outros sujeitos, com ou sem desigualdade jurídica. Já a norma processual, em regra,<sup>3</sup> e especificamente a de processo constitucional, é a que regula o agir estatal na aplicação da norma material, mas numa atuação do Estado em uma relação intersubjetiva marcada pela desigualdade jurídica.

O que se deve reconhecer, por fim, é que a exigência de uma conexão do processo com os novos valores democráticos, que marcam geralmente a passagem da legalidade formal pelas regras à legalidade substancial pelas normas (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p. 41), não é tanto o caráter funcional da norma processual. Entendemos que é exatamente essa desigualdade jurídica, marcada pela atuação do Estado, presente na espécie de relação intersubjetiva que serve de objeto desse tipo de norma. E essa relação jurídica desigual difere quando comparamos a norma processual e a material. A norma material regula uma relação jurídica desigual em razão do agir estatal, exercendo uma correspondente limitação material do poder político, o que se dá, por exemplo, em normas que preveem a tipicidade de condutas criminosas ou as que instituem tributos.

Diversamente, a norma processual, embora também regule uma relação jurídica desigual em razão do agir estatal, exerce por sua vez uma limitação procedimental, encarnada na própria noção de devido processo legal, definindo os meios legítimos (não meramente uma função) para o alcance dos fins previstos pelo ordenamento. Em apertada síntese, a partir dessa perspectiva, pode-se dizer que a norma material regula os fins do agir estatal, enquanto a norma processual, os meios para fazer valer esses fins, que são definidos na norma material.

Por esse raciocínio, podemos afirmar que para a caracterização da norma processual, em matéria de processo constitucional, é de fundamental importância o reconhecimento dessa desigualdade jurídica. O que se deve observar é que a superioridade jurídica do Estado não deve ser encarada apenas no contexto imperativo do poder público e de suas prerrogativas, mas também, e principalmente,

---

<sup>3</sup> Nem toda norma processual é marcada pela desigualdade jurídica, basta lembrar a que define a eleição de foro em um instrumento contratual, que é estabelecida em partes juridicamente iguais ou numa reação de coordenação, e não de subordinação como a que é ditada pelo Estado.

no seu papel de proteção, encarnado no conceito de tutela jurídico-processual.

O sentido da norma processual a partir de uma ideia de desigualdade jurídica vinculada não apenas à noção de poder do Estado, mas a de proteção pelo Estado, tem total relevância para se identificar o papel do juiz constitucional ou mesmo o exercício do direito de ação, por exemplo. Abordando o sentido de judicialização da política dentro do contexto de um direito fundamental à tutela jurisdicional, Cambi (2011, p. 212) conclui que “o juiz constitucional pode censurar o legislador ordinário na medida em que este está vinculado à Constituição, independentemente do mérito ou demérito das soluções legislativas ou administrativas em causa”.

Esse protagonismo judiciário inerente à judicialização da política, com interferência direta em outros poderes, tanto pode ocorrer, no processo constitucional, em sede de controle de constitucionalidade quanto na sistemática dos remédios constitucionais. O problema é quando o sistema jurídico dá prioridade aos modelos de controle de constitucionalidade, com ênfase no modelo concentrado, sob o discurso de se promover a defesa da Constituição. Tal modelo de controle é voltado para uma categoria de legitimação para agir nitidamente política, em detrimento da sistemática dos remédios constitucionais, que seria mais democrática, com participação da sociedade nessa onda de judicialização da política.

É o que parece ter ocorrido, segundo entendemos, com a regulamentação da ADPF pela Lei 9.882/99. Ao invés de incrementar um, para nós, nítido instrumento de restauração de violações concretas a preceitos fundamentais, a lei esvaziou o sentido constitucional da Arguição para enquadrá-la como um novo instrumento político e formal de controle de constitucionalidade. E mais: visto pela doutrina como uma ação meramente subsidiária. O ideal seria ver a ADPF sob a ótica da norma processual em sua característica de desigualdade jurídica como proteção pelo Estado, visto acima, mas de forma a promover os mecanismos de democracia participativa contra violações a direitos via Poder Judiciário.

Passemos, a seguir, a analisar o tema à luz do conceito de jurisdição, que passa por uma importante transformação na perspectiva do neoconstitucionalismo e que reflete também no próprio conceito de ação.

#### **4. CONCEITO TRADICIONAL DE JURISDIÇÃO E AS AÇÕES DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE**

O conceito de jurisdição vem passando por várias revisões no direito processual contemporâneo, ainda mais quando estamos diante de processos referentes, por exemplo, a julgamento de casos repetitivos e de ação de controle concentrado de constitucionalidade.

A grande dificuldade de se compreender a jurisdição em face do julgamento de casos repetitivos e do julgamento de ação de controle concentrado de constitucionalidade é o fato de que este está associado a um processo objetivo, ou seja, sem partes, e aquele representa um instrumento de tutela coletiva de direitos, sendo, portanto, processo coletivo. (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2016). Numa analogia com a relação entre o arquiteto e o engenheiro, Didier Jr. ilustra que: “O direito material sonha, projeta; ao direito processual cabe a concretização tão perfeita quanto possível desse sonho.” (DIDIER JR., 2017, p. 47)

No nosso entender, o direito material está relacionado ao ato de falar; e o direito processual está relacionado ao ato de dizer, ou de exercer a *jurisdictio*. E dizer sem processo é ditar, é impor. É a própria noção de ditadura. Daí porque, como sustentado no tópico anterior, a norma processual está relacionada aos meios legítimos, pois a efetivação de um comando (a lei escrita) exige a flexibilização das interpretações em diferentes contextos, o que só a juris-dicção promove.

Essa função parece ser menos problemática quando se está diante de um sentido tradicional de jurisdição, onde a lide se apresenta de forma singular a partir do confronto entre duas partes que disputam um objeto litigioso que, *a priori*, afetam apenas as suas respectivas esferas jurídicas. Entretanto, a ideia de um processo objetivo, que envolve uma verdadeira atuação política do Judiciário, em razão da abstração e generalidade (efeito *erga omnes*) das decisões, e de um processo coletivo, com a multiplicidade de partes, vão tornar o exercício de dizer o direito e seus efeitos um tanto quanto mais complicados.

