

Organizadores

Carlos Alexandre de Azevedo Campos  
Vinicius de Andrade Prado

Marco Aurélio Mello

---

**ESCRITOS DE DIREITO  
PÚBLICO  
CONTEMPORÂNEO**

2021



# 25 ANOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL – UMA HISTÓRIA DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS<sup>1</sup>

-----

## 1. INTRODUÇÃO

A Carta de 1988 completa um quarto de século. A história de sucesso até aqui revelada deve ser reconhecida. Surgiu com o espírito de redemocratização e respeito aos direitos fundamentais, afirmações gloriosas ante o então passado recente de ditadura, submissão institucional e transgressão a liberdades individuais. Foi produzida em meio à “onda de democratização”<sup>2</sup> ocorrida na segunda metade do século XX em diferentes países da Europa, da América Latina e da África, sendo exemplo do modelo constitucional predominante entre as democracias ocidentais, cujo centro normativo e valorativo consiste nos direitos fundamentais.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Artigo escrito para a obra comemorativa dos 25 anos da Constituição Federal de 1988, organizada pelo Supremo Tribunal Federal.

<sup>2</sup> Cf. HUNTINGTON, Samuel P. *The Third Wave*. Democratization in the Late Twentieth Century. Norman: University of Oklahoma Press, 1991.

<sup>3</sup> Como bem disse o mestre José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 19ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 89, a Carta de 1988 é “um texto moderno, com inovações de relevante importância para o constitucionalismo brasileiro e até mundial”, “um documento de grande importância para o constitucionalismo em geral”.

Diplomas dessa natureza promovem profundos reflexos sobre as estruturas institucionais de governo, principalmente quando considerada a autoridade para concretizar os direitos fundamentais. Os tribunais constitucionais passam a atuar como guardiões dessas “cartas de direitos”. No Brasil pós-1988, esse quadro é ainda mais visível em razão da extensa estrutura de competências e poderes decisórios do Supremo, principalmente no tocante ao controle concentrado e abstrato de constitucionalidade. O Tribunal foi escolhido pela Carta da República como ator decisivo para o desenvolvimento normativo desses direitos e também das regras que disciplinam a divisão horizontal e vertical de poderes.

Celebrar os 25 anos da Constituição significa igualmente festejar – e refletir – os 25 anos de interpretação do texto. Afinal, a concretização do Diploma Maior pelo Tribunal vem se mostrando um dos momentos institucionais mais relevantes da vida prática, da realização efetiva das normas constitucionais. O trabalho de interpretação desenvolvido pelos ministros reunidos em Colegiado tem sido essencial para a definição das fronteiras de poder do Estado perante os cidadãos e entre os próprios órgãos de governo. As construções de significados levadas a efeito pelo Supremo influenciaram as estruturas do sistema político pós-88 e mesmo da sociedade. Em síntese, a interpretação da Carta é ponto importante dessa história de sucesso e, por isso, merece igualmente ser lembrada, comemorada e avaliada.

Claro que ainda há muito por realizar. Existem promessas, especialmente no campo social, pendentes, que, talvez, nunca sejam satisfeitas. Alguns compromissos e institutos foram inadequadamente estabelecidos na origem, ocasionando a elaboração de emendas constitucionais destinadas a atualização ou aperfeiçoamento. Nada disso, no entanto, leva ao descrédito da Carta da República, pois a realização de um “projeto constitucional”, em qualquer país que se lance em tal empreitada, é sempre um movimento, uma trajetória, uma construção contínua. Nenhuma Constituição é uma obra acabada. A legitimidade do projeto depende da crença e do empenho das instituições e da sociedade – e não apenas da qualidade do texto e do arranjo político-institucional estabelecido –, e a continuidade, de como compreendem, interpretam e desenvolvem o Diploma Maior.<sup>4</sup>

O Supremo vem fazendo a parte que lhe cabe. Não fossem as decisões paradigmáticas do Tribunal, a Constituição poderia ter falhado em alguns aspectos do propósito de consagrar a democracia e de assegurar

<sup>4</sup> BALKIN, Jack M. *Constitutional Redemption*. Political Faith in an Unjust World. Cambridge: Harvard University Press, 2011, p. 8-16.

direitos fundamentais. Não menosprezo, com isso, a participação dos Poderes Executivo e Legislativo no que há por comemorar. O desenvolvimento e a complementação do texto constitucional por meio dos órgãos políticos são condições da própria existência do projeto como um processo democrático. Apenas ressalto o papel de intérprete-guardião que o Tribunal desempenha.

Para celebrar o aniversário da Carta, o Presidente do Supremo, ministro Joaquim Barbosa, teve a iniciativa de organizar esta obra reunindo artigos de autoria dos ministros do Tribunal quanto à visão da Lei Maior. Penso ser essa perspectiva cumprida pela descrição de como os ministros interpretam e aplicam os três elementos que compõem a estrutura básica da Constituição de 1988: os direitos fundamentais, a distribuição vertical de poderes entre os entes da Federação e a separação de poderes entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. Trata-se de abordar como o Supremo desenvolve a Carta naquilo que é primordial para a sociedade e para o sucesso progressivo do projeto democrático-inclusivo originário. Neste artigo, discorrerei apenas sobre o primeiro elemento, o dos direitos fundamentais, que, inclusive, é o que mais se destaca e aquele em função do qual os demais são instrumentais.

Muito me alegro em escrever, buscando lembrar notórios momentos da interpretação da Carta de 1988. São 25 anos de hermenêutica constitucional. Em 23 deles, tive a honra de participar, ano após ano, com o mesmo entusiasmo e fé nas promessas constituintes de democracia, liberdade e igualdade social. Descrever essa prática consistirá em analisar as diferentes posturas interpretativas de acordo com os enunciados, os valores constitucionais, os fatos e as finalidades normativas envolvidas.

O texto terá a estrutura a seguir delineada: no tópico (1), constará uma breve síntese da disciplina constitucional de 1988 sobre os direitos fundamentais e a estrutura do Supremo, inclusive levando em conta, quanto ao segundo ponto, emendas constitucionais e leis ordinárias de regência. Na sequência (2), serão apontados aspectos teóricos da interpretação constitucional. Depois, haverá menção a importantes decisões sobre (3) direitos fundamentais, assim distribuídos: (3.1) liberdades fundamentais, (3.2) dignidade da pessoa humana, (3.3) garantias fundamentais em matéria penal, (3.4) igualdade, (3.5) segurança jurídica, (3.6) garantias fundamentais processuais, (3.7) direitos sociais e econômicos e (3.8) proteção ao meio ambiente. Cumpre ressaltar que deixo de trazer rol exaustivo de precedentes, o que não seria possível, indicando julgados que reputo, por diferentes motivos, mais representativos da história constitucional narrada. Ao final (6), estarão as conclusões.

## 2. O PROJETO POLÍTICO E SOCIAL DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Nas democracias contemporâneas, as Constituições disciplinam, fundamental e primariamente, a distribuição de direitos, deveres e prerrogativas entre o Estado e a sociedade, entre os centros de governo e os Poderes, incluindo as regras de acesso, independência e operação dos tribunais constitucionais. Cuida-se da disciplina formal de institutos e instituições que se apresentam como núcleo normativo determinante para o desenvolvimento social e político de uma nação. Esse conjunto de regras e princípios, presente na Carta de 1988, tem feito com que esta seja uma “Constituição democrática e humanista, voltada à construção de um Estado Democrático de Direito, que tem logrado, mais do que qualquer outra em nossa história, absorver e arbitrar as crises políticas que o país tem atravessado.”<sup>5</sup> O Diploma, elaborado em meio a ampla participação popular, destinou-se à “plena realização da cidadania”.<sup>6</sup>

A Carta Federal “representa o coroamento do processo de transição do regime autoritário em direção à democracia”,<sup>7</sup> responsável pela constitucionalização do ordenamento jurídico brasileiro<sup>8</sup> e pelo início do “mais longo período de estabilidade institucional da história republicana do país”.<sup>9</sup> Sob o

<sup>5</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional*. Teoria, História e Métodos de Trabalho. Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 155.

<sup>6</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Op. cit., p. 90.

<sup>7</sup> SARMENTO, Daniel. A Assembleia Constituinte de 1987/1988 e a Experiência Constitucional Brasileira sob a Carta de 88. In: *Por um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 102.