O dito “segundo” Wittgenstein vai demonstrar que a linguagem não se limita a enunciados, mas depende de convenções sociais. Eis a noção de “jogos de linguagem” do filósofo. E a jurisdição é a forma democrática de elucidar as falas do legislador, dizendo-as, subjetiva ou objetivamente. Diz, ainda, o filósofo alemão: “Num tribunal, por exemplo, poderia ser explicada a questão sobre o que alguém quis dizer com uma palavra. E isto pode ser concluído a partir de certos fatos. – É uma questão de intenção.” (WITTGENSTEIN, 1999, p. 194)

Isso indica que a palavra (falada ou escrita) não diz ainda nada. E esse

alguém, de quem se busca descobrir o que quis dizer com uma palavra, pode ser não apenas a parte com seus argumentos em linguagem narrativa/descritiva, mas também o próprio legislador em sua linguagem normativa/prescritiva. Nesse último sentido reside a jurisdição ou a função jurisdicional, que pode ser vista como a atividade de revelar a intenção do legislador ou da própria lei, cujo resultado vai ser visto, aí, sim, como a ideia de norma.

Não é por acaso que a tese de Carl Schmitt sobre o sentido de Constituição como decisão política fundamental estabelecida pelo governante, enquanto líder político da comunidade (Führer), vendo ainda, neste, a figura do Guardiã da Constituição, produziu as bases teóricas para o nazismo. Mas, pelas regras de direito processual, a jurisdição visa tornar realidade o sonho da legitimidade democrática, para usar a metáfora de Didier Jr. Em termos de visão tradicional da jurisdição, vejamos, por exemplo, a tese da substitutividade de Chiovenda, que, para o mestre italiano, vai distinguir a jurisdição das demais funções estatais. Essa tese não se adota, como observado por Didier Jr., por ver na jurisdição uma atividade meramente declaratória, enquanto que a jurisdição é uma atividade “essencialmente criativa”. (DIDIER JR., 2017, p. 175)

A ideia da criatividade vai implicar, assim, que a aplicação substitutiva deva ser feita por um terceiro imparcial, como também observa Didier Jr. Mas, embora seja impossível a neutralidade, a imparcialidade está associada objetivamente ao órgão, pois este, representado na figura do juiz, deve ser um terceiro desinteressado.

Mas diante de um processo objetivo (abstrato, ou sem partes) de controle concentrado de constitucionalidade ou de um julgamento de casos repetitivos, que implica uma ideia de generalidade, essa criatividade imparcial se torna ainda mais problemática ante os aspectos políticos da decisão. E tais aspectos políticos refletem, inclusive, e de forma mais emblemática, no reconhecimento da Corte Constitucional como um legislador negativo, colocando em xeque a “dignidade da legislação”, na análise feita pelo jurista neozelandês Jeremy Waldron (2003) em sua crítica ao constitucionalismo contemporâneo.

A visão tradicional da jurisdição, no entanto, aparentemente ainda vinculada a uma ideologia liberal de Estado mínimo, coloca a lide como sua principal característica, na perspectiva de que, em face da liberdade dos indivíduos, o Estado só poderia intervir para resolver conflitos. Entretanto, processos como o de jurisdição voluntária ou processos objetivos referentes ao controle abstrato de

constitucionalidade, sem caso concreto a ser resolvido, afasta a lide como uma das características essenciais da jurisdição.

Mas, ainda em sintonia com o tópico anterior, no qual enfatizamos a qualidade da relação intersubjetiva como ponto a ser observado para a definição de norma processual, é possível dizer que se, por um lado, nem em toda jurisdição há lide, por outro, toda jurisdição envolve uma relação jurídica. Esta pode ser a estritamente processual entre o Estado-Juiz e a parte, numa jurisdição voluntária, ou até mesmo entre poderes, como no processo objetivo de controle de constitucionalidade, a ponto de, nesse último caso, implicar as discussões sobre possíveis contrariedades ao clássico sistema de separação de poderes.

Nessa problemática, preferimos a definição de controle abstrato a de controle concentrado para desenvolver a presente discussão. É que o termo concentrado implica a competência reservada especificamente a uma Corte Constitucional, o que ainda pode trazer a figura da lide, embora não no sentido tradicional de jurisdição, uma vez que nada impede que uma Corte Constitucional possa resolver, em competência originária, uma causa concreta. Bastaria que mencionássemos apenas a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, para ficarmos em termos de controle de constitucionalidade.

Mas é pela análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), prevista no § 1.º do art. 102 da Constituição, e regulamentada pela Lei 9.882/99, que optamos fazer essa discussão sobre o sentido contemporâneo de jurisdição, iniciada aqui, mas desenvolvida no tópico seguinte. Veja-se que a ADPF foi prevista em norma originária<sup>4</sup> da Constituição de 1988, quando ainda vigorava o CPC-1973, o que traz relevantes pontos para discussão sobre o tema dos conceitos fundamentais do processo civil e seus reflexos em outros sistemas processuais, principalmente, mas não tão somente, com atualização feita a partir do art. 15 do Novo CPC-2015.

Com a regulamentação legal, em 1999, desse instituto processual de matriz constitucional, houve uma ampliação da jurisdição especificamente no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, pois lhe foi dado um caráter de subsidiariedade em face mais precisamente da ADI. Por esta ação de inconstitucionalidade, o controle concentrado apenas tinha por objeto as leis ou atos

---

<sup>4</sup> A ADPF vinha prevista antes no originário parágrafo único do artigo 102 da Constituição, que foi transformado em § 1.º pela EC 3/93, e assim mantido pela EC 45/2004.

normativos federais e estaduais, entendo, ainda, o STF, que atingiam apenas as leis promulgadas após a Constituição de 1988. Assim, com a lei regulamentadora, a referida Arguição passou a submeter ao sistema de controle concentrado também as leis municipais e as pré-constitucionais, sujeitas, até então, ao controle apenas difuso.