<sup>8</sup> GUASTINI, Riccardo. La ‘costituzionalizzazione’ dell’ordinamento italiano. **Ragion Pratica** nº 11, Ano VI. Genova: Compagnia dei Librari, 1998, p. 185: o autor italiano, embora tenha considerado o conceito mais sugestivo que preciso, denominou esse fenômeno de “constitucionalização do ordenamento (jurídico)” e apontou sete condições para que se considere um ordenamento jurídico completamente constitucionalizado: (1) uma constituição rígida, (2) a garantia jurisdicional da constituição (jurisdição constitucional), (3) a força vinculante das normas constitucionais, (4) a “sobre-interpretação” da constituição, (5) a aplicação direta das normas constitucionais, (6) a interpretação conforme à constituição das leis e (7) a influência da constituição sobre as relações políticas. Acredito que as sete condições são preenchidas pelo caso brasileiro.

<sup>9</sup> Como leciona o mais novo membro do Supremo Tribunal Federal, ministro Luís Roberto Barroso, a Constituição de 1988 foi “capaz de promover, de maneira bem sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado democrático de direito” e tem assim “propiciado o mais longo período de estabilidade institucional da história republicana do país.” (Neonconstitucionalismo e constitucionalização do direito [O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil]. In: **Temas de Direito Constitucional**. Tomo IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 63-64).

ângulo estrutural, trata-se de uma *constituição abrangente e compromissória*: é longa e analítica, tanto em razão de incorporar várias matérias, quanto por discipliná-las com alto grau de detalhamento e especificidade, o que não consubstancia “a cristalização de uma ideologia política pura e ortodoxa, resultando antes do compromisso possível entre as diversas forças políticas e grupos de interesse que se fizeram representar na Assembleia Constituinte”.<sup>10</sup> A Lei Maior reflete o pluralismo social existente em nossa sociedade.

Os principais elementos dessa engenharia constitucional abrangente e compromissória, de modo sumário, são: **(i)** a previsão de um amplo catálogo de direitos fundamentais, veiculados, em parte, por meio de regras definitivas e mediante enunciados normativos vagos e indeterminados (princípios); **(ii)** a distribuição de poderes entre os governos de diferentes níveis da Federação; **(iii)** a separação de poderes, presentes o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, incluindo os diversos mecanismos de intervenção judicial direta pelo Supremo e o amplo acesso dos diferentes atores políticos e da sociedade civil organizada. Esses três eixos temáticos são a base da nossa Carta da República. Consoante afirmado, o propósito é revelar a interpretação do Supremo acerca do primeiro, destacando os pronunciamentos mais relevantes e a óptica que externei sobre as matérias. Para tanto, faz-se necessário destacar os aspectos elementares desse tema, assim como da disciplina normativa das competências e dos poderes decisórios do Tribunal.

## 2.1. A disciplina dos direitos fundamentais

O primeiro traço essencial do Diploma de 1988 é o da disciplina dos direitos fundamentais individuais e coletivos, negativos e positivos, estampados em normas-regras e normas-princípios. Seguindo tendência das constituições pós-regimes nazifascistas, o texto adota a centralidade dos direitos fundamentais. Nossas Cartas “sempre inscreveram uma declaração dos direitos do homem brasileiro e estrangeiro residente no país”,<sup>11</sup> mas o sistema de direitos fundamentais veio a ser o ponto alto apenas no projeto constitucional de 1988.<sup>12</sup>

A Carta atual possui enorme quantidade de dispositivos, uns mais, outros menos normativamente densos, sobre objetivos e posições que orientam

<sup>10</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional*. Teoria, História e Métodos de Trabalho. Op. cit., p. 170-171.

<sup>11</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Op. cit., p. 174.

<sup>12</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional*. Teoria, História e Métodos de Trabalho. Op. cit., p. 172.

e mesmo limitam o conteúdo das decisões políticas das maiorias de cada tempo. São princípios e regras essenciais, direitos negativos e positivos, de matrizes liberal e social, individuais e coletivos, todos exigindo do Estado o compromisso com o desenvolvimento da pessoa humana em bases livres e iguais.

Sem dúvida, o Brasil abandonou a tradição de Constituição centrada na estruturação do poder estatal, mais voltada à organização e distribuição dos poderes do Estado, e apresentou modelo de norma dirigida especialmente à promoção dos direitos fundamentais e dotada de mecanismos que visam protegê-los. Esse padrão, aos poucos, transformou não apenas o ordenamento jurídico, mas também as relações institucionais e sociais, além do próprio modo de entender o direito.<sup>13</sup>

Logo no início, há a vinculação do Estado brasileiro à dignidade da pessoa humana e aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (artigo 1º, incisos III e IV). Em seguida, encontram-se os objetivos fundamentais: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem geral, sem quaisquer preconceitos ou discriminações (artigo 3º). No próximo título (II), “direitos e garantias fundamentais”, o constituinte detalhou inúmeros direitos e deveres individuais e coletivos (artigo 5º), direitos sociais<sup>14</sup> (artigo 6º), direitos específicos dos trabalhadores urbanos e rurais (artigo 7º), inclusive associativos (artigo 8º), de greve (artigo 9º) e participativos (artigos 10 e 11), direitos da nacionalidade (artigos 12 e 13) e de participação política (artigos 14 a 17).

Muitos desses direitos são subjetivos, de inegável aplicação imediata (artigo 5º, § 1º) e exigíveis judicialmente. Outros, embora de autoaplicabilidade discutível, norteiam a criação do arcabouço jurídico brasileiro e a definição

<sup>13</sup> Cf. BARROSO, Luís Roberto. A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 1-39; TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: *Temas de Direito Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. 1-22.

<sup>14</sup> Sobre a discussão em torno da fundamentalidade ou não dos direitos sociais no Brasil, cf. TORRES, Ricardo Lobo. A Jusfundamentalidade dos Direitos Sociais. *Arquivos de Direitos Humanos* nº 5. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 99-124; SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 296 e ss; KRELL, Andréas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*. Os (des)caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”. Porto Alegre: Safe, 2002.

de políticas públicas, assim como a interpretação dessa mesma ordem, impondo a tomada de decisões que levem em conta a dimensão objetiva.

Há, ainda, diversos dispositivos espalhados pelo texto constitucional disciplinando direitos fundamentais diretamente ou protegendo-os por meio da imposição de deveres de conduta responsável aos titulares do poder público. A Carta de 1988 estabeleceu uma série de serviços públicos obrigatórios e um verdadeiro estatuto jurídico e moral de atuação da Administração Pública direta e indireta dos diferentes níveis federativos (artigo 37).

Cuidou de detalhar os direitos fundamentais dos cidadãos em face do exercício do poder de tributar (artigos 145, § 1º e § 2º, e 150 a 152), de estabelecer princípios gerais da ordem econômica (artigo 170), de disciplinar com miudezas diferentes direitos sociais – seguridade social [saúde, previdência social e assistência social], educação, cultura e desporto (artigo 194 a 217) –, o direito ao desenvolvimento científico e tecnológico (artigos 218 e 219), à liberdade de imprensa e comunicação em geral (artigo 220 a 224), à proteção do meio ambiente (artigo 225), da família e de grupos vulneráveis como a criança, o adolescente, o jovem, o idoso e os índios (artigo 226 a 232). Há cláusula de abertura a outros direitos e garantias “decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais” dos quais o Brasil seja signatário (artigo 5º, § 2º).

Cabe ressaltar nota importante sobre a disciplina dos direitos fundamentais. Diferentemente de outras experiências internacionais, o constituinte brasileiro não se contentou em prevê-los apenas por meio de fórmulas vagas e imprecisas, carecedoras, em boa parte, de preenchimento normativo posterior. Muitas vezes, deles tratou mediante regras claras e detalhadas, reduzindo o campo de conformação legislativa e aumentando a densidade do parâmetro normativo de controle judicial de constitucionalidade.

A Carta tem o que Oscar Vilhena qualificou de “enorme pretensão normativa”, havendo vinculado substancialmente a atuação legislativa.<sup>15</sup> Essa visão em torno dos direitos fundamentais, muitos formalizados com densidade, dá cores especiais às relações entre o Estado e os indivíduos e atrai a intervenção do Supremo como guardião maior da Carta e do que esta possui de mais relevante: os direitos fundamentais.

O Estado passou a ser grande *devedor de direitos* em favor dos indivíduos e da sociedade como um todo, tanto de direitos negativos, quanto

<sup>15</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua Reserva de Justiça*. Um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 130-131.

de positivos, o que representa estrutura formal de oportunidades para os indivíduos avançarem e requererem a participação ativa dentro das mais variadas áreas do relacionamento Estado-sociedade. Com a disciplina dos direitos normativamente densos, o Tribunal tem a prerrogativa de monitorar as ações do Estado, ao passo que, relativamente aos direitos veiculados em normas vagas e imprecisas – mas todos repletos de alta carga axiológica e envolvidos em ambiente difuso de compromissos ideológicos –,<sup>16</sup> pode formular juízos dotados de forte justificação moral.