Como se vê, essa nova configuração da jurisdição, muito além de sua feição tradicional, é o resultado do processo de expansão da função jurisdicional, como um dos elementos importantes, apontados por Luís Roberto Barroso (2005), do marco teórico do denominado neoconstitucionalismo. Tal marco teórico teria ainda os elementos da força normativa da Constituição e o da hermenêutica constitucional, e completaria os marcos temporal e o filosófico, identificados, respectivamente, pelo pós-Segunda Guerra e o pós-positivismo, ainda segundo Barroso.

O que se observa, por fim, é que tais marcos, tanto o histórico, o filosófico e o teórico, também podem ser apontados como importantes elementos para se compreender as transformações sofridas pelo próprio direito processual nos últimos anos. E essas transformações exigiram, e ainda exigem, a reformulação do conceito de jurisdição para que se possa abarcar as novas realidades representadas principalmente pelos desafios surgidos com os processos de naturezas objetiva e coletiva.

Com toda certeza, o grande desafio trazido pela norma constitucional que prevê a ADPF não foi devidamente enfrentado. Um procedimento que permitisse ao STF, após ser provocado pela arguição em tela, apreciar diretamente as violações concretas (descumprimentos) aos preceitos fundamentais da Constituição. Violações, essas, que estariam sendo discutidas em processos tramitando em órgãos jurisdicionais inferiores (primeira instância, inclusive), mas que seriam arguidas perante a Suprema Corte, que as apreciaria sem a necessidade de se passar pelas vias recursais, mais precisamente o Recurso Extraordinário.

Preferiu-se engessar esse importante instrumento de garantia fundamental previsto na Constituição, transformando-o em um verdadeiro apêndice do controle concentrado de constitucionalidade, com legitimação reconhecida apenas a atores restritos. E mais: a legitimação para agir, prevista no artigo 103 da Constituição, foi simplesmente reproduzida pela lei regulamentadora da Arguição, numa controvertida definição de legitimidade processual para a ADPF não prevista no sistema constitucional.

O mais interessante é como a doutrina absorveu esse engessamento, a ponto

de juristas progressistas, como Lenio Streck, identificarem a criação de uma nova forma de controle concentrado pela própria Lei N.º 9.882/99, que, ao regulamentar o artigo 102, § 1.º da Constituição, teria definido o instituto processual de origem constitucional. Nesse sentido, diz Streck:

A arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), prevista no art. 102, § 1.º, da CF, é uma forma *sui generis* de controle de constitucionalidade. Isso porque, conforme o art. 10, § 3.º, da Lei 9.882/1999, de 03.12.1999, que regulamentou a ADPF, *as decisões em sede de arguição de descumprimento têm eficácia contra todos e efeito vinculante, com o que pode ser enquadrada, a toda evidência, no rol dos mecanismos de controle concentrado.* (2018, p. 521 - itálicos no original)

O que questionamos aqui é se é possível que o instituto processual previsto em norma originária da Constituição, a ADPF, seja visto como uma forma de controle concentrado de constitucionalidade, simplesmente porque assim foi definido pela Lei regulamentadora infraconstitucional. Seria de se perguntar se os mecanismos de controle concentrado de constitucionalidade não deveriam ser criados por norma constitucional, ainda que por Emendas à Constituição.

É válido lembrar que assim ocorreu quando da inserção, na ordem jurídica brasileira, da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), acrescentada à Constituição de 1946 pela Emenda Constitucional N.º 16/1965, inaugurando o sistema de controle concentrado no Brasil<sup>5</sup>. Tal instrumento de controle concentrado foi reproduzido em norma constitucional originária na Constituição de 1988, e a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) foi acrescentada ao mesmo sistema pela Emenda Constitucional N.º 3/1993.

Entretanto, em que pese a sua previsão em norma constitucional originária, a ADPF só foi reconhecida como pertencente ao sistema de controle concentrado de constitucionalidade a partir da Lei 9.882/99, pois nem a Constituição a previa, como ainda não prevê, como uma ação da competência originária do STF. A ideia de que a ADPF é uma nova forma de controle de constitucionalidade criada pela Lei 9.882/99 é observada não só por Streck, mas por vários outros autores.

Celso Bastos e Souza Vargas falam em uma forma inovadora na fiscalização da constitucionalidade, criada pela referida lei, destacando, entre as novidades, “a possibilidade de controle concentrado de constitucionalidade de atos não normativos”

---

<sup>5</sup> Vale referir que a Constituição de 1934 previa uma ação direta interventiva, enquanto mecanismo relacionado ao sistema de intervenção federal, não comparável, ao nosso sentir, com o sistema de controle concentrado de constitucionalidade de leis e atos normativos federais e estaduais.

(BASTOS; VARGAS, 2011, p. 893).<sup>6</sup> Exatamente essa ampliação da competência do STF para o controle concentrado, que chega a incluir as leis municipais e as anteriores à Constituição, criticada por parte da doutrina, que foi objeto de liminar proferida em 2001 na ADI 2.231-8/DF,<sup>7</sup> ajuizada pelo Conselho Federal da OAB em face da lei 9.882/99.

Streck entendeu pelo acerto da liminar proferida no sentido de excluir da aplicação do parágrafo único do artigo 1.º da referida lei a controvérsia constitucional concretamente já posta em juízo (STRECK, 2018, p. 529). E justificou seu entendimento favorável à decisão do STF, observando que, caso contrário, “a ADPF poderia ser transformada em instrumento de avocação de processos, o que nem de longe tem respaldo no sistema constitucional adotado a partir de 1988”.

De fato, a Constituição Federal vigente não respalda uma avocação de processos promovida pelo STF. Mas, ousamos discordar do ilustre constitucionalista gaúcho para apresentar duas razões que, no nosso entendimento, legitimariam a subida à Corte Suprema de controvérsias postas em juízo: 1) em primeiro lugar, o reconhecimento da ADPF como um remédio constitucional à disposição dos jurisdicionados contra graves violações concretas (descumprimentos) a preceitos fundamentais que já venham sendo discutidas em juízo, e não como um mecanismo político de controle abstrato de constitucionalidade; 2) segundo, a apreciação pelo Supremo Tribunal, prevista no § 1.º do artigo 102 da Constituição (“será apreciada”, diz o texto), se daria por provocação pela parte violada, exatamente por meio do instituto processual da arguição, não se caracterizando necessariamente como uma avocação pelo próprio tribunal. É esse sentido de arguição, associado ao conceito jurídico fundamental de ação, em matéria de processo, que pretendemos elucidar no tópico seguinte para fins de caracterização da ADPF como remédio constitucional.