Tendo sido os direitos fundamentais elevados à categoria de cláusulas pétreas (artigo 60, § 4º), o Supremo acabou titular da tarefa incomum de controlar as ações do poder constituinte derivado. E não foram poucas as vezes em que o Tribunal exerceu essa função. A extensão, a profundidade e a força normativa com que os direitos fundamentais foram estabelecidos na Constituição de 1988 impõem a conclusão de que a Carta promove a relevância da atividade interpretativa do Tribunal no âmbito dos conflitos entre cidadão e Estado. Compatível com essa importância, o Diploma Maior e a legislação superveniente estabeleceram, como abordado no tópico seguinte, competências e poderes que habilitaram o Supremo a cumprir tão nobre missão.

## 2.2. O Supremo pós-Constituição de 1988

A Constituição de 1988 reforçou o papel institucional do Judiciário. Houve ampliação do acesso à Justiça, considerada a instalação de juizados especiais cíveis e criminais, juizados federais, defensorias públicas, etc. Deu-se o fortalecimento do Ministério Público, o aperfeiçoamento da ação civil pública, da ação popular e da ação de improbidade administrativa. Com isso, tornaram-se comuns ações civis públicas ou litígios individuais versando políticas públicas e sociais: moradia, educação, meio ambiente, sistema prisional e, principalmente, saúde. Aumentou-se a intervenção judicial no processo eleitoral. O Superior Tribunal de Justiça foi criado e vem desempenhando papel essencial na interpretação da ordem jurídica nacional. Mas, sem dúvida, quanto ao Supremo, a Carta realizou as principais transformações, que, aliás, se seguiram mediante emendas e até leis ordinárias, configurando um

<sup>16</sup> O professor Oscar Vilhena Vieira, *Direitos Fundamentais*. Uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 11-12 e 39, fala em sincretismo entre diversas concepções de direitos considerada a tentativa do constituinte em “compatibilizar direitos de distintas matrizes históricas e filosóficas”.

processo de ampliação de poderes decisórios denominado por prestigiado autor, com alguma dose de exagero, como “Supremocracia”.<sup>17</sup>

O texto constitucional originário e as emendas, principalmente a de número 45, de 2004, fortaleceram a jurisdição bem como ampliaram o acesso ao Supremo e o poder decisório deste. Ocorreram mudanças marcantes no sistema de controle de constitucionalidade, principalmente quando comparado aos regimes anteriores. Com a arquitetura institucional pós-88, mormente considerada a disciplina dos legitimados para provocar o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, as ações formalizadas diretamente no Supremo contra leis e atos normativos passaram a ocupar importante espaço em relação aos processos político-legislativos, como nunca acontecera antes.

No artigo 102, cabeça, o Supremo foi declarado o guardião da Carta e dotado de amplo catálogo de competências originárias: ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (artigo 102, inciso I, alínea “a”), cabendo medida acauteladora (artigo 102, inciso I, alínea “p”); ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 102, § 2º); arguição de descumprimento de preceito fundamental (artigo 102, § 1º);<sup>18</sup> reclamação constitucional (artigo 102, inciso I, alínea “l”); mandado de injunção (artigo 5º, inciso LXXI); *habeas corpus* (artigo 102, inciso I, alínea “i”), mandados de segurança e *habeas data* (artigo 102, inciso I, alínea “d”). O controle difuso em sede recursal veio a ser estabelecido no artigo 102, inciso III.

A Emenda Constitucional nº 3, de 1993, criou a ação declaratória de constitucionalidade, atribuindo ao Presidente da República, às Mesas do Senado e da Câmara dos Deputados e ao Procurador-Geral da República a legitimidade para a propositura, rol ampliado com a Emenda Constitucional nº 45/04. Foi prevista expressamente a eficácia vinculante das decisões. A constitucionalidade do instrumento acabou confirmada no julgamento da Questão de Ordem na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1, relatada pelo ministro Moreira Alves.<sup>19</sup> Na ocasião, votei em sentido contrário por vislumbrar violação a direitos e garantias individuais, especialmente ao devido processo legal.

<sup>17</sup> VIERA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista de Direito do Estado*, Vol. 12, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 59-60.

<sup>18</sup> Originariamente, a ação foi prevista no parágrafo único, tendo sido renumerada para o §1º por ocasião da Emenda Constitucional nº 03/93.

<sup>19</sup> STF – Pleno, ADC-QO 1, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 16/6/1995.

No plano infraconstitucional, também houve expansão de poderes decisórios do Supremo. O artigo 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868, de 1999, versou a eficácia *erga omnes* e vinculante dos pronunciamentos de mérito não apenas relativos a ação declaratória de constitucionalidade, como constava à época no Diploma Maior, mas concernentes também a ação direta de inconstitucionalidade, interpretação conforme à Carta Federal e declaração de nulidade parcial sem redução de texto.<sup>20</sup> A inconstitucionalidade desse dispositivo foi arguida pelo ministro Moreira Alves na Questão de Ordem na Reclamação nº 1.880, tendo sido afastada pela maioria. Votei vencido, juntamente com Sua Excelência e o ministro Ilmar Galvão, por compreender que apenas uma reforma constitucional poderia atribuir o efeito vinculante.<sup>21</sup> Isso viria a ocorrer com a Emenda Constitucional nº 45, que alterou o artigo 102, § 2º, para constitucionalizar tal eficácia, dissipando eventuais dúvidas sobre o tema.

A Lei nº 9.868/99, no artigo 27, ainda rompeu com a tradição de declarar nula a lei inconstitucional e estabeleceu a possibilidade de modulação temporal dos efeitos das decisões de mérito em controle concentrado, o que passou a ser amplamente utilizado inclusive em sede de controle difuso.<sup>22</sup> Trata-se da atribuição de um poder decisório substancial na medida em que permite ao Supremo, a partir dos conceitos indeterminados de “segurança jurídica” e “interesse social”, aplicar “normas inconstitucionais”. Jamais endorsei tal prática, porque, “de duas uma, ou a Constituição existe para vigor na integralidade e na concretude apresentada, ou não existe”. O que na Carta se contém deve ser de observância obrigatória.<sup>23</sup>

A Lei nº 9.882, de 1999, disciplinou a ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental, viabilizando ao Supremo, consoante versado

<sup>20</sup> Antes da Emenda Constitucional nº 3/93, o Tribunal havia negado efeito vinculante às decisões de mérito proferidas em ação direta de inconstitucionalidade, admitindo tão somente eficácia *erga omnes*: STF – Pleno, Rcl. 397/RJ - QO, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 21/5/1993; STF – Pleno, Rcl. 385/MA - QO, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 18/6/1993; STF – Pleno, ADI – MC 864/RS, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 17/9/1993. Depois da Emenda Constitucional nº 03/93, admitiu apenas excepcionalmente a extensão da eficácia vinculante das decisões em ação declaratória de constitucionalidade aos pronunciamentos em ação direta de inconstitucionalidade, recusando de um modo geral a tese do caráter dúplice comum dessas ações: STF – Pleno, ADI-QO 1.244, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 28/5/1999.

<sup>21</sup> STF – Pleno, Rcl-QO 1.880, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 19/3/2004.

<sup>22</sup> Cf., entre muitos outros julgados, STF – Pleno, ADI 2.240/BA, Rel. Min. Eros Grau, DJ 3/8/2007; STF – Pleno, RE 556.664/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 14/11/2008.

<sup>23</sup> Cf. meu voto nos Embargos de Declaração na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.797/DF, Rel. Min. Menezes Direito, Red. do acórdão Min. Ayres Britto, julgados em 16/5/2012.

no artigo 1º, parágrafo único, inciso I, julgar de forma originária lesão ou evitar transgressão a preceito fundamental por ato normativo ou lei federal, estadual ou municipal, mesmo anteriores à Constituição.<sup>24</sup> O artigo 2º, inciso I, previu a legitimidade processual ativa igual à atinente às ações diretas. O artigo 10, § 3º, estabeleceu a eficácia *erga omnes* e vinculante e possibilitou a modulação temporal das decisões.