## **5. A ARGUIÇÃO DO § 1.º DO ARTIGO 102 DA CONSTITUIÇÃO COMO REMÉDIO CONSTITUCIONAL EM FACE DO CONCEITO DE AÇÃO**

---

<sup>6</sup> Curioso observar que pelo menos na edição de 2011 da Coleção organizada por Clève e Barroso (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 5), onde se encontra publicado o trabalho dos autores citados, dos 67 artigos colhidos pelos organizadores, apenas 1 (um) traz o título sobre o tema da ADPF. Embora muitos artigos sejam de antes da Constituição de 1988, é significativo o baixo número de trabalhos sobre o tema na referida coletânea.

<sup>7</sup> A liminar do então Relator, Ministro Néri da Silveira, foi no sentido do deferimento em parte, para excluir da aplicação do parágrafo único do artigo 1.º da referida lei a controvérsia constitucional concretamente já posta em juízo. A liminar foi ainda deferida totalmente para suspender o § 3.º do artigo 5.º da mesma Lei.

Em primeiro lugar, é preciso salientar que, ante a inércia da jurisdição, a ação é o instrumento de provocação de sua atividade, dando início a um procedimento. Eis a ideia de propositura de uma ação, pois esta propõe ao Judiciário a análise, e conseqüente decisão, de uma questão jurídica relevante. Numa precisão terminológica, enquanto uma ação é proposta, o recurso é interposto, pois que vai ser a submissão de uma questão decidida por uma autoridade judicial a outra autoridade judicial. Poderíamos citar ainda os embargos, os quais serão opostos, já que são dirigidos ao próprio órgão decisor.

Por sua vez, o direito de ação implica eminentemente uma faculdade juridicamente garantida de promover a ação, propondo uma *questio juris* para o exercício da jurisdição. Essa faculdade coloca o jurisdicionado numa situação de optar juridicamente sobre a efetivação de um direito a ver solucionada a sua questão, provocando a tutela jurisdicional por meio da ação. Assim, temos: o exercício do direito de ação, o exercício da ação e o exercício da jurisdição.

Importante observar, no entanto, que, se é comum ver a ação como o primeiro ato do procedimento principal, também é possível o exercício do direito de ação incidentalmente a um procedimento já instaurado. Apontando essa possibilidade, Didier Jr. (2017, p. 321) cita o exemplo da reconvenção, mas também vislumbramos o instituto processual da arguição que, em regra, submete incidentalmente ao exame jurisdicional questões prejudiciais, como incidente de falsidade, de impedimento e suspeição, e o de inconstitucionalidade.

Assim, nada mais plausível do que ver a ADPF, na forma como prevista no §1.º do artigo 102 da CF, como o exercício do direito de ação incidentalmente a um procedimento já instaurado, só que na qualidade de um remédio constitucional. Nesse caso, ao STF seria submetida não uma mera questão prejudicial, mas uma questão de mérito envolvendo uma grave violação a direito, na forma de descumprimento a preceito fundamental. E talvez uma das formas de precisar o sentido de preceito fundamental seja simplesmente associá-lo ao conceito material de Constituição, mas isso seria objeto de outro estudo.

A doutrina costuma distinguir a ação como um ato jurídico e o direito de ação como uma situação jurídica. Dessa forma, o direito de ação precede a ação mesma, pois esta é analisada na medida em que já exercida, ou seja, uma ação que deu início a um processo em curso e que serve como uma verdadeira baliza ao exercício da jurisdição, enquanto atividade estatal, ao se definir os seus elementos, como causa de

pedir, pedido e partes.

Assim, é bem diferente quando se fala de ação exercida e de exercício do direito de ação, ou mesmo de direito de ação exercido. No primeiro caso, o que se dá é a prática de um ato jurídico que dá início ao processo e delimita a jurisdição. No segundo, trata-se de um exercício de um direito, inclusive de natureza fundamental, haja vista a previsão constitucional do Art. 5.º, inciso XXXV, sobre a inafastabilidade da jurisdição, pela qual a lei não pode excluir da apreciação do Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito.

Observa-se, entretanto, que o direito a que se refere expressamente o inciso constitucional não é o próprio direito de ação, mas aquele que é afirmado (hipoteticamente lesado ou ameaçado) quando do exercício do direito de ação, ou seja, quando da propositura da ação. Mas, ao mesmo tempo, o inciso consagra implicitamente o direito de ação ao proibir que a lei exclua da apreciação do Judiciário quaisquer dessas lesões ou ameaças.

Necessário correlacionar aqui o direito afirmado no processo com a abertura hermenêutica da Constituição. Afirmar ou defender um direito que se alega fazer jus não é somente uma postura individualista, mas reflete o próprio sentido de exegese constitucional como “um processo público”. Na precisa lição de Peter Häberle:

O conceito de interpretação ou exegese constitucional devemos entendê-lo, pois, da forma mais ampla possível, já que abarca em sentido estrito não só os processos jurídicos “correntes”, quer dizer, os ventilados perante os tribunais, como também “os mais amplos”, nos quais “os cidadãos se encontram presentes de forma ativa e passiva” [...].( HÄBERLE, 2013, p. 89 – tradução livre)<sup>8</sup>

Forçoso concluir que a arguição de descumprimento de preceito fundamental, enquanto uma garantia fundamental do cidadão, é um indispensável meio processual em que os cidadãos podem se encontrar presentes de forma ativa e passiva para contribuir com o esforço hermenêutico de compreensão da Constituição.

Nesse ponto, devemos destacar o quanto o exercício de um autêntico direito de ação está potencialmente contido no § 1.º do artigo 102 da CF, mas que foi tolhido pela Lei 9.882/99, ao transformar a arguição ali prevista num mecanismo restrito de controle concentrado de constitucionalidade, e ainda com uma legitimação estrita.

---

<sup>8</sup> “El concepto de interpretación o exegesis constitucional debemos entenderlo, pues, de la forma más amplia posible ya que abarca en sentido estricto no sólo los procesos jurídicos ‘corrientes’, es decir, los ventilados ante los tribunales, sino “los más amplios”, en los que ‘los ciudadanos se hallan presentes de forma activa e pasiva’ [...]”.

E veja que assim como o inciso XXXV fala de apreciação, o §1.º do artigo 102 fala que a arguição será apreciada pelo STF. A sintonia entre ambos os dispositivos constitucionais reside no fato de que, justamente pela apreciação da arguição, na forma do §1.º do artigo 102, é que o STF estará apreciando, de fato, a lesão ou ameaça concretamente ocorrida, na forma do inciso XXXV do artigo 5.º.

Sustentamos com toda veemência, ainda como outra sintonia entre os dois dispositivos, que o descumprimento de preceito fundamental é uma efetiva e concreta lesão ou ameaça a direito, e não um ilícito formal, passível de controle concentrado de constitucionalidade de feição abstrata. Sendo assim, a Lei 9.882/99 excluiu da apreciação do Judiciário, no caso, o STF, as lesões e ameaças ao direito, vistas na forma de descumprimentos de preceitos fundamentais, sendo, portanto, ao nosso ver, flagrantemente inconstitucional.

Pois bem. Diz-se direito afirmado, pois a parte que, exercendo seu direito de ação por meio da propositura, em juízo, de uma demanda (ação), desenvolve toda uma alegação que não é só de conteúdo fático, mas também jurídico. O que se quer dizer é que a parte alega, deduz, a ocorrência de um fato, sobre o qual recai a produção de provas, dando sentido, inclusive, a ideia de processo de conhecimento para verificar a veracidade das alegações ou da narrativa apresentada.

Mas, além disso, o direito sustentado também é objeto apenas de alegações em toda a fase processual, a saber, é o direito alegado que funciona com o conteúdo de um verdadeiro projeto de decisão, e “pode ser designado como o direito material deduzido em juízo”. (DIDIER JR., 2017, p. 320)

Observa-se, ainda, que o direito afirmado pode apresentar graus de verossimilhança, mas nunca de certeza. Uma tutela de urgência se configura quando a afirmação do direito que se alega possuir é caracterizada por uma fundamentação e demonstração suficientes para que autorize o deferimento liminar ou de tutela antecipada, e até mesmo inaudita altera parte. Mesmo assim, diz-se tratar de uma decisão precária, pois passível de ser alterada quando da decisão de mérito.

Esse sentido de direito afirmado nos remete ao pensamento de Gadamer (1997, pp. 482 a 490) para quem a hermenêutica jurídica está voltada para o processo de criação do direito, a partir de uma ideia de compreensão que vai além de um sentido originário. Assim, podemos dizer que toda a problemática da hermenêutica jurídica não está no ponto de partida, mas no ponto de chegada, ou seja, a construção compreensiva do direito.

A ideia de criação do direito pela hermenêutica jurídica parece enfatizar a noção de conceitos fundamentais, mas a partir do contexto da cultura, ou seja, conceitos que podem ser vistos não como necessários a priori, ou lógicos, mas cuja essencialidade reside na própria vivência humana. Assim também parece ser o pensamento de Aulis Aarnio, quando o filósofo finlandês destaca:

As raízes da racionalidade se encontram em nossa cultura, quer dizer, nas formas como usamos este conceito na linguagem ordinária. Nossa forma de vida está construída de maneira tal que esperamos que as pessoas se comportem racionalmente em suas relações recíprocas. Neste sentido, a racionalidade é um fato intersubjetivo (supraindividual) dado em nossa cultura. (AARNIO, 1991, p. 251 – tradução livre)<sup>9</sup>

Eis a consonância com o entendimento sobre direito afirmado, ou seja, direito ainda não hermeneuticamente compreendido no campo da aplicação ou da processualidade, enquanto mecanismo inerente ao Estado democrático que promove uma verdadeira disputa legítima sobre o sentido dos comandos do poder público.

Por fim, quando se diz que o direito de ação é uma situação jurídica, na verdade se deve reconhecer a multiplicidade dessa situação, que não é simples ou homogênea. Assim, o direito de ação envolve de fato várias situações jurídicas que podem se verificar antes ou depois de exercido o direito de ação com sua efetiva propositura, como bem demonstra Didier Jr. (2017, p. 322 e 323). No primeiro sentido de situações jurídicas ditas pré-processuais, o professor identifica os direitos de provocar a atividade jurisdicional e o de escolher o procedimento, como típicos direitos potestativos. Instaurado o processo, contudo, novas situações podem ser identificadas, como o direito à própria tutela jurisdicional, o direito ao procedimento adequado, o direito de produzir provas, o de recorrer etc.

Em consonância com a sugestão apresentada nesse trabalho, sobre a inclusão da ideia de relação intersubjetiva na distinção entre norma material e norma processual, além de uma visão meramente funcional, observa-se o quanto essa multiplicidade ou complexidade do direito de ação serve como um importante balizador da atuação do Estado em face da característica de desigualdade jurídica dessa relação.

Como foi oportunamente salientado por Didier Jr.:

---

<sup>9</sup> “Las raíces de la racionalidad se encuentran en nuestra cultura, es decir, en las formas como usamos este concepto en el lenguaje ordinario. Nuestra forma de vida está construida de manera tal que esperamos que la gente se comporte racionalmente en sus relaciones recíprocas. En este sentido, la racionalidad es un hecho intersubjetivo (supraindividual) dado en nuestra cultura.”

A visualização do conteúdo complexo do direito de ação é um dos grandes avanços da ciência jurídica processual contemporânea, que abre importante vereda da Teoria Geral do Processo: a necessária reformulação do conceito jurídico fundamental "direito de ação".

A importância desta constatação é evidente: identificar o conteúdo do direito de ação é fundamental para que se conheçam os limites da atuação do legislador infraconstitucional. (DIDIER JR., 2017, p. 324)

Dentre esses limites está o fato de que, embora o legislador possa promover a devida configuração de um instituto processual, não pode, no entanto, fazê-lo de forma incoerente com a Constituição, ainda mais quando se observa indícios da definição do instituto na própria norma constitucional ou em outros elementos, como, por exemplo, o espírito da Constituição de 1988 em face do regime exceção historicamente superado.