A Emenda Constitucional nº 45, de 2004, promoveu importantes modificações no controle judicial de constitucionalidade. Entre elas a criação da “súmula vinculante” – artigo 103-A – e a previsão da “repercussão geral” como requisito autônomo de admissibilidade de recurso extraordinário – artigo 102, § 3º. Com o primeiro instituto, o Supremo, por voto de dois terços dos ministros, pode formalizar pronunciamento dotado de plena eficácia vinculante, salvo quanto ao Legislativo e ao próprio Tribunal. O segundo, voltado a assegurar a duração razoável dos processos e a uniformização dos atos das instâncias inferiores envolvendo matéria constitucional, corrige, ao menos em parte, a falta de efeito vinculante das decisões do Supremo, em sede de controle difuso e incidental, em relação às instâncias judiciais inferiores.<sup>25</sup>

A modificação mais importante trazida pela Carta Federal quanto ao sistema de controle de constitucionalidade foi a ampliação do rol de legitimados para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade, estendido à ação declaratória de constitucionalidade pela Emenda nº 45. Anteriormente, apenas ao Procurador-Geral da República era dado provocar o controle concentrado. A Carta vigente pôs fim a esse individualismo e promoveu verdadeira “*desmonopolização* da iniciativa para a deflagração do controle abstrato de constitucionalidade”.<sup>26</sup>

Segundo o artigo 103, podem propor a ação direta: o Presidente da República (inciso I); a Mesa do Senado Federal (inciso II); a Mesa da Câmara dos Deputados (inciso III); a Mesa das Assembleias Legislativas (inciso IV); o Governador de Estado (inciso V);<sup>27</sup> o Procurador-Geral da República

<sup>24</sup> O Tribunal havia negado o poder de controle concentrado da constitucionalidade da legislação pré-constitucional: antes da Constituição de 1988 – STF – Pleno, RP 1.012, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 5/11/1979; na vigência da Carta atual – STF – Pleno, ADI 74/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 25/9/1992.

<sup>25</sup> Cf. STF – Pleno, Rcl. 10.793, Rel.ª Min.ª Ellen Gracie, DJ 6/6/2011.

<sup>26</sup> BINENBOJM, Gustavo. A Democratização da Jurisdição Constitucional e o Contributo da Lei nº 9.868/99. In: *Temas de Direito Administrativo e Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 155.

<sup>27</sup> Foram incluídos pela Emenda Constitucional nº 45/2004 a Câmara Legislativa e o Governador do Distrito Federal, respectivamente, nos incisos IV e V do artigo 103.

(inciso VI); o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (inciso VII); os partidos políticos com representação no Congresso Nacional (inciso VIII) e as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional (inciso IX).

Com essa nova estrutura de acesso à jurisdição do Supremo, outros personagens adquiriram a oportunidade de participar das discussões sobre a constitucionalidade das leis e atos normativos em geral, inserindo o Tribunal no espaço dos processos políticos relevantes. É o que a doutrina denomina de judicialização da política.<sup>28</sup> Por exemplo, partidos políticos de oposição, vencidos no Congresso, passaram a questionar leis e políticas públicas no Supremo; Governadores, a se insurgir contra medidas das Assembleias Legislativas dos respectivos Estados; associações e entidades civis, a provocar pautas sociais e morais. O resultado tem sido o redimensionamento da importância da interpretação constitucional levada a efeito pelos ministros.

### 3. INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Interpretação jurídica é a atividade, inserida em amplo processo hermenêutico, dirigida à realização concreta do Direito. O intérprete constrói, como ato de vontade e de inspiração humanística, significados a partir de enunciados textualmente expressos ou decorrentes do sistema normativo, visando a aplicação das normas no plano real e concreto. Interpretar vai além do compreender, consistindo em aplicar. A discussão do Direito pode ocorrer em abstrato. Há discursos descritivos e críticos sobre normas e situações jurídicas, mas interpretação jurídica apenas se dá diante de casos concretos e com o propósito de conformá-los. Nessas situações, os textos normativos serão o objeto de um *processo unitário de interpretação-aplicação*, do qual as normas serão o resultado.<sup>29</sup>

Como ensina Gadamer, enquanto “compreender é sempre interpretar e, em consequência, a interpretação é a forma explícita da compreensão”, devemos “dar um passo mais além da hermenêutica romântica, considerando como um processo unitário não só o da compreensão e interpretação, senão

<sup>28</sup> Cf. o estudo fundamental do tema no Brasil: VIANNA, Luiz Werneck, *et al.* *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

<sup>29</sup> É necessário, como adverte Ricardo Guastini, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Madrid: Trotta, 2008, p. 32, “distinguir entre os enunciados normativos – as ‘disposições’, como se costuma dizer – e as normas, entendidas como significados”. Como lembra o professor italiano, muitos enunciados normativos são ambíguos, por isso “entre as duas coisas, de fato, não se dá uma correspondência biunívoca”.