Nesse sentido, e em sintonia com a problemática já apontada, é de vislumbrar um esvaziamento da ADPF pela Lei 9.882/99, principalmente no que toca às situações jurídicas pré-processuais de escolha do procedimento. Ao limitar a legitimidade para arguir o descumprimento de preceito fundamental aos mesmos legitimados do art. 103 da Constituição, a lei não só traz uma discutível constitucionalidade nesse aspecto como também frustra as expectativas democráticas lançadas pelo Constituinte quanto ao direito de ação com a previsão desse instituto.

Ao transformar a ADPF numa ação de controle concentrado de constitucionalidade com legitimação estrita (logo, uma ação judicial de uso político, e não popular), esvaziando ainda seu conteúdo, naquilo que a faz compreensível como um expediente processual de remédio constitucional, a lei, principalmente em razão do veto ao inciso II do art. 2.º, amplia a desigualdade jurídica do Estado perante a sociedade ou faz pesar ainda mais a balança para o poder público. Sofre a democracia participativa; sofre a autonomia dos cidadãos na defesa de seus direitos.

Não é por acaso que a doutrina costuma comparar a ADPF com o recurso de amparo espanhol, e não, de forma significativa, com o recurso constitucional, outro instrumento processual da constituição espanhola. É que a ADPF tem originalmente o sentido de ser amparo, assim como aquele primeiro recurso espanhol, visando não à análise formal da eventual contrariedade à Constituição, mas, sim, sanar a violação concreta a um bem jurídico positivado como um preceito fundamental decorrente da Constituição. Mas sua regulamentação legal o esvaziou por completo, em razão de sua desnaturalização processual, na forma como sustentamos aqui.

Outro instituto geralmente comparado, pela doutrina, com a ADPF é o *Verfassungsbeschwerde* da Lei Fundamental alemã, que também é uma espécie de instrumento processual constitucional de proteção de direitos fundamentais, em decorrência de lesão concreta a direitos. Vejamos a lição de Peña de Moraes:

Os instrumentos de proteção processual *in genere* são predispostos ao amparo de todos, ou praticamente todos, os direitos fundamentais na ordem jurídica da qual promanam, como, por exemplo, o *Verfassungsbeschwerde*, decorrente de lesão, pelo Poder Público, dos direitos sobre os quais versa o art. 93, § 1.º, n.º 4, a,<sup>10</sup> da Constituição alemã, e o recurso de amparo, derivado de violações dos direitos referidos no art. 161, n.º 1, b,<sup>11</sup> da Constituição espanhola. (PEÑA DE MORAES, 2012, pp. 24 e 25)

Sobre o recurso de amparo espanhol, Hernández Ramos salienta que este “corre también el riesgo cierto de desnaturalizarse, desviándose de su verdadera función de fijación y defensa de los derechos fundamentales” (HERNÁNDEZ RAMOS, 2009, p. 18). O professor de Direito Constitucional da Universidade de Salamanca atribui a origem deste risco à “avalancha creciente e imparable de recursos de amparo”, o mesmo problema apontado no veto presidencial ao inciso II do artigo 2.º da Lei 9.882/99.

Na mensagem de veto, o então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso<sup>12</sup> salientou de uma forma tanto dúbia o seguinte:

[...] A inexistência de qualquer requisito específico a ser ostentado pelo proponente da arguição e a generalidade do objeto da impugnação fazem presumir a elevação excessiva do número de feitos a reclamar apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, sem a correlata exigência de relevância social e consistência jurídica das arguições propostas. Dúvida não há de que a viabilidade funcional do Supremo Tribunal Federal consubstancia um objetivo ou princípio implícito da ordem constitucional, para cuja máxima eficácia devem zelar os demais poderes e as normas infraconstitucionais.

Na verdade, dúvida há, de fato, se existe esse “objetivo ou princípio implícito da ordem constitucional” referente à viabilidade funcional do Supremo Tribunal Federal.

<sup>10</sup> O referido dispositivo da Constituição alemã menciona “os recursos de inconstitucionalidade, que podem ser interpostos por todo cidadão com a alegação de ter sido prejudicado pelo poder público nos seus direitos fundamentais”. Como se vê, a *inconstitucionalidade* nesse dispositivo da Lei Fundamental da Alemanha são os prejuízos concretos aos direitos fundamentais do cidadão alemão, combatidos por meio de um típico remédio constitucional contra atos do poder público, e da competência do Tribunal Constitucional.

<sup>11</sup> O referido dispositivo da Constituição espanhola fala em “tutela das liberdades e direitos” e em um “procedimento baseado nos princípios da preferência e sumariada”, podendo ser apreciado pelos tribunais ordinários e, se for o caso, por meio do “recurso de amparo perante o Tribunal Constitucional”.

<sup>12</sup> Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/Mensagem\\_Veto/1999/Mv1807-99.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/1999/Mv1807-99.htm).

Em todo caso, é de ressaltar que Hernández Ramos salienta a fixação do conteúdo constitucionalmente declarado de cada direito fundamental reconhecido na Constituição (espanhola), realizada pelo Tribunal Constitucional daquele País, através de sua jurisprudência (HERNÁNDEZ RAMOS, 2009, p. 18). Assim, lamenta que, apesar dessa perspectiva histórica, o recurso de amparo corra o risco de se desviar de sua função de fixação e defesa dos direitos fundamentais, como visto acima. Por lá, o recurso de amparo foi prejudicado, segundo o professor de Salamanca, em razão de sua “avalanche crescente”, o que fez o autor sugerir, como solução, a regulamentação do trâmite de admissão. Enquanto aqui, a ADPF foi prejudicada pela distorção promovida justamente pela lei regulamentadora respectiva.

Quanto à complexidade do direito de ação, em uma ADPF que entendemos mais coerente com a norma constitucional, esta se evidenciaria ante a fase pré-processual, pela sua escolha como procedimento mais adequado para sanar violações graves em face da Constituição. Ademais, uma vez instaurada, os direitos se multiplicariam no âmbito processual de uma ADPF, não só em razão dos institutos processuais internos, mas principalmente pelo empoderamento do titular do bem tutelado em face de eventuais vantagens econômicas, sociais ou políticas inerentes ao perpetrador da violação sofrida.

Assim, o descumprimento de preceito fundamental cinge-se a um atentado real e concreto à dimensão material da Constituição, tais como: as estruturas do Estado, os direitos e garantias fundamentais, a ordem econômica e social e os aspectos do pluralismo político, cultural e étnico. Nesse sentido, a arguição de descumprimento de preceito fundamental visa não exatamente preservar a Constituição em face de um ato normativo que lhe seja contrário, mas viabilizar, por meio de decisão judicial, e após uma pronta e direta apreciação do Supremo Tribunal, o restabelecimento da situação concreta. Com isso, promove-se a preservação, aí sim, dos interesses reais das pessoas e dos grupos, ou mesmo das instituições.

À guisa de ilustração, uma coisa é declarar a inconstitucionalidade de uma lei que prevê um critério que desigualava homens e mulheres, em franca incompatibilidade com o inciso I do artigo 5.º da Constituição da República; outra coisa é desfazer um ato concreto que provoca essa espécie de desigualdade no plano dos fatos. Em ambos os casos, é evidente a ocorrência de uma inconstitucionalidade, mas enquanto no primeiro age o sistema de controle de constitucionalidade, no segundo, a depender da gravidade da lesão, pode-se promover a arguição de descumprimento de preceito

fundamental para um pronto e eficaz restabelecimento da situação.

O caráter de subsidiariedade atribuído à ADPF pela lei 9.882/99, mais precisamente no § 1.º do artigo 4.º, tende a relegar o instituto a um “absoluto insucesso” (CUNHA JÚNIOR, 2017, p. 379), exigindo-se uma correta compreensão de seu significado e alcance, talvez por meio de uma interpretação conforme à constituição, adequando-a ao seu genuíno sentido constitucional. Ou melhor: sua revogação pura e simples, não apenas “conformando” sua interpretação à constituição, mas aplicando o seu sentido direto do Texto Magno, evitando, aí sim, que seja “cancelada toda a virtude que o instituto representa”. (CUNHA JÚNIOR, 2017, p. 379)

Uma aplicação genuinamente constitucional da ADPF seria como um expediente extremamente hábil para a solução de conflitos que envolvem principalmente os grupos étnicos vulneráveis, em razão da necessidade de respostas rápidas que tais conflitos geralmente exigem, em virtude da constante opressão de grupo econômicos a que estão sujeitos. Ainda mais no momento político atual, de franca afronta a comunidades e povos tradicionais, caracterizando um Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), a ADPF seria um instrumento processual de extrema funcionalidade. (CUNHA JÚNIOR, 2017, p. 384)

Se comparado com o *Verfassungsbeschwerde* alemão, a ADPF teria uma função dupla, ou seja, “uma função subjetiva de defesa de direitos subjetivos e uma função objetiva de tutela da supremacia da Constituição” (CUNHA JÚNIOR, 2017, p. 321). Mas, analisando essa importante arguição brasileira, o que se pode perceber é que a sua função é proteger direitos subjetivos e concretos e não, abstratamente, a supremacia constitucional, sendo sua peculiaridade a de ter uma natureza de ação concentrada e subjetiva, em que pese a possibilidade de extensão dos efeitos da decisão proferida pelo STF.

Embora a ADPF também seja de natureza concentrada como a ADI e a ADC, em razão da competência específica do STF, eis a sua distinção principal em face das ações de controle concentrado. Enquanto estas visam à preservação ou à defesa da Constituição, aquela arguição visa à proteção de pessoas e grupos ante a violação concreta de seus direitos fundamentais ou de outro preceito fundamental, cuja característica essencial é a de ter natureza de norma materialmente constitucional.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo visou demonstrar que o parágrafo primeiro do artigo 102 da Constituição Federal, ao prevê a arguição de descumprimento de preceito fundamental, não comporta exatamente um modelo de controle de constitucionalidade, como regulamentado na Lei 9.882/99. Em verdade, o dispositivo constitucional permite a sua regulamentação como um expediente de processo constitucional para tutela de direitos fundamentais disponível ao cidadão, a exemplo dos remédios constitucionais.

É sabido que é o legislador que vai configurar os institutos jurídicos, e não é a nomenclatura que o define ou seu conceito teórico, mas podemos apontar aqui o que vamos chamar, sugestivamente, de indícios para a compreensão da natureza do instituto previsto no dispositivo constitucional em discussão. Assim, quanto à natureza da ADPF, podemos suscitar os seguintes pontos que são aqui propostos para discussão sobre o tema, à guisa de conclusão:

1) Quando a CF/1988 foi promulgada, não havia definição legal de arguição como instituto de processo constitucional, mas vigorava o CPC-1973, que, em termos processuais, já previa os institutos das arguições, que, em regra, tinham natureza de incidentes processuais;

2) A CF/1988 foi fruto da superação de um regime de exceção que sufocava a liberdade e a autonomia do cidadão, dentre outros direitos. Institutos como o Habeas Data (HD) são significativos dessa funcionalidade constitucional em razão desse período, haja vista o patrulhamento estatal sobre as pessoas, mas que, com a CF/1988, o HD passava a ser o remédio constitucional para se obter informações sobre a pessoa do impetrante que estivessem registradas em órgãos públicos. Ora, nada mais pertinente ao processo democrático do que uma via de provocação direta do STF para apreciar, e não processar (como no caput do 102), os descumprimentos de preceitos fundamentais;

3) Historicamente, a ADI, como ação de controle concentrado, surgiu na época da Ditadura Militar, por meio da EC 16/1965, e visava muito mais a afirmação do poder político do que a “defesa” da constituição (KOERNER, 2013, pp. 42-51), assim como muitas leis brasileiras foram verdadeiros represamentos de vias democráticas quando de sua promulgação.<sup>13</sup> Assim, é sintomático que a lei da ADPF tenha promovido o

---

<sup>13</sup> A exemplo da Lei da Ação Popular (LAP - 1965) e da Lei do Abuso de Autoridade (LAA - 1965). Questiona-se se a LAP não visou mais a dar aparência de legitimidade democrática ao regime militar, que representou, ao contrário da lei promulgada naquele período, uma constante repressão de manifestações do cidadão contra os atos ilegais do poder público. Quanto à LAA, questiona-se a Revista de Direitos Fundamentais & Democracia, Curitiba, v. 25, n. 3, p. 78-108, set./dez. 2020

esvaziamento do instituto, mas, o que é mais grave, é que isso tenha ocorrido em pleno regime democrático. Em todo caso, é se de recordar a já conhecida limitação sofrida por ações como o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, sob a fundamentação do respeito à separação dos poderes;

4) Descumprimento não parece se confundir com inconstitucionalidade. Esta última é uma análise formal do conflito entre lei e norma constitucional, matéria de direito, portanto. Descumprimento de preceitos constitucionais, que era o que mais ocorria na época da ditadura, sinaliza para casos concretos, dando indícios de que a ADPF é mais um remédio constitucional para sanar violações do que um sistema de controle de constitucionalidade;

5) O STF entendeu que a ADPF era uma ação que precisava ser regulamentada porque a norma que a previa era de eficácia limitada, mas as ações de controle concentrado, como a originária ADI e a posterior ADC, que surgiu pela EC 3/93, foram processadas pelo STF, mesmo antes da Lei 9.868/99. Então, se a ADPF era uma ação constitucional, poderia ter sido aceita pelo STF antes de sua regulamentação pela Lei 9.882/99, tendo a Corte Suprema promovido as precisas regras processuais definidas jurisprudencialmente;

6) A doutrina costuma comparar a ADPF brasileira ao Recurso de Amparo espanhol. É preciso lembrar que a Constituição espanhola prevê dois recursos que têm natureza de ação constitucional, previstos no art. 161: a) o recurso de inconstitucionalidade contra leis e disposições normativas com força de lei; e b) o recurso de amparo por violações de direitos e liberdades. De fato, a ADPF está mais parecida com o recurso de amparo, pois visa combater o descumprimento de preceitos, enquanto condutas efetivas que se caracterizam por violações de direitos, e não incompatibilidades normativas entre leis e constituição. Assim, mesmo que vista como ação constitucional, a ADPF deve ser enquadrada como remédio constitucional e assim deveria ser regulamentada pela lei infraconstitucional.

Como se vê dessas análises sobre a ADPF, a ser admitido um conceito fundamental de ação, é de se observar que a sua formalização legal não pode ser livremente estabelecida pelo legislador a partir do nada! Em nosso entendimento, existem conceitos fundamentais que não são necessariamente estabelecidos *a priori*,

como os lógicos jurídicos formais, nem são definidos *ex nihilo* pelo legislador, no sentido do direito positivo, mas são reflexos de uma realidade histórica, social e política.

O legislador não pode ainda desconfigurar a originalidade de um instituto jurídico, confundindo suas características com a de outros institutos. Assim, sustentamos que a vigente Lei da ADPF promoveu uma equivocada transformação de um importante expediente processual de remédio constitucional, à disposição dos cidadãos, em um limitado mecanismo de controle concentrado de constitucionalidade. E tal limitação se caracteriza em razão não só de sua legitimação restrita (art. 103, CF), como também por sua inevitável natureza de processo objetivo em face de um controle abstrato.

Ademais, em último caso, o legislador não pode promover criações legislativas incoerentes com o modelo do Texto Magno, dando ao texto expansões hermenêuticas e conceituais que não se coadunam com os precisos limites da norma constitucional.

## REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. **Lo racional como razonable: un tratado sobre la justificación jurídica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

ÁVILA, Humberto. Prefácio. In: DIDER JR., Fredie. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. NEOCONSTITUCIONALISMO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 240, pp. 1-42, Abr./Jun. 2005. Colhido em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>. Acesso em: 5 abr. 2019.

BASTOS, Celso Ribeiro; VARGAS, Alexis Gallás de Souza. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (orgs.). In: **Direito constitucional: defesa da Constituição** (Coleção Doutrinas Essenciais; v. 5). São Paulo: Revista das Tribunais, 2011.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico – Lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Atlas. 2015.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. Salvador: Juspodivm, 2017.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito processual constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

DIDIER JR., Fredie. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19. ed., Salvador: JusPodivm, 2017.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos – espécies de processo coletivo no direito brasileiro: aproximações e distinções. In: **Revista de Processo**. Vol. 256/2016, p. 209 – 218, Jun./2016.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DIXON, Rosalind. Argumento central a favor da forma fraca do controle de constitucionalidade. **Revista de Direitos Fundam & Democracia**, v. 24, n. 2, p. 5-55, mai./ago. 2019.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012 (E-Book).

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. 3. ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 1997.

HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y constitución: Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta**. Madrid: Editorial Tecnos, 2013.

HERNÁNDEZ RAMOS, Mário. **El nuevo trámite de admisión del recurso de amparo constitucional**. Madrid: Editora Reus, 2009.

KOERNER, Andrei. A análise política do direito, do judiciário e da doutrina jurídica. In: WANG, Daniel Wei Liang (org.): **Constituição e política na democracia: aproximações entre direito e política**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

LIMA, Vivane de Araújo. **A saga do zangão: uma visão sobre o Direito Natural**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo**

**curso de processo civil: teoria do processo civil.** Vol. 1., 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017 (Livro eletrônico).

NEVES, Marcelo. **Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro.** São Paulo: WMF Martins Fontes, 2018.

PEÑA DE MORAES, Guilherme. **Justiça constitucional: limites e possibilidades da atividade normativa dos tribunais constitucionais.** São Paulo: Atlas, 2012.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Dogmática e crítica da jurisprudência (ou da vocação da doutrina em nosso tempo). **Revista dos Tribunais** | vol. 891 | p. 65 | Jan / 2010. Colhido em: <https://www.conjur.com.br/dl/dogmatica-critica-jurisprudencia.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2019.

SARNO, Paula. **Norma de processo e norma de procedimento: O problema da repartição de competência legislativa no direito constitucional brasileiro.** UFBA (Tese de Doutorado): Salvador, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WITTGENSTEIN, Ludwig. Investigações filosóficas. In: **Os Pensadores – Wittgenstein.** São Paulo: Abril Cultural, 1999.

Recebido em 21/05/2020  
Aprovado em 07/12/2020  
Received in 21/05/2020  
Approved in 07/12/2020